Bestuursrecht in crisistijd

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Verslag van de algemene vergadering gehouden op 5 november 2021 ter behandeling van de preadviezen van J.P. Loof, J. Korzelius, J.E. van den Brink & M. van der Steen

167

Boomjuridisch

VAR 167

ISBN 978-94-6212-785-2

Boomjuridisch

Bestuursrecht in crisistijd

VAR-reeks
167

Bestuursrecht in crisistijd

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 5 november 2021

ter behandeling van de preadviezen van

J.P. Loof
J. Korzelius
J.E. van den Brink
M. van der Steen

Boom juridisch
Den Haag
2023

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

© 2023 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 verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.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 978-94-6212-785-2
ISBN 978-94-0011-240-7 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, Willemien den Ouden 9

Toelichting van de preadviseurs met eerste reacties 15

Gedachtewisseling over de preadviezen 41

Uitreiking van de Lex Michielsprijs 2021 50

Nabeschouwing posterpresentaties tijdens de lunchpauze 54

Voortzetting van de behandeling van de preadviezen 55

Stemmingen over telkens twee stellingen per preadviseur 89

Aandacht voor het naderende vertrek van de voorzitter, Willemien den Ouden 93

Bestuur en erelid 95

De **voorzitter** begint de vergadering met de volgende opmerkingen:

Welkom bij deze jaarvergadering van 2021! Voor deze vergadering hebben zich bijna tweehonderd leden aangemeld: een fantastische score. Ze zijn er niet allemaal: veel leden kijken naar de livestream, want dit is de eerste hybride VAR-jaarvergadering. Via de stream kan men, zij het ietwat vertraagd, meekijken en meeluisteren. Mee*praten* kan dan via de chatfunctie. Alle chatvragen worden opgevangen en we proberen er zo veel mogelijk met de preadviseurs te bespreken. Gezien ook het grote aantal mensen in de zaal heb ik er geen enkele twijfel over dat we een interactieve vergadering zullen hebben.

De livestream wordt opgenomen, maar desondanks hebben we besloten om, zoals we dat altijd deden – een oud en vertrouwd gevoel – een schriftelijk verslag op te laten maken door Winfried Temme, die, wat ik eigenlijk ook wel heel bijzonder vind, dit jaar wordt vergezeld door zijn dochter Saskia. Van harte welkom, heel fijn om weer verslagredacteuren te zien zitten!

[Applaus]

Ook in het bijzonder wil ik Bert Marseille welkom heten. Van hem weten jullie allemaal al lang dat hij hoogleraar in Groningen is op het gebied van de empirische bestudering van het bestuursrecht, maar wellicht is nog niet algemeen bekend dat hij zojuist in de huishoudelijke vergadering is benoemd tot de nieuwe voorzitter van het VAR-bestuur, met ingang van 1 januari aanstaande.

[Applaus]

Ik ben bijzonder gelukkig met die benoeming, want ik ken Bert uit andere verbanden als een heel actieve en betrokken voorzitter, positief ingesteld en met een heel brede blik op het bestuursrecht, altijd gericht op constructieve gesprekken. Verder ken ik hem ook gewoon als een bijzonder vriendelijk mens. Bert, ik kan het voorzitterschap met een gerust hart aan je overdragen en ik wens je er heel veel succes en plezier mee.

[Applaus]

Maar eerst de jaarvergadering van dit jaar. We gaan het de hele dag hebben over *Bestuursrecht in crisistijd*. We zullen spreken over veiligheidsregio's, avondklokken, digitale zittingen, de NOW, de TVL, de TOGS en de TONK en – *last but not least* – corona als een *wicked problem*. Dat is mogelijk gemaakt door vier preadviseurs, die u achter de tafel ziet zitten en die de afgelopen tijd in heel lastige omstandigheden[1] stug hebben doorgewerkt aan hun stukken die hebben geleid tot het mooie boek dat u vóór u hebt liggen. Hen wil ik uiteraard ook in het bijzonder welkom heten in deze jaarvergadering.

[Applaus]

1 Voor (zeer) toekomstige lezers: de coronacrisis in Nederland is onderdeel van de wereldwijde coronacrisis, die eind 2019 ontstond door de uitbraak van de infectieziekte COVID-19, sinds 27 februari 2020 in Nederland aangemerkt als A-ziekte; de uitbraak werd sinds 11 maart 2020 als pandemie erkend, Red. (bron: wikipedia.com d.d. 23 maart 2022).

Rede van de voorzitter, Willemien den Ouden

Een gewaarschuwd bestuursrechtjurist …

Geachte leden van de Vereniging voor Bestuursrecht, beste VAR-vrienden.

Wat ben ik blij dat ik jullie weer vanaf deze plaats mag toespreken. Niet omdat ik zo houd van spreekbeurten, maar omdat spreken in de Jaarbeurs betekent dat we hier weer naar toe konden komen, dat we live kunnen discussiëren over de preadviezen, dat we tijdens de lunch posterpresentaties kunnen bekijken, kortom dat we een heerlijke reünie vieren, na een lange, barre Zoom-, Skype- en Teams-tijd.

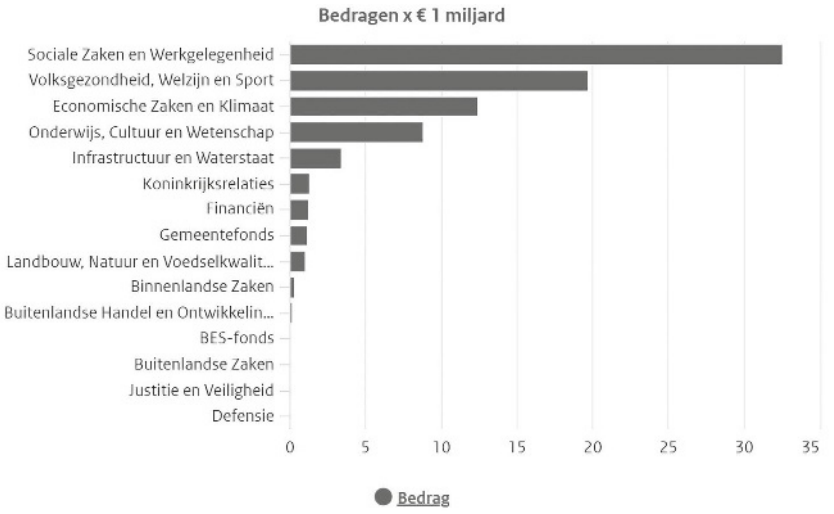
We gaan vandaag discussiëren over *Bestuursrecht in crisistijd*. Dat doen we aan de hand van vier prachtige preadviezen waarin de rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies van de coronacrisis en de democratische legitimatie van de getroffen coronamaatregelen worden besproken. Ook is er aandacht voor de omvangrijke coronasteun- en herstelpakketten en voor de manieren waarop de overheid het bestuursrecht heeft ingezet als instrument om de coronacrisis te bezweren.

De preadviezen kijken vooral terug: wat is er allemaal gebeurd en wat kunnen wij als bestuursrechtjuristen daarvan leren? In deze rede kijk ik vooruit, naar een venijnige staart van de coronacrisis, die weldra onze aandacht zal eisen. Ik doel op de vele terugvorderingsbesluiten die in de komende periode zullen worden genomen, omdat zal blijken dat veel van de mensen die een beroep deden op de steunmaatregelen, te veel steun hebben ontvangen of daar in het geheel geen recht op hadden. Heel veel, naar het zich laat aanzien vooral kleinere ondernemers zullen steun moeten terugbetalen. Dat roept de vraag op hoe kan worden voorkomen dat zij zullen worden vermalen door 'robuuste wetgeving' en geautomatiseerde uitvoeringsinstanties. En hoe zorgen wij ervoor dat als dat wel gebeurt die burgers op voldoende rechtsbescherming kunnen rekenen? Met andere woorden, hoe voorkomen wij een herhaling van die andere crisis, die in de afgelopen jaren ten volle duidelijk werd en die we de toeslagenaffaire zijn gaan noemen?

Dat er concrete risico's op de loer liggen, zal eenieder direct duidelijk zijn als we kijken naar de cijfers. Er zijn enorme bedragen uitgegeven aan coronacrisismaatregelen. De Algemene Rekenkamer heeft uitgerekend dat de verwachte totale uitgaven van de rijksoverheid hieraan in de periode 2020-2022 uit zullen komen op ruim € 82 miljard.

De tabel die u nu op het grote scherm wordt getoond, laat zien dat de er grote uitgaven zijn en zullen worden gedaan door de ministeries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (€ 32,6 miljard) en Economische Zaken en Klimaat (€ 12,4 miljard). Dat is niet verwonderlijk: zij financieren de duurste steunmaatregelen, de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (beter bekend als de NOW) en de Tegemoetkoming vaste lasten (de TVL), die samen zorgdragen voor een slordige € 35 miljard van de uitgaven.

Verwachte uitgaven steunmaatregelen per begrotingshoofdstuk, 2020-2022



Bron: *Algemene Rekenkamer*, Coronarekening - Prinsjesdag 2021 (editie 5)

Het gaat niet alleen om heel veel geld, het gaat ook om heel veel subsidieontvangers en heel veel subsidiebeschikkingen. Op basis van de NOW-regeling zijn volgens de Rekenkamer in totaal 434.000 aanvragen ingediend, waarvan er 415.000 zijn toegekend. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) van mei van dit jaar blijkt dat er op basis van de opvolgende TVL-regelingen ook meer dan 250.000 subsidies moeten zijn verstrekt.

Die cijfers zijn duizelingwekkend, vooral wanneer men bedenkt dat nu al vaststaat dat een groot deel van die beschikkingen op basis waarvan voorschotten zijn uitgekeerd niet juist is. Het subsidiebedrag zal in veel gevallen bij de vaststelling van de subsidie moeten worden gecorrigeerd. Dat is een logisch gevolg van de gekozen aanpak. In het preadvies van Van den Brink is beschreven met welke snelheid deze regelingen tot stand zijn gekomen. Belangrijkste doelstelling van de overheid was ondernemers en burgers direct te hulp te schieten om te voorkomen dat mensen hun salaris niet uitbetaald kregen of zelfs hun baan zouden verliezen.

Er moest dus geld worden verstrekt op een moment dat nog niet duidelijk was hoe groot de schade van de ontvangers precies zou zijn. De NOW en de TVL werken om die reden met een systeem van verlening en bevoorschotting op basis van schattingen vooraf en een vaststellingsbesluit achteraf. Het gaat verder om zogenaamde robuuste regelingen, gebaseerd op simpele beslisregels, zodat de besluitvorming goeddeels digitaal kan plaatsvinden. Uitvoerbaarheid was een belangrijk ijkpunt bij de vormgeving van deze regelingen. En dat heeft gewerkt! Subsidies waren eenvoudig aan te vragen en voorschotten werden snel verleend. Al waren er ook schrijnende gevallen waarover u vast in de krant en misschien zelfs al in de rechtspraak of in de literatuur heeft gelezen. Bijvoorbeeld over de ondernemers die op de gekozen peilmomenten geen representatieve omzet hadden omdat zij net toen met zwangerschapsverlof waren of een verbouwing uitvoerden. Of over verkeerde registratiecodes in de registers van de Kamer van Koophandel, waardoor ondernemers werden

ingedeeld in een branche waarvoor geen subsidie werd verstrekt, terwijl zij feitelijk werkzaamheden uitvoerden waarvoor de subsidie nu juist was bedoeld.

Vanuit de regering is gedurende het verleningsproces steeds benadrukt dat het gaat om 'robuuste regelingen' met een grofmazig karakter, bedoeld om snel velen te helpen en waarbij nauwelijks ruimte bestaat voor maatwerk, al hebben de regelgever in de opvolgende regelingen en uitvoerders in de praktijk sommige hardheidsproblemen wel opgelost. Het uitvoerbaarheidsargument werd ook aangevoerd in de rechtszaal, wanneer afgewezen aanvragers daar vroegen om een uitzondering voor hun bijzondere geval. Het uitvoerbaarheidsargument hebben de bestuursrechters tot nu toe in verreweg de meeste zaken de doorslag laten geven, al waarschuwden zij in overwegingen ten overvloede de regelgever soms voor schrijnende situaties.

Er waren dus al schrijnende gevallen in de periode waarin het geld met gulle hand werd uitgedeeld en verreweg de meeste aanvragen werden gehonoreerd. Nu nadert de periode waarin er zal worden gecontroleerd en vastgesteld. Dat zal zeker tot nieuwe schrijnende gevallen gaan leiden en dat zullen er veel meer worden dan in de aanvraagfase.

U heeft vast iets meegekregen van de soap rond de deadline voor het aanvragen van de subsidievaststelling voor de eerste NOW-regeling afgelopen week. Die deadline zou op 31 oktober verstrijken, maar net daarvoor bleek dat ruim 24.000 ontvangers hun vaststellingsaanvraag waarschijnlijk niet tijdig zouden kunnen indienen. Het blijkt een hele toer om een beschikbare boekhouder te vinden, laat staan een accountant die de benodigde verklaringen kan afgeven. Een race tegen de klok dus. Demissionair minister Koolmees benadrukte verschillende malen dat het ging om een harde deadline: werkgevers die te laat waren, zei de minister, zouden de verstrekte voorschotten moeten terugbetalen – om vervolgens op 1 oktober bekend te maken dat de termijn toch wordt verlengd! Deze gebeurtenissen zijn waarschijnlijk slechts een voorbeeld van de vele termijnperikelen die we kunnen verwachten in de controlefase van de steunmaatregelen die nu beëindigd zijn.

Een ander verontrustend gegeven is dat van de NOW-subsidies die tot nu toe zijn vastgesteld in 60% van de gevallen sprake is van een terugvordering.[1] Daar kunnen allerlei redenen voor zijn. De werkelijke omzetdaling kan meevallen ten opzichte van de eerder door de ondernemer gemaakte schatting; dat is dan mooi. Vervelender is het als de terugvordering het gevolg is van een daling van de loonsom ten opzichte van de peilmaand. Nu de regeling is gericht op baan- en inkomensbehoud voor werknemers, is het logisch dat als de werkgever lonen verlaagt of mensen ontslaat zijn recht op subsidie vermindert. Maar er zijn ook andere gevallen waarin de loonsom lager is dan in de peilmaand. Zo kan de loonsom van de peilmaand onrealistisch hoog zijn geweest (bijvoorbeeld omdat in die maand net een 'dertiende maand' aan werknemers werd uitgekeerd), kunnen werknemers zelf ontslag nemen (wat bijvoorbeeld in de horeca op grote schaal is gebeurd) en kunnen zij helaas ook overlijden.

Als de loonsom is gedaald heeft dat als gevolg van de NOW-berekeningssystemen al snel vergaande gevolgen voor de subsidieontvangers. Het systeem is zo ingericht

1 Brief van demissionair minister Koolmees aan de Tweede Kamer van 20 september 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 35420, nr. 361.

dat het verlagen van de loonsom sterk wordt ontmoedigd door stevige consequenties voor het recht op subsidie. En, u raadt het al, veel steunaanvragers hadden wel begrepen dat zij hun werknemers niet mochten ontslaan, maar bijvoorbeeld niet dat zij hun werknemers ook overuren moesten uitbetalen als zij niet werkten of dat zij direct nieuwe medewerkers moesten aannemen als er iemand ontslag nam, ook al was hun horecaonderneming gesloten vanwege de lockdown. Zij zullen met een terugvordering worden geconfronteerd waarop zij niet hadden gerekend.

Dat ruim 70% van hen ervoor kiest om het verschuldigde bedrag direct terug te betalen, zoals minister Koolmees meldt in een brief aan de Tweede Kamer van 20 september 2021, stelt mij niet direct gerust. Dit betekent namelijk dat ook heel veel ondernemers (namelijk die andere 30%) ervoor 'kiezen' *niet* direct terug te betalen. Het is heel goed voorstelbaar dat zij in de financiële problemen zitten of zullen komen, nu de meeste steunmaatregelen zijn afgebouwd, de belastingdienst is gestart met het innen van belastingen waarvoor eerder uitstel is verleend en er nu ook voorschotten moeten worden terugbetaald.

Ook het feit dat met die werkgevers een betalingsregeling wordt afgesproken en dat het UWV volgens Koolmees uiterst coulant met de schuldenaars omgaat, stelt mij niet helemaal gerust. Toegegeven: er is maximaal vijf jaar de tijd om de terugvordering te betalen, er kan een betaalpauze van maximaal een jaar worden ingelast en er wordt er geen rente gerekend. Maar de mogelijkheid van niet terugbetalen vanwege bijzondere omstandigheden of gebrek aan betalingscapaciteit blijft in de ministeriële brief onbesproken. Wel merkt Koolmees op dat terugbetalingen, geheel volgens de systematiek van de NOW-regeling, nu eenmaal bij die regeling horen en dat als het niet lukt met een ondernemer betaalafspraken te maken, het reguliere terugvorderingsproces zal worden opgestart.

En hoelang zal dat terugvorderingsproces regulier blijven nu *Follow the Money* sinds mei 2021 een coronadossier bijhoudt? Daarin wordt consequent geschreven over signalen van misbruik van NOW-gelden en wordt uitgedragen dat het lakse Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) nalatig is in het terugvorderen van die gelden. Andere media volgen deze verslaggeving op de voet. In het meldingen- en fraudeverslag van het UWV over 2020 blijkt dat dit orgaan een samenwerkingsverband is aangegaan met de inspectie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD) en … de belastingdienst, met als doel 'de krachten te bundelen en samen misbruik en oneigenlijk gebruik te bestrijden'. Daarbij wil ik opmerken dat in de latere NOW-regelingen een heel ruime mogelijkheid is opgenomen om ook weer terug te komen op een eenmaal vastgestelde subsidie, namelijk in alle gevallen waarin blijkt dat de werkgever door zijn handelen of nalaten tijdens of na de subsidieperiode geacht wordt niet te hebben voldaan aan het doel van de regeling. Eenvoudiger gezegd ben je dus zelfs als ontvanger, met een vastgestelde NOW-subsidie, niet veilig: de handhavers kunnen in theorie tot in lengte van dagen achter je aan komen.

Recapitulerend: er is op grote schaal steun verstrekt in de vorm van voorschotten op basis van inschattingen van burgers. Echte controle is er pas achteraf, de besluitvorming vindt grotendeels digitaal plaats, er is aandacht voor fraudegevallen in de media en een speciaal fraudebestrijdingsteam is al opgericht – de overeenkomsten met de kinderopvangtoeslagsituatie vallen moeilijk te negeren.

We zullen moeten afwachten hoe dit uitpakt. Voorlopig is er in de politiek veel aandacht voor de zorgen en problemen van de ondernemers die moeten terugbetalen en ook het UWV lijkt er alles aan te doen om hen zo goed mogelijk te helpen. Maar vaststaat dat er in de komende tijd tienduizenden terugvorderingsbeschikkingen zullen worden genomen die ondernemers en andere steunontvangers de nodige stress zullen opleveren. Te hopen valt dat de uitvoeringsinstanties – anders dan Toeslagen destijds – de capaciteit voor bezwaarafhandeling zowel kwalitatief als kwantitatief op orde hebben. Of in bezwaar in schrijnende gevallen steeds een oplossing zal worden gevonden is overigens de vraag; de meeste steunmaatregelen zijn als gezegd *robuust*.

Dat constateert ook de bestuursrechter in Den Haag in de enige uitspraak (ECLI:NL:RBDHA:2021:8449) die ik kon vinden op rechtspraak.nl over een NOW-vaststellingsbesluit. Daarin draaide het om een restauranthouder, een eenmanszaak, die in de eerste NOW-periode een tegemoetkoming kreeg van ruim € 16.000 en een voorschot ontving van € 13.000. Daarna zegden vier medewerkers hun dienstverband op. Dat deed de loonsom dalen en daarmee verloor de restauranthouder zijn gehele aanspraak op subsidie; de voorschotten moest hij terugbetalen, ondanks het feit dat zijn omzet wezenlijk was gedaald.

De rechtbank schrijft in de uitspraak begrip te hebben voor de lastige omstandigheden waarin de restauranthouder terechtkwam, maar merkt op dat uit de toelichting bij de regeling blijkt dat de gehanteerde berekeningswijze niet in alle gevallen tot de gewenste uitkomst zal leiden; de noodzakelijke eenvoud en robuustheid van de regeling staan nu eenmaal niet toe dat maatwerk wordt geleverd. Dat nam de regelgever dus voor lief en de rechtbank ziet daarom geen ruimte om in deze zaak af te wijken van de regeling.

Natuurlijk is niet gezegd dat in deze casus het vaststellingsbesluit en de terugvordering onevenredig hard waren; over de concrete omstandigheden van de restauranthouder meldt de uitspraak niets. Maar met de toeslagaffaire in het achterhoofd lijkt waakzaamheid hier geboden. Een gewaarschuwd bestuursrechtjurist telt immers voor twee.

Wat kunnen die gewaarschuwde bestuursrechtjuristen concreet doen? Vandaag wil ik mijn gedachten daarover toespitsen op de VAR als beroepsvereniging van bestuursrechtjuristen. Ik ben heel blij te kunnen melden dat de studiemiddagen die de VAR samen met het NTB naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire heeft georganiseerd, hebben geleid tot het project #Bestuursrechtbeter, waarbij inmiddels ook de Nationale ombudsman is betrokken. Daarin worden zes concrete projecten uitgevoerd die het bestuursrecht letterlijk beter moeten laten functioneren. Zo wordt er binnen deelwerkgroepen gezocht naar *best practices* van bestuursorganen, wordt het gelijkheidsbeginsel en de angst voor precedentwerking die vaak in de weg staat aan maatwerkoplossingen onder de loep genomen en worden zowel de bestuursrechtwetenschap als het onderwijs daarin bestudeerd. De projecten worden getrokken door heel vastberaden leden van onze vereniging, waaronder de nieuwe voorzitter van het VAR-bestuur, Bert Marseille, met wiens benoeming vanmorgen is ingestemd.

Deze trekkers hebben alle VAR-leden opgeroepen om input te leveren.

Doet u dat alstublieft. Bestuursrechtjuristen in deze vereniging hebben wetgevingskennis, hebben uitvoeringservaring en zijn rechters en wetenschappers.

Laten we de krachten bundelen, tijdig en breed informatie met elkaar delen, met elkaar meedenken over hoe in dit soort situaties maatwerk kan worden geboden, zowel in de regelgeving als in de uitvoeringspraktijk, en laten we nagaan hoe de rechter daarop aanvulling kan geven waar dat nodig is. Langs die weg ontstaat veel meer kans op een aanvaardbaar eindresultaat. Deze werkwijze is ook zoveel constructiever dan elkaar achteraf de schuld geven van het ontbreken van maatwerk en de vreselijke gevolgen die dat kan hebben voor burgers.

Ik rond af. Ik ben enorm blij dat u opnieuw met zovelen naar deze vergadering bent gekomen. Wees welkom, discussieer en denk mee, zowel vandaag als in de werkgroepen, over de benodigde verbetering van ons bestuursrecht!

Getoond op het grote scherm

Algemeen

#Bestuursrechtbeter: zes projecten om het bestuursrecht beter te maken

7 oktober 2021 Lentine Schouten

Wat is de top 3 van problemen in het bestuursrecht? Hoog scoren: de uitvoering van wetgeving door de overheid is vaak onnodig streng, veel burgers lukt het niet hun aanspraken jegens de overheid te verzilveren en het schort aan de

Lees meer

Bron: https://verenigingbestuursrecht.nl/2021/10/bestuursrechtbeter-zes-projecten-om-het-bestuursrecht-beter-te-maken.

Toelichting van de preadviseurs met eerste reacties

Jan-Peter Loof[1]

Mijn preadvies gaat over rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies van de coronacrisis en de rol van het bestuursrecht tijdens de bestrijding van die crisis. In de afgelopen periode heeft zich rondom de coronamaatregelen een staatsrechtelijke discussie afgespeeld die zich concentreert op de formele kanten van rechtsstatelijkheid en mensenrechten, en vooral op de grondwettelijke eis dat er een formeelwettelijke basis moet zijn voor vrijheidsbeperkende maatregelen. Veel aandacht vroeg daarbij de vraag of noodverordeningen al dan niet een voldoende basis voor die maatregelen vormden. Wat voegen nu internationaalrechtelijke mensenrechtennormen eigenlijk toe aan die constitutionele dimensie van de rechtstaat? Van belang is hier de fameuze clausule *necessary in a democratic society*, behorende bij de vrijheidsrechten die onder andere in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zijn neergelegd. Aan regels die een inbreuk op bepaalde mensenrechten mogelijk maken worden kwaliteitseisen gesteld, waarbij moet worden getoetst of maatregelen noodzakelijk, proportioneel en in overeenstemming met het subsidiariteitsvereiste zijn.

Een belangrijke constatering in mijn preadvies houdt in dat het uitvoeren van de zojuist omschreven toets als het om coronamaatregelen gaat heel ingewikkeld is. In normale tijden gaan we ervan uit dat er proportionaliteit is als er zo min mogelijk vrijheid wordt ingeleverd terwijl toch het legitieme doel wordt bereikt. In de coronacrisis zou er dan een proportionele verhouding moeten zijn tussen de vrijheid die moet worden ingeleverd en de winst die wordt geboekt in het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus. In de kern komt de toets daarop neer, maar juist dat is in de omstandigheden van zo'n crisis superingewikkeld te realiseren.

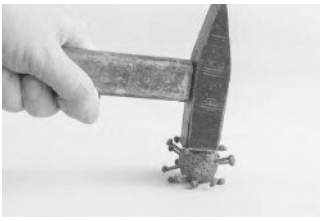
Getoond op het scherm: een sheet onder de titel
PROPORTIONALITEITSTOETS: HOE DAN?

Vaak wordt bepleit dat er voor de getroffen maatregelen een wetenschappelijke basis moet zijn. Men spreekt dan van *evidence-based legislation* of *evidence-based policy making*, maar juist de coronacrisis heeft laten zien, zeker in de aanvang, dat er nog

1 Het preadvies van Jan-Peter Loof (p. 7 van VAR-reeks nr. 166) is getiteld 'Coronacrisis en bestuursrecht: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies'.

veel wetenschappelijke onduidelijkheid was. In zo'n situatie valt heel moeilijk te bepalen met welk *evidence* men rekening moet houden.

Een volgende ingewikkeldheid betreft de wenselijkheid dat het bestuur, de rechter en de wetgever steeds weer de proportionaliteit van elke afzonderlijke maatregel bezien. Is dat eigenlijk wel goed mogelijk? Ook bij het College voor de Rechten van de Mens komen vragen binnen als: is die avondklok nu wel of niet proportioneel? Kun je de proportionaliteit van coronamaatregelen puur op een bepaalde geïsoleerde maatregel beoordelen, of moet je in aanmerking nemen dat het invoeren van een avondklok misschien tot gevolg heeft dat de scholen een maand eerder open kunnen? Wat is in dit verband proportionaliteit en wanneer meet je die proportionaliteit: op het moment dat die ene extra maatregel wordt ingevoerd of op het moment dat je het totaal van maatregelen in samenhang kan bekijken? Een extra complicatie die zich voordoet, komt naar voren in *The Hammer and the Dance* van Tomas Pueyo: het virus moet worden onderdrukt, het moet als het ware de kop worden ingeslagen.



Misschien vergt dat wel een maatregel die op het eerste gezicht ontzettend disproportioneel is en heel ver gaat, maar die daardoor misschien ook maar kort hoeft te duren. Nogmaals: wanneer meet je de proportionaliteit?

Zoals gezegd: als mensenrechtenjurist ben je gewend de proportionaliteitstoets uit te voeren door de aantasting van de vrijheid die plaatsvindt af te wegen tegen het legitieme doel dat met de maatregel wordt nagestreefd.

In mijn preadvies geef ik aan dat de proportionaliteit daarbij vaak wordt gediend met allerlei vormen van maatwerk: nuanceringen voor uitzonderingssituaties waarmee rekening kan worden gehouden. In zo'n situatie als de coronacrisis zit je ook met het aspect van de robuustheid van de maatregel, de controleerbaarheid, de handhaafbaarheid en de noodzaak om te anticiperen op een bepaalde mate van regelovertreding en op mensen die de grenzen opzoeken. Waar leg je dat nu in die weegschaal? Eigenlijk heb je een weegschaal met misschien wel drie, vier of vijf armen nodig, waarbij het geheel in balans moet zijn.

Wat is nu bij dit alles de rol van de rechter? Uit mijn analyse van jurisprudentie is naar voren gekomen dat de controle door de rechter vooral neerkomt op:

– kijken of er werkelijk een adequate wettelijke basis voor een bepaalde maatregel is;
– nagaan of het niet-treffen van een bepaalde maatregel in de gewenste consistentie van het beleid past; de overheid zegt dat haar beleid op een aantal pijlers berust, en via een vorm van willekeurtoetsing wordt nagegaan of de maatregel-in-kwestie daarin past.

Een indringende proportionaliteitstoets moeten we van de rechter niet verwachten. Hoogstens kan hij, als bij de toepassing van de maatregel disproportionele effecten blijken op te treden, proberen die effecten een beetje te matigen door de scherpe randjes bij te vijlen. Dat is zeker belangrijk, maar meer kun je van de rechter niet verwachten.

Tot slot iets over de *dringende adviezen*. Bij de discussie over de coronamaatregelen en de advisering door de Raad van State daarover viel mij op dat eigenlijk heel gemakkelijk over het karakter van dringende adviezen wordt heengestapt. Er waren RIVM-richtlijnen, dringende adviezen, om op bepaalde momenten mondkapjes te dragen en je in huis aan bepaalde regels te houden. De Raad van State zegt dan met te groot gemak dat de overheid dat niet hard handhaaft, zodat zich geen rechtsstatelijke problemen voordoen. We zien echter dat die dringende adviezen door private actoren worden gehandhaafd. Winkels en OV-bedrijven implementeren de dringende adviezen als *mondkapje dragen* en *1,5 m afstand houden* in hun huisregels en dragen de handhaving aan hun beveiliging op. Als iemand zich dan bijvoorbeeld bij een winkel meldt en weigert een mondkapje op te doen, zet de beveiliging zo iemand buiten. Protest leidt vervolgens tot medeneming en de komst van de politie, die een proces-verbaal opmaakt wegens huisvredebreuk. De staat zit in het verlengde van de private handhavers, wat voor de burger die daarmee wordt geconfronteerd allerlei onduidelijkheden oplevert bij het zoeken naar rechtsbescherming. Dat komt in mijn preadvies aan de orde en het is iets waaraan je niet zomaar kunt voorbijgaan als je de crisismaatregelen gaat evalueren.

Jannetje Bootsma[2]

Hadden de deelnemers aan deze vergadering dat nu ook, toen zij dinsdag naar de persconferentie keken, dat ze dachten: goh, die nieuwe coronamaatregelen, passen die nu eigenlijk wel bij die checklist van Loof? Zo zat ik wel op de bank, en dat laat, denk ik, zien wat een mooi preadvies hij heeft geschreven. Ik vind het dan ook heel leuk dat ik juist daarover een vraag mag stellen.

Mijn vraag gaat precies over wat Jan-Peter Loof zojuist al noemde: de proportionaliteitstoets, waarvan hij zich afvroeg: hoe dan? Hij heeft laten zien voor welke problemen je komt te staan, en ik ben benieuwd of we de mogelijke oplossingen hier vandaag wat concreter kunnen maken. Op een gegeven ogenblik moesten de

2 Jannetje Bootsma heeft het preadvies van Loof gerecenseerd in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*.

Haagse voorzieningenrechters met de proportionaliteitstoets aan de gang nadat al eerder het bestuur zich erover had gebogen. De genoemde voorzieningenrechters hebben inmiddels een vaste lijn met concrete elementen ontwikkeld. Aan de ene kant, aldus deze rechters, heeft de overheid de positieve verplichting de epidemie te bestrijden. Het is van belang dat de zorg niet overbelast raakt en dat de epidemie niet het hele land plat legt. Aan de andere kant moet naar de impact van een maatregel worden gekeken. De voorzieningenrechters noemen verder een kort geding niet de plaats om een heel wetenschappelijk debat over allerlei maatregelen te gaan voeren. We moeten beseffen, zo zeggen zij, dat we in een crisis zitten en dat zo'n debat dan niet mogelijk is. Bovendien weten we niet alles precies, en als je gaat wachten totdat je iets precies weet, kun je erop rekenen dat je met je maatregel te laat bent. Daar komt bij dat ook *niet* beslissen neerkomt op een keuze die je moet kunnen verantwoorden. Een en ander betekent dat er heel lastige keuzen moeten worden gedaan.

Bij het versoepelen bijvoorbeeld geldt dat niet alles tegelijk kan. Je moet bepalen wie eerst mag en hoe je stap voor stap te werk moet gaan. De voorzieningenrechters zien hierin de ruimte voor de bestuurlijke afweging naar voren komen die het rechterlijk oordeel op enige afstand zet. Het bestuur mag rekening houden met de uitvoering en de duidelijkheid van de maatregel. Van belang is dat een heel goed besluitvormingsproces is opgezet, met het Outbreak Management Team (OMT) dat een epidemiologisch advies geeft, met een bestuurlijk afstemmingsoverleg via onder meer veiligheidsregio's, met inmiddels het Sociaal en Cultureel Planbureau dat de maatschappelijke gevolgen van de crisis en de maatregelen in het oog houdt, en met input van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het ministerie van Financiën en het ministerie van Sociale Zaken. De voorzieningenrechters oordelen overigens wel betrekkelijk precies. Ze vragen zich af of ze, als ze alle input in aanmerking nemen, de genomen besluiten begrijpen. Gekeken wordt of een maatregel bij het advies van het OMT past, en wanneer dat niet het geval is, moet kunnen worden uitgelegd waarom van dat advies is afgewezen.

De vraag die ik aan Jan-Peter Loof wil voorleggen is wat hij nu van de afwegingsprocessen vindt. Zijn preadvies begint met een *roller coaster*, een achtbaan. Hij lijkt voorspellende gaven te hebben, want ik keek gisteren naar het staatje van de epidemiologische ontwikkelingen en zag dat we qua besmettingen nu alweer in de achtbaan omhoog zitten! Morgen[3] gaan allerlei nieuwe maatregelen in. Zijn er concrete elementen die Jan-Peter bij het toetsen van bepaalde maatregelen zou willen betrekken of waaraan hij méér aandacht zou willen besteden? Verder vooruitkijkend: stel dat we nog lang niet van die maatregelen af zijn, zou de toets dan moeten veranderen?

Jan-Peter Loof

Dank voor de vriendelijke woorden over mijn preadvies en voor de toch eigenlijk wel ingewikkelde vraag. Wat vind ik nu van de manier waarop de Haagse voorzieningenrechters hebben getoetst? Het door hen ontwikkelde stramien komt in

3 6 november 2021.

mijn ogen wel aardig in de buurt van het maximale dat je in een dergelijke situatie van een voorzieningenrechter kunt verwachten. Het ligt redelijk voor de hand dat wordt gerefereerd aan het mensenrechtelijke spanningsveld tussen aan de ene kant positieve verplichtingen om actief op te treden en aan de andere kant grenzen die aan de uitoefening van vrijheidsrechten zijn gesteld. Heel essentieel is naar mijn mening dat de rechter steeds de vraag stelt die ik zojuist al aanstipte: in hoeverre past een maatregel waartegen een concrete procedure zich richt in het bredere perspectief van de pijlers van het beleid dat de overheid zegt te hebben? Aan de hand van die vraag kan worden voorkomen dat in de maalstoom van maatregelen nogal willekeurige elementen meekomen die met de uitgangspunten van het beleid niet goed te rijmen zijn. Essentieel is ook dat de rechter blijvend kijkt naar het besluitvormingsproces en de daarin beschikbare informatie. Eigenlijk komt die benadering neer op een invulling van de motiveringsplicht.

In het algemeen is vaak de redenering van de mensenrechtenjuristen dat naarmate een bepaalde situatie langer duurt de rechterlijke toets misschien wat indringender moet worden. Aan de ene kant is er best iets voor te zeggen dat een preciezere blik wordt geworpen op de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van maatregelen, maar tegelijkertijd blijven alle ingewikkeldheden die ik in mijn preadvies heb geschetst in een langer durende crisis wel overeind. Het streven naar een indringender toetsing zal dan ook, denk ik, niet heel veel extra's opleveren ten opzichte van de toetsing die nu al wordt verricht. Het belang van rechterlijke controle, hoe weinig indringend dan misschien ook, is in ieder geval dat zo'n controle dwingt tot goede motivering en goede afweging aan de voorkant van de besluitvorming. Het preventieve effect dat van de rechterlijke controle uitgaat, acht ik van meer gewicht dan de exacte vormgeving van de toets op zichzelf.

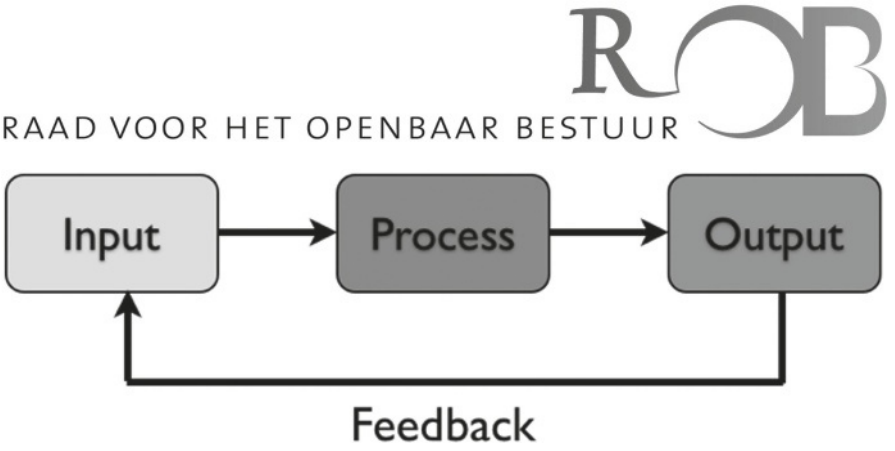
Jurien Korzelius[4]

Mijn preadvies gaat over de democratische legitimatie van de coronamaatregelen. Voordat ik aan de inhoudelijke aspecten toe kom, wil ik twee opmerkingen van andere aard maken. In de eerste plaats vind ik het heel eervol dat ik een preadvies mocht schrijven, zeker nu het dit prachtige onderwerp betreft. Ik zeg daar meteen bij dat ik het ook heel spannend vind de rol van preadviseur te hebben! Mijn tweede opmerking vooraf komt erop neer dat ik wellicht een beetje last heb van beroepsdeformatie als gevolg van het feit dat ik vrij rechtstreeks bij de coronamaatregelen betrokken ben. Aan het begin van de coronaperiode werkte ik bij de gemeente Amsterdam, waar ik allerlei vragen over genomen maatregelen beantwoordde, zoals bijvoorbeeld de vraag of een *Glühwein*-route onder het evenementenverbod viel, de vraag of in het geval van sauna's de overnachtingsfunctie van hotels in het geding komt of de vraag of *wine&dine*-arrangementen toegestaan waren. In dezelfde periode ben ik betrokken geweest bij het opstellen van noodverordeningen, aanvankelijk als meelezer, maar als wetgevingsjurist mocht ik ook een keer penvoerder zijn. In april ben ik overgestapt naar de Projectdirectie COVID-19 van de Nationaal

4 Het preadvies van Jurien Korzelius (p. 81 van VAR-reeks nr. 166) is getiteld 'De democratische legitimatie van de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus'.

Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV), waar ik ook weer bij allerlei vragen over de regelingen betrokken ben en me daarnaast bezighoud met het opstellen van regelgeving. Om op de vraag aan de vergadering van Jannetje Bootsma te reageren: afgelopen dinsdag tijdens de persconferentie zat ik niet voor de televisie, maar achter mijn computer regels te typen! Al met al zal mijn bril enigszins gekleurd zijn, maar ik hoop dat ook mijn invalshoek iets bijdraagt.

Dan de inhoud van mijn preadvies. Ik toon de vergadering enige sheets aan de hand waarvan ik tot een uiteenzetting kom.



Advies uit 2015, elementen in 2021 herhaald

Ik ben om een theoretisch kader te schetsen begonnen bij een advies van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) over de vraag wat nu precies democratische legitimatie is. De ROB komt met een soort cirkelmodel met vier elementen: inputlegitimiteit, throughputlegitimiteit, outputlegitimiteit en feedbacklegitimiteit. Politieke keuzes, aldus de ROB, zijn legitiem als daarin de wil van het volk wordt weerspiegeld. Daarbij gaat het bij de inputlegitimiteit om representatie en participatie: de volksvertegenwoordiging moet een zegje hebben, maar ook burgers en andere betrokken partijen moeten een mogelijkheid hebben om hun belangen voorafgaand aan de start van het besluitvormingsproces voor het voetlicht te brengen. De throughputlegitimiteit heeft sterk betrekking op het proces en figureert dan ook onder de naam ‘proces’ in mijn sheet; deze legitimiteit heeft te maken met de transparantie, de kenbaarheid en de voorspelbaarheid van het politieke besluitvormingsproces. Duidelijk moet zijn, niet alleen voor de volksvertegenwoordigers maar ook voor burgers en andere partijen, hoe het proces loopt en wie wanneer aan zet is. Die duidelijkheid is voorwaarde voor het uitoefenen van invloed op een goede manier en voor het draagvlak. De outputlegitimiteit heeft voor een groot deel betrekking op de gevolgen, maar ook op de effectiviteit en de efficiëntie en op de mogelijkheid om iets over de gevolgen te zeggen. Dit alles loopt, zoals de deelnemers aan deze vergadering kunnen zien, vloeiend over in de feedback: het verstrekken van informatie over de maatregelen die worden genomen, het debat daarover, de beoordeling en de bijsturing.

Op mijn schets van een theoretisch kader volgt het in kaart brengen van de corona-maatregelen, zoals die gedurende de tijd op drie manieren vorm hebben gekregen:
– vanaf maart 2020 is gewerkt met aanwijzingen en regionale noodverordeningen;
– vervolgens is er in december 2020 een wettelijke basis gekomen in de vorm van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (Twm);
– in januari van 2021 hebben we ook nog even te maken gehad met het staats-noodrecht, namelijk bij de invoering van een avondklok.

Per soort aanpak heb ik uitgezocht hoe het zit met de input-, de throughput-, output- en de feedbacklegitimiteit. In mijn preadvies heb ik mijn bevindingen in een uitgebreide tabel neergelegd,[5] maar voor deze presentatie lijkt mij het volgende schemaatje geschikter:

Vormen van legitimiteit			
Input	-	+/-	+/-
Throughput	+	+/-	+/-
Output	+	+	+
Feedback	+/-	+	+/-

Het werken met alleen plussen en minnen leidt tot veel verlies van nuance, dus voor de nuancering verwijs ik naar mijn preadvies. Nadat ik het schema dat u nu ziet had opgesteld, bedacht ik overigens dat direct onder de Twm achter 'input' misschien wel + in plaats van +/- had moeten staan. Mijn conclusie is in ieder geval dat de input bij de Twm het best is geweest: betrokkenheid van Tweede en Eerste Kamer, maar ook van burgers en allerlei andere partijen. Bij de throughput krijgt de regionale aanpak een kleine +, bij de output is het beeld overal gelijk en bij de feedbacklegitimiteit krijgt toch ook weer de Twm een +. Een en ander leidt tot de onvermijdelijke

5 Preadvies, p. 123.

conclusie dat de aanpak via de Twm uit het oogpunt van democratische legitimatie de beste was. Iedereen was het daar helemaal over eens, maar ik was eigenlijk altijd een groot fan van de regionale aanpak, dus ik was door mijn eigen analyse nogal verbaasd. Zo leer je gaandeweg!

Eerlijk gezegd denk ik van een aantal dingen nog steeds dat we er meer mee hadden kunnen doen of alsnog meer mee moeten gaan doen. Ik wijs hier op de verandering van de rol van het Veiligheidsberaad, het overleg van alle 25 regioburgemeesters. Voorheen hadden zij een steviger positie doordat zij de regionale noodverordeningen vaststelden, waarna ze voor een groot deel verantwoordelijk waren voor de uitvoering en de handhaving. In de nieuwe situatie berust de verantwoordelijkheid voor uitvoering en handhaving niet meer op regionaal maar op lokaal niveau en is in ieder geval de rol van het Veiligheidsberaad anders geworden. Daarnaast zagen gemeenteraden in de periode van de regionale noodverordeningen veel meer een rol voor zichzelf dan nu; over de vraag of hun benadering juist is, kan overigens nog discussie worden gevoerd. Hier staat tegenover dat de Tweede Kamer in de periode van de regionale noodverordeningen veel minder een rol voor zichzelf zag, een benadering waarvan, denk ik, de juistheid eveneens kan worden betwist. In de tijd van de noodverordeningen stelde immers de minister de aanwijzingen vast, iets waarop hij veel meer had kunnen worden bevraagd.

Aan de hand van mijn analyse en mijn eigen opvattingen heb ik bij mijn conclusies wat kanttekeningen geplaatst.[6] Vervolgens heb ik deze aanbevelingen gedaan:

1. Voer vooraf een debat over de kaders en afwegingen bij het gebruik van bevoegdheden.
2. Benut ook de voordelen van de regionale aanpak.
3. Besteed bij het democratisch tekort van regionale besturen ook aandacht aan de praktijk.
4. Leg in de wet vast op welke grondrechten een noodverordening inbreuk mag maken.
5. Geef duidelijkheid over de aanvullende regelgevende bevoegdheden.
6. Ga in op de vraag wanneer separate toepassing van het staatsnoodrecht aan de orde is.

Aan de hand hiervan zal ik later vandaag twee stellingen aan de vergadering voorleggen.

Voorzitter: Het preadvies van Jurien Korzelius is in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* besproken door Rob de Greef. Hij kan zijn bijdrage in deze vergadering niet geven, zodat ik Rian de Jong, van wie ik weet dat ze naar aanleiding van Juriens preadvies zou willen interveniëren, vraag nu haar inbreng te leveren.

Rian de Jong

Het preadvies heb ik met veel plezier gelezen. Het laat heel gedetailleerd zien hoe de besluitvorming op diverse momenten is verlopen, iets wat, denk ik, voor velen

6 Par. 6.2 van het preadvies.

van ons niet in totaliteit heel inzichtelijk is geweest. De benadering is gekoppeld aan de zojuist al opgesomde vormen van legitimiteit, die verder reiken dan alleen het wettelijk systeem. Daardoor laat het preadvies tevens zien wat er buiten de juridische regelingen is gebeurd. Er hebben, zo blijkt uit het preadvies, veel mensen spijkerhard gewerkt om een en ander zo goed mogelijk te laten verlopen en er is ook verantwoording afgelegd als mensen daartoe niet wettelijk verplicht waren. Tegelijkertijd komen zwakke plekken in het systeem aan het licht.

Over die zwakke plekken heb ik een vraag die uit twee deelvragen bestaat. De preadviseur bespreekt de ministeriële bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen aan de voorzitters van de veiligheidsregio's. Op bladzijde 93 constateert zij dat er discussie over die bevoegdheid is, maar dat naar haar mening de minister de bevoegdheid heeft een voorzitter op te dragen een noodverordening vast te stellen. Dat leidt zij af uit het samenstel van wettelijke regelingen en de parlementaire geschiedenis. Een juridisch belangrijk punt dat zij niet bespreekt, is de vraag of de minister die aanwijzingsbevoegdheid zo mag gebruiken als hij heeft gedaan. Ik heb, evenals naar ik aanneem veel deelnemers aan deze vergadering, de aanwijzingen gelezen: ze worden gekenmerkt door een grote mate van detaillering. In een lange tekst wordt A4'tje na A4'tje voorgeschreven wat er in de noodverordening moet komen. Aanwijzingen, zeker als ze betrekking hebben op een discretionaire noodverordeningsbevoegdheid, kan men wel geven, maar het is aan het bevoegde ambt te beslissen of de noodverordening er komt en, zo ja, hoe die eruit komt te zien. Als de wetgever een vorm van voorschrijven tot in detail mogelijk wil maken, zou hij ofwel voor opschaling van bevoegdheid moeten kiezen, waarmee duidelijk wordt gemaakt wie in wezen bepaalt wat er moet gebeuren, ofwel voor indeplaatsstelling, een figuur die we ook al kennen. De aanwijzingsbevoegdheid is – aangenomen dat we het er al over eens zijn dat zij mag worden gebruikt – naar mijn mening op een oneigenlijke manier aangewend. Ik ben benieuwd hoe de preadviseur daarover denkt.

Mijn tweede punt raakt het preadvies als geheel en tevens de daarin opgenomen aanbevelingen, in het bijzonder de aanbeveling onder 2: *benut de voordelen van de regionale aanpak.* Zojuist hebben we gehoord dat de preadviseur het jammer vindt dat de goede dingen van de regionale aanpak een beetje verloren zijn gegaan. De huidige aanpak lijkt zij niet ideaal te vinden en met het oog op de toekomst bepleit zij de goede kanten van de regionale aanpak te benutten. Houdt zij tegen de achtergrond van de onderverdeling in vormen van legitimiteit wel voldoende in het oog dat we in wezen een wettelijk systeem moeten bedenken dat geschikt is in tijden van crisis? In zulke tijden verliest de inputlegitimiteit aan betekenis: het bestuur staat centraal en moet snel en effectief optreden, want dat is nu eenmaal crisisbestrijding. Mij lijkt dat dit rechtsstatelijk heel goed te verdedigen is mits de andere vormen van legitimiteit, en met name de feedbacklegitimiteit, worden versterkt. Op die manier behouden we het rechtsstatelijke evenwicht.

De consequentie is dat je in crisistijd ten volle moet vasthouden aan de gouden regel *geen verantwoording zonder bevoegdheid en geen bevoegdheid zonder verantwoording.* De regionale aanpak is gebaseerd op de Wet op de veiligheidsregio's, die bij uitstek op dat punt kreupel is; ook de preadviseur heeft daar aandacht voor. Zij laat ook zien waar de zwakke punten zitten. Bij het opstellen van de noodverordeningen zijn, zo constateert zij, twintig van de vijfentwintig voorzitters eigenlijk nauwelijks betrokken. Ook het regionaal beleidsteam (RBT) kon in veel gevallen niet worden

geraadpleegd en we weten allemaal dat de individuele gemeenteraden als het over verantwoording gaat eigenlijk niet in het verhaal voorkomen. Dat valt niet te repareren. Het systeem werkt alleen als je met een heel beperkte crisis te maken hebt die kort duurt en waarbij maar enkele gemeenten betrokken zijn. Ik ben heel benieuwd hoe de preadviseur de zwakkere plekken zou willen verhelpen.

Jurien Korzelius

Allereerst veel dank voor de complimenten. Bij het schrijven van mijn preadvies heb ik ook geput uit de prachtige artikelen die Rian de Jong over dit onderwerp heeft geschreven. Ik moet me trouwens eventjes herpakken, want ik had mij voorbereid op het commentaar dat Rob de Greef zou geven!

De eerste deelvraag heeft betrekking op de mate van detailniveau bij de aanwijzingen inzake de noodverordeningen. Als wetgevingsjurist heb ook ik mij daarover eerlijk gezegd nogal verbaasd. Sommige aanwijzingen waren eigenlijk regionale noodverordeningen waaronder bij wijze van spreken alleen nog maar een krabbel hoefde te worden gezet. Tegelijkertijd is er in de toelichting nog wel heel wat gebeurd.

Deze eerste deelvraag interpreteer ik overigens ook als: had de minister niet voor volslagen centralisatie moeten kiezen, de regio's er gewoon uit moeten gooien en de regelgeving naar zichzelf moeten toetrekken? Daarover heb ik zitten twijfelen, ook naar aanleiding van een stuk dat Rian de Jong zelf over dit onderwerp heeft geschreven. Ik ben geneigd te voelen voor het standpunt in dezen van de Afdeling advisering. Toen we in maart 2020 aan deze ellende begonnen, hadden we het eigenlijk voor een groot deel nog alleen over Noord-Brabant. COVID-19 deed zich ook al wel in andere provincies voor, maar nog niet heel erg. Het lijkt mij begrijpelijk dat destijds voor de regionale aanpak is gekozen. Eind januari 2020 stuurde de minister nog een brief naar de Kamer met de strekking dat er een virusuitbraak in China was, maar dat die zich wel tot China zou beperken. Achteraf kunnen we zien hoe deze crisis zich heeft ontwikkeld, maar het is in mijn ogen wel te verdedigen dat men destijds de regionale aanpak ging toepassen en de vaststelling van regelgeving niet bij de minister heeft gelegd. Toen gaandeweg de crisis de detaillering van de aanwijzingen toenam en de Tweede Kamer de rol die zij had kunnen vervullen niet pakte, was er ook naar mijn mening aanleiding voor centralisatie. Daar staat tegenover dat eigenlijk al sinds 1 mei 2020 een wettelijke basis is aangekondigd. De gedachte was dus dat we heel snel aan centralisatie toe zouden komen.

Het is mogelijk een koppeling tussen de twee deelvragen te maken. Ik ben het er heel erg mee eens dat de nadruk op de feedbacklegitimiteit zou moeten liggen, maar de mate van detailniveau van de aanwijzingen had volgens mij voor de Tweede of de Eerste Kamer aanleiding moeten zijn voor een veel kritischer opstelling, juist in het geven van feedback. In die zin was er, denk ik, meer ruimte geweest om de feedbacklegitimiteit in te vullen.

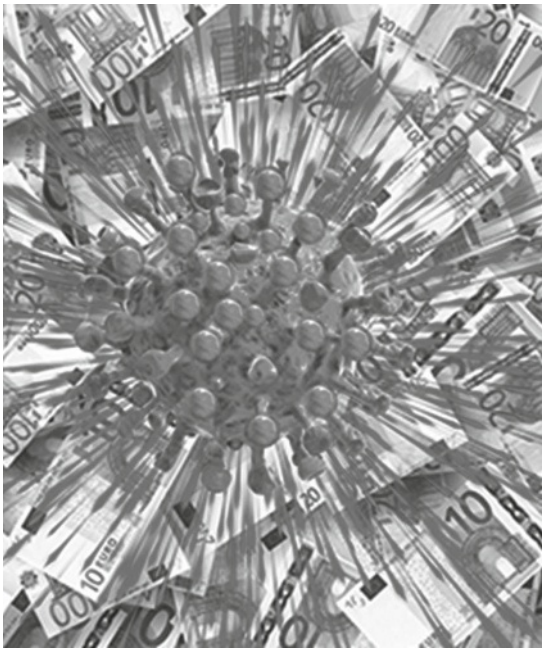
De tweede deelvraag heeft betrekking op mijn tweede aanbeveling. De belangrijkste conclusie van wat ik geanalyseerd heb, luidt dat de wettelijke basis veruit de voorkeur verdient. Ik pleit dus niet voor teruggaan naar de regionale noodverordeningen, maar ik slaak eigenlijk meer een hartenkreet die voor heel veel wetgevingsjuristen geldt. We moeten beseffen dat we onderdeel zijn van een keten. Het begint met wetgeving en het eindigt met uitvoering en handhaving. In deze crisis hebben we onder

de regionale noodverordeningen meer het beeld *we doen het met elkaar* ervaren, als gevolg van het feit dat de regioburgemeesters een rol bij de vaststelling van noodverordeningen hadden, zodat ze meer medebepaalden hoe die er uiteindelijk kwamen uit te zien en hoe bepaalde kwesties in de toelichting konden worden ondervangen. Er was sprake van een soort anticipatie op de wijze waarop de uitvoering en de handhaving moesten verlopen. Sinds de wettelijke basis er is, houden bestuurders elkaar minder vast, wat mij een belangrijk punt lijkt. Dit levert immers wat mij betreft onverkwikkelijke uitspraken op als: jullie doen te weinig aan de handhaving! Dat wordt bijvoorbeeld gezegd als het om de coronatoegangsbewijzen gaat, en aan de andere kant worden dan geroepen: ja, jullie storten maar al die regels over ons uit! Sommige burgemeesters zeggen zelfs dat ze helemaal niet gaan handhaven omdat ze geen zin in die coronatoegangsbewijzen hebben. Niet alleen voor uitvoering en handhaving, maar ook voor het beeld van en het vertrouwen in de overheid, is dat een onwenselijke situatie.

Voorzitter: Mij blijkt dat Rian de Jong met deze reactie tevreden is. Ik dank haar zeer voor haar rol als redder in nood!

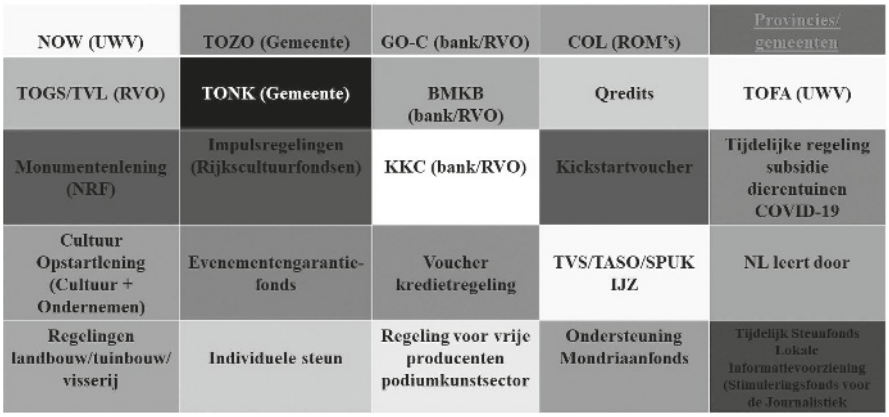
Jacobine van den Brink[7]

Beste VAR-vrienden. Begin 2020 werd Nederland opgeschrikt door een piepklein virus, COVID-19. Dit piepkleine virus…



7 Het preadvies van Jacobine van den Brink (p. 137 van VAR-reeks nr. 166) is getiteld 'Publiek geld als pleister op de wonde'.

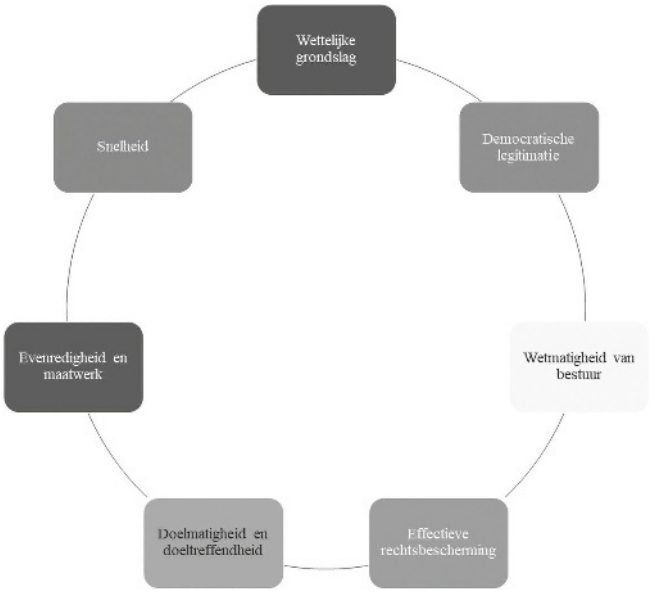
...is op de afbeelding die ik u toon eigenlijk best wel groot! Dit virus en de ter bestrijding van het virus getroffen overheidsmaatregelen dreigden al snel te leiden tot een enorme economische crisis. Om dit te voorkomen besloot de overheid vrijwel meteen voor de getroffen ondernemers en burgers omvangrijke steun- en herstelpakketten in het leven te roepen. Wanneer je deze coronasteunregelingen bestudeert, valt op dat voor verschillende rechtsgrondslagen is gekozen.



De keuze is opvallenderwijs niet gevallen op de op het oog meest geschikte rechtsgrondslag, namelijk de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen. In plaats daarvan zien we een ook naar grondslag bonte verzameling van subsidieregelingen, inkomensvoorzieningen, onverplichte tegemoetkomingen, privaatrechtelijke overeenkomsten en in een enkel geval nadeelcompensatie. Het doel van alle coronasteunregelingen is echter min of meer gelijk: het financieel ondersteunen van burgers en ondernemingen die van de coronacrisis economisch nadeel ondervinden en daardoor financieel in de knel komen.

In mijn preadvies heb ik onderzocht of de keuze voor een bepaalde rechtsgrondslag voor het verstrekken van coronasteun gevolgen heeft voor de rechtsstatelijkheid ervan. Nu kan ik me voorstellen dat u denkt: lekker belangrijk – het was crisis, dus laten we de overheid nu niet achteraf de maat nemen. Toch denk ik dat deze vraag belangrijk is. In de eerste plaats gaat het namelijk om een astronomisch hoog bedrag aan publiek geld, namelijk € 82 miljard. In de tweede plaats hebben heel veel ondernemingen en burgers met de coronasteun te maken gehad, vaak uit bittere noodzaak. In de derde plaats staat het uitgeven van publiek geld al langer onder druk. Zo verstrekt de overheid al jaren allerlei tegemoetkomingen zonder dat daarvoor een rechtsplicht en een duidelijk wettelijk kader bestaat. Ook maakt de overheid steeds vaker gebruik van schimmige privaatrechtelijke constructies om publiek geld weg te zetten, waardoor publiekrechtelijke waarborgen worden omzeild.

Wanneer de verschillende coronasteunregelingen langs de lat van de beginselen en eisen van de democratische rechtsstaat worden gelegd, is er maar één conclusie mogelijk; tenminste, dat vind ik.



Het maakt wel degelijk uit op grond van welke regeling een onderneming of burger coronasteun ontvangt. Zo staat voor ondernemingen die een coronaoverbruggingslening van de regionale ontwikkelingsmaatschappijen hebben ontvangen, geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, maar zijn zij aangewezen op de dure civiele rechter, áls die route al ooit wordt ontdekt.

Voor de verschillende tegemoetkomingsregelingen die zijn vastgesteld, geldt dat elke regeling anders is vormgegeven, bijvoorbeeld wat betreft de mogelijkheden om een tegemoetkoming in te trekken, terwijl die verschillen maar moeilijk kunnen worden verklaard. Voor zover de tegemoetkomingen worden verstrekt op grond van buitenwettelijk begunstigend beleid houdt de rechterlijke toets niet meer in dan dat wordt gekeken of het bestuur dat beleid consistent heeft toegepast. Dat is toch vrij

mager! Verder worden aan ontvangers van coronasubsidie op grond van de NOW subsidieverplichtingen opgelegd – ik doel bijvoorbeeld op het verbod om bonussen en dividenden uit te keren – die in het licht van de Subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op zijn minst discutabel zijn.

Onder het perspectief van de beginselen en eisen van de democratische rechtsstaat maakt het dus wel degelijk uit voor welke rechtsgrondslag is gekozen, terwijl de keuze voor de ene of de andere rechtsgrondslag door de overheid nauwelijks wordt gemotiveerd. Dit verdraagt zich slecht met de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, zeker ook omdat burgers en ondernemingen vaak coronasteun ontvingen op grond van meerdere regelingen. Om goed voorbereid te zijn op komende crises, die zich vast en zeker zullen aandienen, is het daarom wenselijk dat het bestaande wettelijk instrumentarium wordt aangepast.

Daarom pleit ik in mijn preadvies voor een afzonderlijk formeel-wettelijk kader voor financiële verstrekkingen door de overheid. Deze wet zou zich niet moeten beperken tot crisissituaties en zou algemene regels moeten bevatten voor verschillende vormen van overheidsfinanciering, zoals de subsidie, de tegemoetkoming en specifieke uitkeringen. Ik heb voor dit idee inspiratie geput uit het Financieel Reglement dat ziet op de begroting van de Europese Unie.

Van de door mij bepleite formeel-wettelijke aanpak noem ik drie belangrijke voordelen.

1. Deze aanpak biedt de kans om ons subsidierecht te moderniseren. Het feit dat dit subsidierecht met bijbehorende publiekrechtelijke waarborgen op allerlei manieren kan worden omzeild, laat zien dat dit hard nodig is.
2. Een afzonderlijk formeel-wettelijk kader zou veel meer flexibiliteit bieden, waardoor omzeiling van het publiekrecht minder aantrekkelijk wordt. In zo'n wet kan immers worden afgeweken van de soms knellende begrippen *bestuursorgaan* en *besluit*. Normering van het uitgeven van publiek geld vindt dan plaats ongeacht de juridische constructie die wordt gekozen.
3. Door het uitvoeren van mijn voorstel wordt veel duidelijker welke financiële instrumenten de overheid tot haar beschikking heeft. Dit dwingt de overheid ertoe beter te verantwoorden waarom in het ene geval voor een subsidie en in het andere geval voor een onverplichte tegemoetkoming wordt gekozen.

Er zijn van wat ik bepleit ongetwijfeld ook allerlei nadelen te noemen, maar daarover kunnen we het de verdere dag hebben, want ik zit nog wel even achter die tafel! Ik realiseer me goed dat de oplossing waarvoor ik pleit niet onomstreden is. De tendens is immers het uitgeven van publiek geld zo min mogelijk wettelijk te regelen. Het is echter een feit dat enorm veel publiek geld – geld van de belastingbetaler dus, geld van ons! – wordt uitgegeven aan zeer veel burgers en ondernemingen die daarvoor veelal uit bittere noodzaak in aanmerking willen komen. Een beetje meer aandacht voor rechtsstatelijkheid is dan ook niet te veel gevraagd.

Ik dank u voor uw aandacht.

Jan Reinier van Angeren[8]

Dank voor de duidelijke inleiding, met mooie *powerpoints*. Die laatste heb ik niet: ik moet het gewoon van het gesproken woord hebben. Het was voor mij een grote eer dat de NTB-redactie mij vroeg het preadvies van Jacobine van den Brink te beoordelen. Ooit, in 1996, trad ik toe tot het team van het *Praktijkboek Subsidierecht*, waar Rianne Jacobs in zat, schreef ik met Willemien den Ouden in 2005 over 'Subsidierecht en staatssteun'[9] en nu heb ik dan het preadvies van Jacobine mogen recenseren. Het voelt een beetje alsof ik behoor tot de mensen die de Heilige Graal van het subsidierecht in handen hebben!

8 Jan Reinier van Angeren heeft het preadvies van Van den Brink gerecenseerd in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*.

9 In: *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht* (VAR-reeks nr. 134), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Het voordeel van de coronacrisis en de NOW-regeling is dat het subsidierecht sterk in de belangstelling staat. In de advocatenpraktijk waar ik werk, werd het subsidierecht toch een beetje meewarig bekeken. Ik legde dan uit dat het vaak om grote bedragen gaat en dat het subsidierecht voor grote ondernemingen veel belang heeft. Gelukkig kwam de NOW, en toen zeiden veel grote ondernemingen: goh, dit is een subsidieregeling, wat nu?! Ik was dus erg blij met de NOW en met de ontwikkelingen die mij nu de gelegenheid hebben geboden dit preadvies te recenseren. Toen ik op dat verzoek inging had ik nog niet door dat Jacobine, grondig als zij is, een preadvies van zo'n 190 pagina's zou schrijven, met wel 1169 voetnoten. Men heeft dan ook kunnen zien dat mijn bijdrage in het *NTB* iets langer is geworden dan de bijdragen van de andere recensenten. Nu ik in die bijdrage al heel wat vragen heb opgeworpen, zou ik Jacobine simpelweg kunnen uitnodigen op die vragen te reageren, maar op die manier zouden we iets te lang bezig zijn en de voorzitter is streng, zodat ik mij hier tot drie vragen beperk.

De eerste vraag luidt: is NOW-ondersteuning volgens Jacobine in het licht van artikel 4:21 van de Awb nu wel of niet een subsidie? Zelf heb ik in de vriendenbundel voor Willemien een analyse gemaakt die erin uitmondt dat kwalificatie als subsidie gerechtvaardigd is. Jacobine heeft te kennen gegeven dat zij zich min of meer in mijn argumentatie kan vinden, maar ik zou nu toch graag hom of kuit hebben.

Mijn tweede vraag borduurt daarop enigszins voort. Stel dat de kwalificatie als subsidie wordt verworpen en dat toch bij een bevoegde bestuursrechter beroep na een besluit op bezwaar wordt ingesteld, is het dan erg als de bestuursrechter titel 4.2 van de Awb gebruikt om te beoordelen of de financiële tegemoetkoming terecht is verstrekt? In het preadvies spreekt Jacobine de vrees uit dat bij verwerping van de kwalificatie als subsidie buitenwettelijk beleid het toetsingskader zal vormen, met als gevolg een onwenselijke supermarginale toetsing. Ik zou het van mijn kant niet erg vinden als de bestuursrechter bij zijn toetsing de Subsidietitel zou hanteren.

Dit brengt mij op het laatste fundamentele punt: moet er een algemene wettelijke regeling voor financiële verstrekkingen komen? In het *NTB* is eerder de vraag opgeworpen of het niet wenselijk is een titel in de Awb in te voegen. Ik ben daarvan eigenlijk geen voorstander. Voor Jacobine geldt dat ook, maar zij gaat een stap verder, door voor een nieuwe wet te pleiten. De voordelen van zo'n wet heeft zij zojuist opgesomd; ik heb er in mijn artikel wat nadelen tegenover gezet. Jacobine voert van haar kant in de eerste plaats aan dat het ter hand nemen van een algemene wettelijke regeling voor financiële verstrekkingen de kans biedt om ons subsidierecht te moderniseren. Ik wijs erop dat de Subsidietitel in 2023 vijfentwintig jaar bestaat, en dat lijkt mij eerlijk gezegd een leukere gelegenheid om dit onderdeel van de Awb eens te gaan moderniseren.

Een ander voordeel van een algemene wettelijke regeling is in de ogen van Jacobine dat de overheid een keuzepalet krijgt en veel beter moet motiveren welke keuze wordt gemaakt. Daarin zie ik een groot nadeel. Onlangs is eindelijk een overzicht van noodmaatregelen aan de Tweede Kamer gegeven. We zien een ongelofelijk lange lijst: Ferryverbinding Caribisch gebied, Subsidie drinkwater Caribisch Nederland, Garantie ondernemingsfinanciering, kortom: er zijn zóveel maatregelen, en moeten die nu echt allemaal onder één wettelijke grondslag worden gebracht? Lopen we daardoor niet het risico dat zich verschillende toepassingen en grensgevallen voordoen, met als gevolg meer procedures om de procedures dan om de inhoud? Voldoet titel 4.2 niet om al die verstrekkingen mogelijk te maken?

Voorzitter: Jacobine: wil je dat nu echt, zo'n algemene wettelijke regeling voor financiële verstrekkingen?

Jacobine van den Brink

Ja, ik wil het nog echt!

Maar ik zal bij de eerste vraag beginnen. Is de NOW-bijdrage wel of geen subsidie? Ik heb van de heel ingewikkelde vraag hoe al die regelingen nu precies moeten worden gerubriceerd nachten wakker gelegen! Ook naar mijn mening zijn er, zoals ik ook in mijn preadvies schrijf, goede argumenten om de NOW als subsidieregeling aan te merken. We moeten volgens mij in dit opzicht pragmatisch zijn, want het wettelijk kader dat er in het geval van subsidies is, biedt voordelen. Ik zie er niet veel heil in de NOW-bijdragen niet als subsidie te bestempelen. Je kunt ook tegenargumenten aanvoeren, maar dat is eigenlijk bij al die regelingen het geval. Elke regeling heeft wel iets stimulerends of iets met schadevergoeding. Wat is zo'n regeling dan precies? Dat is ingewikkeld. In ieder geval denk ik dat bij de NOW de kwalificatie 'subsidie' meer verdedigbaar is dan bij bijvoorbeeld de vuurwerkregeling, waarbij rubricering als subsidieregeling eigenlijk helemaal nergens over gaat.

Van Angeren: De voorzitter kijkt mij vragend aan: dit is een antwoord op mijn vraag waarmee ik tevreden ben.

Van den Brink: Vervolgens iets over de vraag wat de situatie is als de rechter aan de elementen van artikel 4:21, eerste lid, Awb toetst en het subsidiekarakter niet aanneemt. Zeker in een crisis zou de rechter daar naar mijn mening een beetje omheen moeten gaan. In een crisis waarin ondernemingen en burgers echt het water aan de lippen staat, is het weinig zinvol als een bestuursrechter in feite het hele systeem om zeep helpt. Ik zou dat niet doen; het lijkt me niet slim. Ook op dit punt ben ik dus eigenlijk heel pragmatisch.

Van Angeren: Dus ook als de kwalificatie als subsidie wordt afgewezen zou de rechter toch maar aan titel 4.2 van de Awb moeten toetsen.

Van den Brink: Ja. Dat biedt de meeste rechtszekerheid, het lijkt me om zo te zeggen niet goed voor het bestuursrecht dat een bestuursrechter allerlei consequenties aan het niet-kwalificeren als subsidie verbindt.

Het laatste punt is de vraag of ik nu echt een nieuwe wet wil. Ik begrijp dat dit idee tegen de achtergrond van het grote aantal regelingen waarop Jan Reinier van Angeren heeft gewezen, weinig aantrekkelijk is. Toch denk ik dat er nu simpel gezegd te weinig smaken zijn. Op het ogenblik hebben we eigenlijk alleen maar een wettelijke regeling voor de subsidie, waaraan er dan een voor de nadeelcompensatie zal worden toegevoegd, maar in de praktijk zien we dat er veel meer wegen worden bewandeld. Het Financieel Reglement (FR) van de Europese Unie (EU) laat heel mooi zien dat het wel degelijk mogelijk is bepaalde hoofdcategorieën te omschrijven waarop de regels dan beter worden afgestemd. Zo heeft het FR een aparte titel voor de subsidie *à fonds perdu* (de schenking) en daarnaast een regeling voor gevallen waarin de overheid geld verstrekt in de vorm van een lening of garantie. Er zijn echt

grote verschillen. Ik vind het bijvoorbeeld altijd heel ingewikkeld de Subsidietitel toe te passen op een lening. Daarbij rijzen allerlei vragen. Wat is dan precies de subsidie? Is dat het bedrag van de lening, of het gedeelte waarbij je minder rente moet betalen? Er doen zich allerlei vragen voor die we volgens mij beter zouden kunnen tackelen in een aparte wet. Van opneming van een regeling in de Awb zelf ben ik geen voorstander omdat die wet dan een beetje te groot zou worden. Een aparte wet zou bovendien meer flexibiliteit kunnen bieden. Jan Reinier vraagt zich in zijn recensie af of ik in dit verband het privaatrecht helemaal zou willen afschaffen, maar dat zou niet eens nodig zijn: je kunt in een aparte wet prima integreren dat er ook gelden bij overeenkomst kunnen worden verstrekt. Voor het FR van de EU maakt het niet eens uit hoe het geld wordt verstrekt, bij beschikking of bij overeenkomst. De gedachte is: áls er publiek geld wordt verstrekt moet dat gelijkelijk worden genormeerd. De manier waarop maakt niet uit.

Ik blijf vooralsnog bij mijn standpunt, maar misschien moeten we om vijf uur nog maar even doorpraten!

Jan Reinier van Angeren

Op dat doorpraten verheug ik mij zeer!

Jacobine zei in eerste instantie dat een algemene wettelijke regeling het voordeel heeft dat we af zijn van die schimmige privaatrechtelijke constructies. Ik had de indruk dat, ook blijkens eerdere publicaties van haar kant, naar haar mening in principe geen publieke gelden via overeenkomsten mogen worden verstrekt. Daar kun je van alles van vinden, maar ik hoor haar nu net zeggen dat je in zo'n algemene wet ook gewoon kunt regelen dat gelden worden verstrekt door middel van overeenkomst. Komt dit erop neer dat het verstrekken van publiek geld via overeenkomsten niet op heel principiële bezwaren stuit, maar dat er dan een aparte wettelijke grondslag voor zou moeten zijn?

Van den Brink: Je geeft mijn woorden goed weer. De lezing van je recensie heeft mij natuurlijk ook weer tot nadenken gestemd.

Van Angeren: Dat is prettig om te horen. Ik dacht dat ik al een groot compliment had gekregen door voor de recensie te worden gevraagd, maar dit is helemaal mooi!

Jacobine van den Brink

De vraag of er een algemene wettelijke regeling moet komen moet grondig worden overwogen. Ik ben helemaal nergens principieel tegen, het maakt me niet zo veel uit, maar ik vind het belangrijk dat dezelfde waarborgen gelden. Een ondernemer die in de problemen komt door de coronacrisis en via een beschikking een subsidie van het ministerie van EZK kan krijgen, kan netjes bezwaar maken en zo nodig naar de bestuursrechter. Vraagt zo'n ondernemer iets soortgelijks aan bij een regionale ontwikkelingsmaatschappij, die gewoon een verlengstuk van de overheid is – er zit niks geen privaat geld bij – dan geldt dat allemaal opeens niet en staat op de website dat geen bezwaar en beroep open staat. Dat kan ik niet volgen.

Van Angeren: Er is wél rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter. In mijn recensie…

Voorzitter: Voordat we hierover nu heel lang gaan spreken: de 'schimmige private constructies' met de normering die daarbij hoort, komen vandaag nog nader aan de orde.

Martijn van der Steen[10]

Gisteren was ik bij een bijeenkomst die we de jaarvergadering van de Vereniging voor Bestuurskunde – mijn vakgebied – zouden kunnen noemen. Daar ging het er heel anders aan toe. We waren na twintig minuten klaar, toen was er geloof ik vijfendertig minuten pauze en daarna was er een lezing van Kim Putters, wat natuurlijk ook heel leuk was. Bij wijze van observatie van buiten spreek ik aan het adres van de deelnemers aan de vergadering van vandaag bewondering uit voor hun uithoudingsvermogen. Ik kan, achter de tafel zittend, alle gezichten zien, en ik vind dat er nog steeds aandachtig wordt gekeken. Ik hoop dat u dat nog een klein half uur volhoudt!

Met het oog op mijn deelname aan deze vergadering vreesde ik voor bepaalde gevoelens, die ik echter nu niet blijk te hebben. Om dat te illustreren deel ik een kleine anekdote. Een aantal jaren geleden was ik met het vliegtuig onderweg naar Krakau, waar ik een lezing ging geven. Om de een of andere reden had ik een overstap in München. Toen ik in het andere vliegtuig kwam en ging zitten, zag ik in dat vliegtuig alleen maar Chinezen, wat mij me deed afvragen of ik wel in het goede vliegtuig zat. Dat is natuurlijk een heel rare vraag, want in een vliegtuig zit je altijd goed, maar ik heb toen toch even gevraagd of het wel het vliegtuig naar Krakau was. Vervolgens bleek dat al die Chinezen naar Krakau onderweg waren; de reden daarvan kan ik in de pauze vertellen.

Wat ik duidelijk wil maken, is dat ik vreesde hier als bestuurskundige in een vliegtuig vol Chinezen terecht te komen waar ik van het verhandelde niet veel zou begrijpen – ik vind het nog steeds wel moeilijk – en waar het ook lastig zou zijn dezelfde taal te spreken. Dat laatste vind ik eigenlijk heel erg meevallen – voor mij een belangrijke constatering. Dit brengt mij op wat ik in mijn preadvies heb geprobeerd te doen. Wie het heeft gelezen, heeft ontdekt dat het woord 'bestuursrecht' er weinig in voorkomt. Waar gaat het mij nu om? De vakgebieden bestuursrecht en bestuurskunde liggen naar mijn gevoel dicht bij elkaar terwijl ze tegelijkertijd vrij ver van elkaar verwijderd zijn, wat niet ten goede komt aan de aanpak van maatschappelijke vraagstukken. De voorzitter van deze vereniging ken ik van haar aandacht voor deze wat bezwaarlijke verhouding tussen dicht bij elkaar liggende vakgebieden.

Naïef als ik ben heb ik mij voorgenomen deze vergadering iets te laten zien van hoe mijn taal, de bestuurskundige taal, werkt, hoe wij vanuit de bestuurskunde naar het bestuursrecht en de meer juridische taal kijken en hoe die twee bij elkaar kunnen komen. Om twee redenen vind ik het belangrijk dat te doen, en als *cliffhanger* zal ik die later onthullen.

10 Het preadvies van Martijn van der Steen (p. 339 van VAR-reeks nr. 166) is getiteld 'Overheidssturing in de coronacrisis: perspectieven, praktijken en dilemma's'.

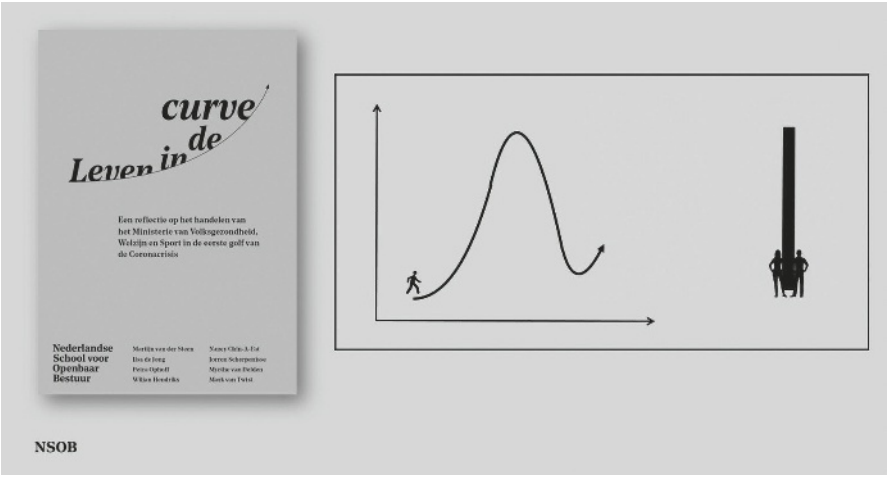
U ziet hier het gebouw van de instelling waar ik werk, een bestuurskundig instituut dat ambtenaren opleidt en veel onderzoek doet. Ik ben ook hoogleraar bestuurskunde aan de Erasmus Universiteit en lid van de Raad voor Volksgezondheid en Samenleving. Kort na het uitbreken van de coronacrisis, in maart 2020, is de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur (NSOB) binnen het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sociale Zaken (VWS) mee gaan kijken naar alles wat daar gebeurt. Daartoe houden we een soort *paper trail* bij: we verzamelen documenten en registreren dag na dag, minuut na minuut, wat er plaatsvindt, in de vorm van een chronologisch overzicht. We zijn chroniqueur van de aanpak van de coronacrisis door het ministerie. Omdat we in maart/april pas begonnen, hebben we aanvankelijk teruggekeken, maar inmiddels maken we een soort *real time* reconstructie. Daarnaast hebben we met de medewerkers voortdurend gesprekken waarin we als het ware de betekenisgeving reconstrueren: hoe kijken zij naar wat ze doen?

	Terugkijkend op…	*Vooruitgaand naar…*
Feiten verzamelen *(informatie)*	Chronologie reconstrueren	Feiten real time vastleggen
Betekenis geven *(ambiguïteit)*	Verhaal reconstrueren	Doorgaande reflectie in en op actie

NSOB

Op de afbeelding die ik u toon, vindt u deze twee elementen terug. Het bovenste deel van de matrix heeft betrekking op de vraag: wát hebben we nu eigenlijk gedaan? In het onderste deel hebben we te maken met de vraag: wat hebben we nu eigenlijk gedáán, hoe ging dat en waarom op die manier? Uit deze basis put ik in mijn pre-advies.

Ik vind het van belang – een eerdere bijdrage refereerde daaraan ook al enigszins – al het handelen van VWS bij de corona-aanpak in het volgende beeld te plaatsen:



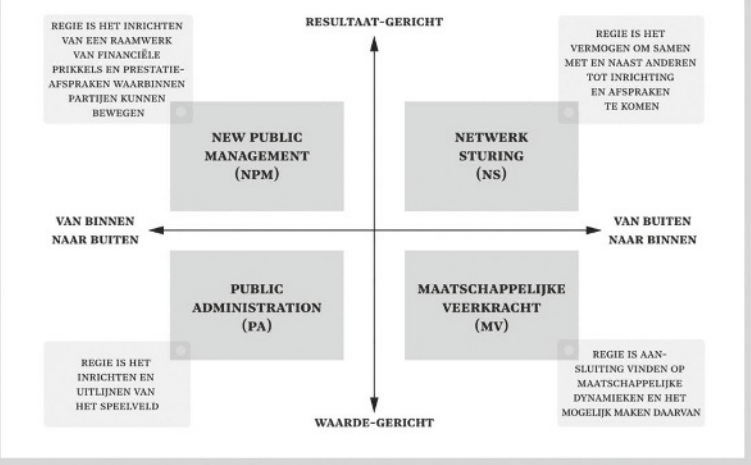
Daarom heet het essay dat wij hierover hebben geschreven ook *Leven in de curve*. Je kunt het proces dat we hebben waargenomen reconstrueren als een curve, waarin op bepaalde tijdstippen bepaalde dingen werden gedaan. Voor het ministerie zelf – er is hier ten minste één iemand van VWS aanwezig – voelde het proces heel anders. Het was geen curve waarbij je achteraf kunt zien waar je op een gegeven moment ongeveer was, maar veel meer een grote *black box*, een mistgebied waarin je niet wist wat de volgende stap zou zijn, waar het heen zou gaan en op welk punt je je bevond. Het is van belang dit inzicht te betrekken bij het achteraf beoordelen van al het handelen in de curve. Degenen die aan het handelen waren, hadden eigenlijk geen flauw idee waarmee ze te maken hadden, op welk punt van de curve ze zich bevonden, hoe de curve er überhaupt uit zou komen te zien en wat hun letterlijk te wachten stond.

Bij het nadenken over het handelen van mensen die zich met dit soort vraagstukken bezighouden – in dit geval de mensen van de corona-aanpak bij VWS – probeer ik altijd de volgende twee plaatjes in mijn hoofd te houden:

NSOB

Bij de bestudering van de sturing en het inrichten van systemen denken we vaak dat het maatschappelijk systeem op het linker plaatje lijkt. Ik heb het vak natuurkunde heel snel laten vallen, dus ik weet niet precies hoe dit werkt, maar ik weet wél wat er gebeurt. Als je de balletjes links loslaat, doet zich een soort toverkracht voor die het geheel altijd heen en weer laat gaan. In werkelijkheid heeft het maatschappelijk systeem, waarin wij opereren en waarin ook het recht opereert, veel meer het karakter van het rechter plaatje. De plaatjes lijken sterk op elkaar, maar we voelen allemaal aan dat rechts iets anders gaat gebeuren. Als ik dit plaatje aan mensen laat zien, krijg ik eerlijk gezegd wel eens zin om het zelf te proberen. Mijn werkhypothese is dat het loslaten van het eerste kind waarschijnlijk nooit zal lukken omdat door ouders wordt ingegrepen. Misschien kunt u dit tijdens het weekend zelf eens proberen!

Ik kom bij het talige element. In de bestuurskunde gebruiken we vaak dit schema:



In veel overheidsorganisaties wordt het te pas en te onpas gehanteerd. Het is een figuur die we bij de NSOB hebben ontwikkeld, en heel veel mensen die met sturing en beleid bezig zijn handelen vanuit dit plaatje. Het komt neer op vier perspectieven op overheidssturing, te definiëren als de manier om met inachtneming van publieke waarden aan een maatschappelijk vraagstuk te werken. Als je de bestuurskundige bibliotheek bekijkt, kom je tot vier verschillende benaderingen. Linksonder zien we het traditionele *public administration*-gedachtegoed, dat heel dicht tegen het bestuursrecht aan ligt: het rechtmatige, rechtsstatelijke denken over sturing. Sturing heeft linksonder de vorm van juridische interventies, er wordt gestuurd via het recht. Rechtmatigheid is daarbij eigenlijk de belangrijkste waarde, die ook als uitgangspunt wordt genomen.

Daaroverheen is – linksboven – in de jaren tachtig het idee van *new public management* gekomen: de aanpak, die niet alleen rechtmatig maar ook doelmatig dient te zijn, moet wérken. Hier is vaak een combinatie met bedrijfsmatige principes. Je moet de doelstellingen halen. Doelmatigheid/effectiviteit is een kernwaarde. De overheid creëert publieke waarden op een efficiencymanier. De kwaliteit van uitvoering – dit kwam hier ook al eerder even aan de orde – is dan een kernwaarde. Het is goed als het wérkt.

Op een gegeven moment hebben we ontdekt, in de bestuurskunde maar ook in de aanpak van beleidsvraagstukken, dat de aanpak van heel veel maatschappelijke vraagstukken samenwerking vereist tussen overheden onderling en tussen overheden en maatschappelijke organisaties. Fenomenen als akkoorden, deals, pacten, sociale akkoorden, klimaatakkoorden, energieakkoorden en betonakkoorden zitten in het domein – rechtsboven – van *netwerksturing*. Partijen gaan in een horizontale verbinding allianties aan rondom concrete maatschappelijke doelen en maken een afspraak voor een aanpak. Men gaat aan de slag op een nevengeschikte manier, met als belangrijkste doel: lukt het om op die manier samen een vraagstuk aan te pakken?

Rechtsonder zien we het idee van *maatschappelijke veerkracht*. Maatschappelijke vraagstukken worden daar niet aangepakt door de overheid maar door maatschappelijke partijen zelf: individuen, corporaties, coöperatieven, sociaal ondernemers en bedrijven. De overheid creëert daarvoor een bedding en moet zich daartoe verhouden.

Waarom is dit allemaal belangrijk? In de bestuurskunde merk ik dat we heel veel kijken naar maatschappelijke vraagstukken vanuit de rechterkant, het idee dat je er met elkaar voor moet zorgen tot een oplossing te komen die wérkt. Daarbij dreigt het perspectief linksonder, dat uiteindelijk de grondslag is van alles wat we in het openbaar bestuur doen, nogal pragmatisch te worden benut, als een soort ondersteunende figuur die ervoor zorgt dat we aan de rechterkant lekker kunnen samenwerken en vraagstukken kunnen oplossen. Mijn zorg is dat we daarbij iets heel belangrijks verliezen, namelijk rechtsbescherming maar ook rechtsstatelijke kwaliteit, die uiteindelijk essentieel is voor je sturingsinstrumentarium. Tegelijkertijd ligt mijn zorg ook aan de andere kant. Als we overmatig op linksonder blijven sturen, verliezen we iets dat je pragmatisme zou kunnen noemen, maar dat je ook kunt omschrijven als bestuur dat wérkt. Ik beschuldig niemand in deze vergadering van deze overmatige sturing, maar ik zie die soms bij collega's van de deelnemers hier wel eens optreden. Wat deze overmatige sturing op linksonder verloren doet

gaan, is een aanpak die bijvoorbeeld in netwerkverbanden heel goed in staat is heel ingewikkelde kwesties relatief daadkrachtig op te lossen.

Ik zou vandaag – en anders op andere momenten – willen zoeken naar manieren om onze twee vakgebieden goed met elkaar te verbinden, zodat het ons lukt aan de ene kant de rechtsstatelijke waarden aan de linkerkant te behouden en aan de andere kant invulling te geven aan het vermogen om samen met vele partijen aan maatschappelijke vraagstukken te werken. De preadviezenbundel – zeg maar: ons gemeenschappelijke proefschrift – gaat over de aanpak van crisis. Corona heeft het fenomeen 'crisis' sterk uitgelicht, maar ik geloof eigenlijk dat de behoefte aan een goede overheidssturing zich niet alleen rondom corona maar bij alle maatschappelijke vraagstukken van dit moment voordoet. Tegen die achtergrond denk ik dat deze discussie niet voorbij is als corona ooit verdwenen is, maar dat we er nog heel lang aan vastzitten. Daarom is het leuk gezamenlijk in dit vliegtuig te zitten.

Voorzitter: Fijn dat je je welkom voelt in ons vliegtuig en naar een gezamenlijke taal wilt zoeken. Als er een van onze leden is die jouw taal spreekt, dan is dat wel Bert Marseille, die nu aan het woord komt.

Bert Marseille[11]

Van deze gelegenheid wil ik gebruik maken door te zeggen dat ik me een beetje schaam. Terwijl ik vast van plan was naar de huishoudelijke vergadering, eerder vanochtend, te gaan, had de NS te kampen met een wisselstoring, zodat ik te laat hier was. Overigens heb ik gehoord dat het in díe zin goed gekomen is, dat ik straks voorzitter van de VAR ben. Dat vind ik, om met Jurien Korzelius te spreken, zowel eervol als spannend, maar tevens heel leuk. Ik heb even gekeken naar de lijst van wie er allemaal in het bestuur zitten: de meeste mensen daarvan ken ik en die zijn heel aardig; sommige mensen ken ik niet. De opvolger van Ron Stam bijvoorbeeld, die in de zaal zit, maar die zal nog wel veel aardiger zijn. Het komt goed!

Het preadvies van Martijn van der Steen heb ik met veel plezier en heel gefascineerd zitten lezen. Met veel plezier omdat een heel veelzijdige en veelvormige benadering is gekozen, omdat de aanpak heel systematisch is en omdat de vereiste nuancering goed in acht is genomen. Gefascineerd omdat het bestuursrecht er weliswaar eigenlijk nauwelijks in voorkomt, maar er aan het eind enige heel behartigenswaardige dingen over worden opgemerkt. In de eerste plaats wordt aangegeven waar het bestuursrecht in essentie over zou moeten gaan, namelijk de bescherming van kwetsbare belangen. De meeste deelnemers aan deze vergadering zullen het daarmee eens zijn. In de tweede plaats wordt een visie gegeven op de manier waarop het bestuursrecht moet worden uitgeoefend, waarbij deze preadviseur twee elementen noemt die ik heel goed gekozen vind: (1) de ambachtelijkheid moet op orde zijn, maar (2) er moet ook sprake zijn van een zekere lenigheid. In dit verband ben ik heel benieuwd hoe Van der Steen de wat hem betreft ideale werking van het bestuursrecht in het handelen van de overheid tijdens de coronacrisis op nu juist deze twee

11 Bert Marseille heeft het preadvies van Van der Steen gerecenseerd in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*.

punten beoordeelt. Wat kunnen we leren? Een preadvies is wat mij betreft eigenlijk geen advies, maar ik ben heel benieuwd, Martijn, wat voor advies jij hebt.

Martijn van der Steen

Naar mijn mening heeft het bestuursrecht – voor zover ik kan beoordelen wat nu precies wel en niet bestuursrecht was – tijdens de crisis eigenlijk heel goed gefunctioneerd. Wat de twee door Bert Marseille ten tonele gevoerde elementen betreft: min of meer terzijde merk ik op dat de lenigheid misschien wel onderdeel is van de ambachtelijkheid. Hoofdzaak is voor mij dat bij de aanpak van de coronacrisis de combinatie van ambachtelijkheid en lenigheid heel goed gewerkt heeft. Dat vind ik mooi. Het overheidsapparaat in zijn algemeenheid kan hier volgens mij trots op zijn, even afgezien van de gêne die soms opkomt bij het zien van bepaalde uitkomsten. Het apparaat heeft heel goed geopereerd, onder grote tijdsdruk, dealend met een problematiek van grote complexiteit en ingewikkelde regelingen producerend die werkbaar waren. Ook het politieke proces heeft tot op zekere hoogte goed gefunctioneerd. Bij het komen tot een oordeel moeten we rekening houden met de mate waarin goed functioneren mogelijk was. In de piek van de crisis waren de ambtenaren bij het ministerie letterlijk 24/7 aan het werk. Ze hadden managementposities gedubbeld, er waren mensen die zo ongeveer op het ministerie overnachtten, ministers waren dag en nacht aan het werk en werden dan nog steeds geacht fantastische, slimme en doordachte besluiten te nemen. Ook hebben we te maken gehad met een periode waarin twee, drie keer per week Kamerdebatten werden aangevraagd. Het voorbereiden van zo'n Kamerdebat kost 20 à 24 uur van de ambtenaar die zich tegelijkertijd met besluitvorming over wet- en regelgeving moet bezighouden. Er is een enorme congestie van activiteiten geweest, waarin het bestuur goed heeft geopereerd.

Veel meer zorgen maak ik mij om wat er daarna is gebeurd en wat er nu gebeurt. In haar inleiding eerder vanmorgen signaleerde Willemien den Ouden dat er spanning ontstaat, omdat datgene wat indertijd met stoom en kokend water heel goed in elkaar is gedraaid nu achteraf moet worden beoordeeld, waarbij het de vraag is in hoeverre de uitzonderlijkheid van de situatie waaronder alles is bedacht bij de beoordeling wordt betrokken. Ik wijs erop dat de Algemene Rekenkamer een extreem kritisch oordeel heeft gegeven over wat VWS heeft gedaan, een oordeel op totaal oneigenlijke argumenten. Een beoordelingskader dat je in de reguliere besluitvorming toepast en dat naar mijn mening daar al vrij discutabel is, wordt toegepast in een situatie waarin het eigenlijk helemaal niet van toepassing is, namelijk in een extreme crisissituatie.

Ik vind dat het bestuursrecht als zodanig ten tijde van de coronacrisis goed heeft gefunctioneerd, en ik maak mij zorgen over wat er nu in retrospectief in de beroepsprocedures over allerlei regelingen gaat gebeuren.

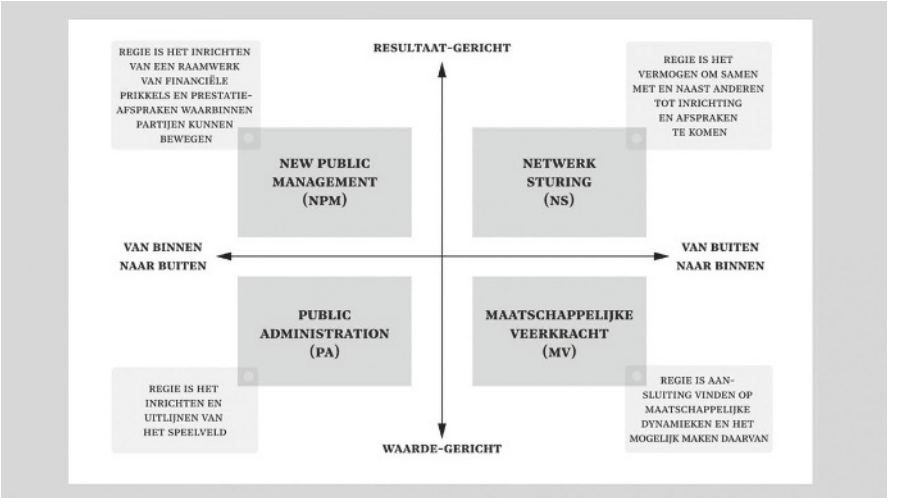
Bert Marseille

Nog een nadere vraag. Je hebt het over de linkerkant en de rechterkant van het schema 'Vier perspectieven op overheidssturing' gehad, waarbij we traditioneel zouden kunnen zeggen dat de doeners rechts en de normatieve types links zitten.

Zeg je nu dat in de coronacrisis het bestuursrecht in de uitvoering voldoende aan de rechterkant zat, maar dat jouw angst is dat bij de beoordeling straks de linkerkant gaat overheersen?

Martijn van der Steen

Ja,....



...wat ik in mijn praktijk rondom allerlei andere vraagstukken heel veel tegenkom, is dat beleidsmakers aan de rechterkant een mooi samenwerkingsverband met allerlei partijen hebben bedacht en dat er dan ergens een jurist is die in zijn organisatie aan de noodrem trekt en *kan niet!* zegt. Iedereen die juist blij was dat er een oplossing was, is dan boos. Tijdens de coronacrisis is *kan niet!* heel weinig gezegd. Heel vaak is er iets anders gebeurd, namelijk dat er is meegewerkt. Het deed mij denken aan Scotty in *Star Trek* als hij gaat zorgen dat iets lukt. Dat dit in de coronacrisis heel veel is gebeurd, vind ik als bestuurskundige heel knap en ik denk dat het voor burgers geruststellend was dat het kón. Tegelijkertijd is de vraag: kunnen we dat vasthouden?

Gedachtewisseling over de preadviezen

Voorzitter: Zojuist hebben we toelichtingen van de vier preadviseurs met eerste reacties gehoord, waarna we overgaan tot een meer algemene gedachtewisseling aan de hand van interventies. Rien den Boer, die ik nu het woord zal geven voor zijn interventie, is directeur Wetgeving en Juridisch Zaken bij het ministerie van VWS. Welkom, Rien! Het is heel leuk dat jij met al jouw praktijkervaring op alle vier de preadviezen wilt reageren. Ik heb enigszins mogen meekijken met wat je aan hen gaat vragen. Het is bijna een spervuur! We hebben afgesproken dat je, omdat je je tot alle preadviseurs richt, iets meer spreektijd krijgt. Misschien moeten de preadviseurs zich beperken tot de aan hen gerichte vraag die zij het belangrijkst vinden en waarover ze het liefst iets willen zeggen. Op die manier kunnen we ook nog vóór de lunchpauze toekomen aan de interventie van Tom Barkhuysen, die vanmiddag niet aanwezig kan zijn.

Rien den Boer

Ik behoor tot de mensen die niet wisten wat ze deden, maar toch goed resultaat hebben geleverd!

Over het onderwerp van de preadviezen zou ik vanuit mijn achtergrond lang kunnen spreken. Met het oog op de levendigheid en diversiteit van de vergadering heeft het bestuur, dit wetende, de wijsheid gehad mij slechts enkele minuten te gunnen. Dat betekent dat ik op de preadviseurs in rap tempo een aantal vragen zal afvuren.

Maar eerst mijn complimenten voor alle vier de preadviseurs voor hun waardevolle en genuanceerde preadviezen. Ik noem in het bijzonder Loof, die met een ander geluid dan het vele gekraai over zogeheten dictatoriale coronamaatregelen helder heeft uiteengezet dat de maatregelen in beginsel juist passend zijn in een democratischrechtsstatelijke context. Grondrechten zijn immers bijna nooit absoluut en behoeven altijd een afweging ten opzichte van andere belangen. Terecht wijst hij op het eminente belang van het sociale grondrecht op gezondheidszorg en positieve grondrechtelijke verplichtingen die op de staat rusten. Het compliment in de richting van Van der Steen zou ik juist wat willen nuanceren: zijn fraaie preadvies bevat mooie en voor mij zeer herkenbare beschrijvingen van wat er is gebeurd op coronagebied en ook een theoretisch kader, waarbij ik me wel afvroeg wat de relevantie van dat kader voor de ontwikkeling van het bestuursrecht is.

Dan nu de vragen:

1. Aan Loof en Korzelius: als we ervan uitgaan dat corona nog wel een tijdje onder ons is en dat ook nieuwe pandemieën kunnen ontstaan die ons land raken, is het dan niet gek om de coronawet- en -regelgeving op één lijn te stellen met het staatsnoodrecht? Indiceert de opschalingssystematiek van de Wet publieke gezondheid – van gemeente/veiligheidsregio naar landelijk – nu juist niet dat

het hier om bijzondere volksgezondheidswetgeving gaat, die afhankelijk van de ernst van de ziekte schaalmaatregelen vraagt?

2. En in het verlengde hiervan een vraag specifiek aan Korzelius. Een epidemie en een pandemie hebben een landelijke of wereldwijde strekking, waarom zou er dan een structureel zware rol voor regionale maatregelen via veiligheidsregio's moeten zijn? Een beperkt aanvullende rol acht ik nog wel denkbaar. Zou het niet veel beter zijn om met een parlementair gelegitimeerde nationale besluitvormingsstructuur te werken, die bovendien meer op de volksgezondheid dan op de veiligheid is georiënteerd? Het is toch een beetje gek dat de aanpak vooral via de zogenoemde blauwe kolom – ordehandhaving; denk aan de veiligheidsregio's – en niet primair via de zogenoemde witte kolom – volksgezondheid – verloopt? Men kan zeggen dat het grote aantal ordehandhavingskwesties meer activiteit van 'blauw' vergt, maar hier gaat het toch vooral om volksgezondheidsaspecten.
3. Korzelius en anderen zijn met de Afdeling advisering van oordeel dat een noodverordening naar zijn aard van korte duur moet zijn. Ik ben het daar niet mee eens. Naar zijn aard moet de duur van zo'n verordening zijn afgestemd op de nood; als die langer duurt, zal daarvoor wetgeving moeten komen en zal de noodverordening in de tussentijd gelden. En als dat langer duurt, dan is dat maar zo. We hebben overigens ruim acht maanden met noodverordeningen gewerkt voordat de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 in werking trad. Vond Korzelius dat dan te lang? Had de Tweede Kamer volgens haar het lef moeten hebben om de coronawet in de zomer van 2020 af te handelen, toen de besmettingscijfers zo ontzettend positief waren? Zou daarvoor wel voldoende basis zijn geweest?
4. Loof stelt terecht grote vraagtekens bij het operationaliseren van de eis dat een grondrechtenbeperking proportioneel moet zijn. Dat getuigt van moed; vanochtend hebben we er het een en ander over gehoord. Vindt hij – in het kader van die moed – dat artikel 58b, tweede lid, van de Wet publieke gezondheid (Wpg), waarin proportionaliteit en rechtsstatelijkheid aan de orde zijn, dan een vorm van *windowdressing* is, die beter geschrapt zou kunnen worden?
5. Aan alle vier de preadviseurs twee vragen:
   a. De huidige tijdelijke wet kent een systeem van driemaandelijkse verlenging via een koninklijk besluit (KB), sinds kort gevolgd door een door de Eerste Kamer afgedwongen goedkeuringswet. Vinden de preadviseurs met mij dat zo'n overtrokken kortcyclisch besluitvormingsmechanisme hier minder geschikt is, en sowieso minder geschikt is als we nog twee jaar last van corona zouden hebben? Dit laatste zou erop neerkomen dat we nog acht keer met een KB en een goedkeuringswet te maken zouden hebben.
   b. Het volgende kabinet zal de Wet publieke gezondheid moeten moderniseren en de pandemische paraatheid van ons land wettelijk moeten waarborgen. Naar welke besluitvormingsstructuur voor het aanzetten van de regeringsbevoegdheid om noodmaatregelen te nemen gaat de voorkeur van de preadviseurs uit?
6. Aan Van den Brink: een vraag over haar pleidooi voor een afzonderlijk wettelijk kader voor financiële verstrekkingen door de overheid. In een gedachtewisseling met Van Angeren is hierover al het een en ander gezegd. Van mijn kant

vraag ik hier om welke verstrekkingen het gaat. Naast subsidies ook specifieke uitkeringen en onverplichte tegemoetkomingen? Bovendien vraag ik mij af of het niet veel meer voor de hand ligt zo'n regeling – als die er al zou moeten komen, waarover ik twijfel – niet in de Awb, niet in een aparte wet, maar in de gemoderniseerde Wpg op te nemen, nu het immers om specifieke coronamaatregelen gaat. Op het bredere verband waar het Van den Brink waarschijnlijk hier mede om gaat, kom ik aanstonds nog terug. Hoe zou trouwens in zo'n wet een waarborg kunnen worden opgenomen om het door haar zo gelaakte 'strooien met geld' in te dammen? Wat ik in haar preadvies heb gemist, is overigens ruime aandacht voor de vele coronasubsidie- en coronategemoetkomingsregelingen op het terrein van de volksgezondheid zelf. Kritisch als Van den Brink is, had zij wellicht kunnen opmerken dat die regelingen duidelijk hebben gemaakt dat het huidige privaatrechtelijke en aanbodgestuurde zorgstelsel deels niet is berekend op een corona-epidemie. Maar misschien heb ik het mis?

7. En dan een moeilijke kwestie, die ik dan ook aan zowel Loof als Van den Brink voorleg. Loof ziet de noodzaak van een grondrechtelijke positieve verplichting voor de overheid om in ziekenhuizen genoeg IC-capaciteit beschikbaar te hebben. Daar is geen extra subsidieregeling voor nodig. Volgens mij bestaat die positieve verplichting al omdat zorgverzekeraars op grond van de Zorgverzekeringswet – zeker in het geval van een naturaverzekering – die capaciteit voor hun patiënten moeten organiseren, alhoewel natuurlijk niemand tot het onmogelijke gehouden is. Als Nederlandse ziekenhuizen daarin niet voorzien, moeten zorgverzekeraars er via bemiddeling voor zorgen dat hun patiënten die zorg over de grens wél krijgen. De IC-capaciteit van Duitse ziekenhuizen is vijf keer zo groot als die van de Nederlandse, dus dit zou toch moeten lukken. Het door VWS gecontracteerde Landelijk Coördinatiecentrum Patiëntenspreiding – LCPS, een privaatrechtelijke rechtspersoon, met Ernst Kuipers als woordvoerder – doet goed werk, maar dit kan toch niet verhullen dat zorgverzekeraars hun wettelijke taak gewoonweg wat grondrechtelijker zouden moeten invullen? Als zij dat ook nog zouden doen voor niet-IC-zorg, zouden de wachtlijsten misschien ook wat korter kunnen zijn, maar dit geheel terzijde. Graag de opvatting van de beide preadviseurs.
8. Over grondrechten gesproken: Korzelius vindt dat in de wet duidelijker moet worden uitgeschreven van welke grondrechten bij noodverordening nog meer kan worden afgeweken. In de tijd dat de grondwetsherziening 1983 tot stand kwam, zou dat vloeken in de kerk zijn geweest, maar de rechter en ook de Afdeling advisering hebben zich nadien soepeler betoond. Ik ben eerlijk gezegd niet zo erg voor zo'n explicitering. Beter kan in bijzondere omstandigheden via dan maar wat soepeler jurisprudentie maatwerk worden geboden dan dat de wetgever de deur wijd openzet om bij noodverordening allerlei grondrechten te beperken. Ik hoop op een krachtig weerwoord van Korzelius.
9. Een vraag aan Van der Steen: het lijkt erop dat hij in coronaachtige noodsituaties van bestuursrechtjuristen meer lenigheid en ambachtelijke kwaliteit vraagt dan anders. Ik snap dat niet zo goed; misschien kan hij mij dat nog eens uitleggen. Ook in gewone tijden vergt het waarborgen van rechtsstatelijkheid en grondrechten in combinatie met het instrumentaliseren van politiek-beleidsmatige wensen veel creativiteit van juristen. Je ziet vaak spanning tussen de rechter- en

de linkerkant van het schema 'Vier perspectieven op overheidssturing' dat Van der Steen ons heeft getoond. In coronatijd doet zich hoogstens de extra handicap voor dat alles in heel weinig tijd moet worden uitgewerkt en uitgedacht. Dan wreekt zich dat er in het verleden te veel aandacht naar de rechterkant is uitgegaan en te weinig naar de linkerkant, waardoor de bestuursrechtelijke uitwerking onvoldoende is. Van der Steen en Korzelius betogen dat bij dit type sturingsvraagstukken expliciet van tevoren moet worden nagedacht over de uitgangspunten en dat daarbij keuzes moeten worden gemaakt. Ik weet er als praktijkjurist niet al te veel van, maar dit lijkt me een heel hoge eis als het gaat om het bestrijden van een grillige crisis van deze omvang die men zich in het verleden niet had kunnen voorstellen. Het tekortschieten van het huidige staatsnoodrecht is daar een prachtige illustratie van. Ik ben dan ook heel benieuwd of het wel zou lukken een afwegingskader te bedenken. Graag zal ik op dit punt gecorrigeerd worden door beide preadviseurs.

10. Het preadvies van Van den Brink toont maar weer eens aan hoe ongelukkig het algemeen bestuursrecht in elkaar steekt door uit te gaan van het besluitbegrip. Is iets nu wel of geen subsidie? Onverplichte overheidstegemoetkomingen zijn een legislatief ongeregeld zooitje, er is te veel buitenwettelijk begunstigend beleid en de rechter knijpt een oogje toe bij de uitleg van het subsidiebegrip uit de Awb om de rechtsbescherming van de burger toch nog een beetje hoog te houden. Dat belooft nog wat voor rechtszaken die gaan volgen over het terugbetalen van coronasteun! De voorzitter is daarop in haar rede ingegaan. Ik wijs er tegen deze achtergrond op dat een afzonderlijke wet voor financiële verstrekkingen misschien helemaal niet nodig is. Ik herhaal nog maar eens wat ik op 8 oktober jongstleden in mijn jaarrede voor de Nederlandse Juristenvereniging heb gezegd: de Awb behoeft verruiming door uit te gaan van de rechtsbetrekking met de overheid. Dan is dat gedoe met een afzonderlijke wet ook niet meer nodig.

Deze bezwaren tegen het besluitbegrip als uitgangspunt lijken mij een mooi slotakkoord voor de VAR, die immers een vereniging voor bestuursrecht is, ongeacht of iedereen deze klanken nu wel of niet welluidend vindt.

Voorzitter: Ter geruststelling: de VAR heeft een werkgroep ingesteld om te bestuderen hoe we het besluitbegrip voorbij kunnen komen. Ik moet bekennen dat de werkgroep al even bezig is, maar ik heb vernomen dat er goede vorderingen zijn gemaakt en dat we binnenkort een rapport kunnen verwachten.

Jan-Peter Loof

Ik lag vanochtend vóór acht uur al in de stoel bij de mondhygiëniste, die mij altijd enorm weet te pijnigen. Ik dacht dat ik het zwaarste van de dag dan maar alvast had gehad, maar de vragen van Rien den Boer moesten toen nog komen!

In de eerste plaats zal ik ingaan op het staatsnoodrecht en de publiekegezondheidswetgeving. Het is wat mij betreft prima denkbaar dat een hoofdstuk in de Wpg

onderdeel zou zijn van het staatsnoodrecht. Er zijn twee criteria op grond waarvan iets tot het staatsnoodrecht kan worden gerekend:
– er is sprake van regelgeving die over een extreme crisissituatie gaat;
– er is sprake van regelgeving die een extreme aantasting van vrijheidsrechten mogelijk maakt.

In Nederland hebben we het systeem dat in gewone wetten losse artikelen staan die we tot het staatsnoodrecht rekenen. Die bepalingen staan als het ware in een waakvlamstand en treden pas in werking nadat een KB tot stand is gekomen dat daarvoor zorgt. Een dergelijke constructie kan ik me ook binnen de Wpg voorstellen. Mijn pleidooi om de COVID-regelgeving meer te veralgemeniseren vindt er vooral zijn grond in dat het hoofdstuk in de Wpg waarover we nu spreken puur en alleen op COVID-19 ziet. Zodra we ooit van COVID-19 af zouden komen, is dit hoofdstuk weg, maar zo'n hoofdstuk zullen we voor SARS-37 misschien ook weer nodig hebben.

Vervolgens iets over de proportionaliteitstoets die nu in artikel 58b, tweede lid, Wpg te vinden is. Is die bepaling, zo heeft Rien zich afgevraagd, overbodig, komt zij niet neer op *windowdressing*? Gegeven de gecompliceerdheid van het invulling geven aan deze toets, heeft dit artikellid misschien inderdaad niet zoveel zin. Zelf zie ik de waarde van deze bepaling vooral in de opdracht die zij geeft aan de vaststeller van algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen die door dit hoofdstuk van de Wpg mogelijk worden gemaakt. Die vaststeller is verplicht aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit aandacht te besteden. Dat kan nooit kwaad en is eigenlijk altijd goed, maar we moeten niet de illusie hebben dat de toets aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit keiharde antwoorden omtrent geïsoleerde maatregelen zal opleveren, tenzij we te maken zouden hebben met een maatregel waarvan op geen enkele wijze duidelijk kan worden gemaakt dat hij aan het tegengaan van de verspreiding van het virus bijdraagt. De proportionaliteits- en subsidiariteitstoets, voortvloeiend uit mensenrechtennormen, is in wetgevingsprocessen vooral een fundament voor de motiveringsplicht voor de wetgever/besluitgever/regelgever.

Tot slot ga ik nog even in op de zorgverzekeraars en de grondwettelijke invulling van hun taak. Het College voor de Rechten van de Mens heeft in zijn *mission statement* opgenomen naar een cultuur van mensenrechten te willen streven. Ik ben het er op zich mee eens dat ook andere maatschappelijke actoren dan de overheid zich iets van mensenrechtennormen moeten aantrekken, maar als het wetgevingssysteem van de overheid, dat de verzekeraars ruimte biedt om zich wat minder grondrechtelijk op te stellen, ertoe leidt dat wordt tekortgeschoten in de nakoming van positieve verplichtingen, kan de overheid daarop naar mijn mening worden aangesproken. Dat vloeit voort uit het stelsel van de mensenrechten. Je kunt zeggen dat de overheid er maar voor moet zorgen dat zij de ruimte voor de verzekeraars dichttimmert.

Jurien Korzelius

Had de Tweede Kamer, luidt een vraag aan mij, het lef moeten hebben om de coronawet in de zomer van 2020 af te handelen? Mijn antwoord is: ja. In mei van dat jaar is een wetsvoorstel aangekondigd, en ik vond het al vrij lang duren dat dit niet vóór de zomer door de Kamer gekomen was. In augustus liepen de besmettingscijfers echt

wel weer omhoog en in oktober is weer een gedeeltelijke lockdown ingevoerd. Ik vind dat men dan met de datum 1 december rijkelijk laat is geweest.

Daarnaast wil ik ingaan op het verzoek om een krachtig weerwoord. De noodverordeningen die in Amsterdam hebben gegolden, hebben altijd de bewegingsvrijheid van mensen beperkt. Dat was zo in het geval van huldigingen, die mij persoonlijk sterk aan het hart gaan, en ook bij de troonswisseling. Tijdens de coronacrisis is van de kant van de gemeente Urk gevraagd of wij wilden meedenken over een noodverordening met het oog op de avondklokrellen die zich in die gemeente voordeden. Ook daarin was het beperken van de bewegingsvrijheid aan de orde. In de Gemeentewet staat dat er niet van de Grondwet mag worden afgeweken, maar als we nu kunnen vaststellen dat dat eigenlijk altijd wel gebeurt, kunnen we ons ook maar beter uitspreken over de gevallen waarin dat aan de orde moet zijn en hoe ver dat dan mag gaan.

Jacobine van den Brink

Gevraagd is om welke financiële verstrekkingen het mij bij mijn pleidooi voor een wettelijke regeling gaat. Er kunnen heel veel verstrekkingen onder zo'n regeling worden gebracht. Ik noem specifieke uitkeringen, subsidies en tegemoetkomingen, maar je zou ook het aanbestedingsrecht erin kunnen integreren.

Een andere vraag: ligt het niet voor de hand zo'n regeling in de gemoderniseerde Wvg op te nemen? Dat lijkt mij niet. In mijn preadvies zie ik de coronamaatregelen als een verschijningsvorm van wat er al was. Het onderzoek van Michiel Tjepkema heeft laten zien dat er altijd al op ruime schaal tegemoetkomingen werden verstrekt, ook via het privaatrecht. Als je alleen in de Wvg een regeling zou opnemen, bied je geen oplossing voor de jarenlange praktijk die we al kennen.

De interveniënt heeft in mijn preadvies ruime aandacht voor de VWS-regelingen gemist. Nu heb ik al het voorbehoud gemaakt dat ik ongetwijfeld regelingen niet in de beschouwing zal hebben betrokken. Mijn focus lag op regelingen die iets willen doen aan de nood bij ondernemers en burgers, en als ik me niet vergis zien veel regelingen van VWS juist op subsidies in de zorg, zoals voor vaccinontwikkeling. Die regelingen heb ik buiten mijn onderzoek gehouden. Ik vind het heel leuk er een keer goed naar te kijken; mijn uurtarief valt best mee en ik houd me aanbevolen om over zulke regelingen eens van gedachten te wisselen.

Martijn van der Steen

Dank voor de vele vragen. Wat voor mij een beetje ongemakkelijk is: uit de vraagstelling leid ik af dat mijn bijdrage de suggestie opwekt dat de spanning tussen de wereld van het bestuursrecht en de praktijk van arrangementen bouwen waarmee je vraagstukken wilt oplossen, zich beperkt tot corona. Het is eigenlijk omgekeerd. Volgens mij is het optreden van die spanning inderdaad de realiteit van het bestuursrecht in de praktijk. Ik heb het idee dat corona dat alleen maar heeft verscherpt: de tijdsdruk was hoger en het vraagstuk was veel urgenter. Onder druk wordt alles vloeibaar. Corona heeft het in feite gemakkelijker gemaakt ter plekke *hands on* allerlei oplossingen te bedenken waarbij iedereen maximaal zijn creativiteit heeft laten zien. In zekere zin heeft corona een makkelijke casus van het dilemma opgeleverd.

Mijn zorgen op het punt van de ambachtelijkheid en de lenigheid die van bestuursrechtjuristen steeds meer worden gevraagd, doen zich eigenlijk na corona en buiten corona veel heftiger voor, op terreinen waar veel beperktere ruimte is om tot maatwerk te komen, mee te bewegen met de maatschappelijke praktijk of soms zelf heel veel tegendruk te geven. We stuiten op een paradox. Vanuit bestuursrechtperspectief was de coronacasus relatief makkelijk, omdat in zekere zin alles kon. De spanning waarop ik in mijn bijdrage doel, is veel fundamenteler en gaat dus niet weg als de coronacrisis straks weg is.

Tom Barkhuysen

Graag zal ik een vraag aan Jan-Peter Loof stellen. In het verlengde van wat eerder schertsend is gezegd over het preadvies als proefschrift zou ik hem bijna aanspreken met 'Mijnheer de kandidaat,' maar dat hebben we al lang achter ons gelaten! Jan-Peter heeft een heel mooi preadvies geschreven dat van grote realiteitszin getuigt. Dat zie je ook aan de stellingen die hij poneert en waarmee je het eigenlijk niet oneens kunt zijn. Er worden weloverwogen, reële ideeën in naar voren gebracht. Soms bekruipt mij bij lezing van het preadvies wel het gevoel dat sommige dingen een beetje te veel vergoelijkt worden. Dat kan er misschien uit voortkomen dat Jan-Peter tijdens het schrijven naar Danny Vera heeft geluisterd, die zeer zoetgevooisd zingt, zodat sommige luisteraars alles met een roze bril gaan zien. Laat mij proberen daarvan een paar voorbeelden te geven.

Mijn eerste voorbeeld is de uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam over de invoering van een mondmaskerplicht op een aantal markten in die stad. Deze rechter weigert min of meer de vraag te beantwoorden of hier sprake is van strijd met de Grondwet. Dat is rechtsweigering, terwijl in het preadvies wel enig begrip wordt getoond, wat ik dan op mijn beurt weer *niet* begrijp.

Vervolgens noem ik de sluiting van de gerechten voor een vrij lange periode. Het besluit hiertoe is dramatisch. Het is ongelofelijk dat rechters zich niet hebben gerealiseerd welke vitale rol ze in de samenleving hebben, en gewoon voor twee maanden dicht zijn gegaan. Gelukkig is dat van onderop weer goed gekomen, maar het eerste besluit geeft ernstige zorgen over hoe rechters hun rol in de samenleving zien. Dit wordt in het preadvies wel benoemd, maar er wordt ook wel enig begrip voor getoond, begrip dat bij mij dus ook weer ontbreekt.

Dit brengt mij bij de vraag die ik wil gaan stellen. In het preadvies is een heel mooi toetsingsschema voor positieve verplichtingen opgenomen. Er wordt een fraaie uiteenzetting gegeven en de jurisprudentie met bijbehorende eisen wordt goed geanalyseerd. Er is voor de wetgever en het bestuur een verplichting om positief op te treden ter bevordering van de bescherming van de gezondheid. Daarbij moet worden gedacht aan COVID-patiënten, aan de voorkoming van COVID en aan mensen die andere zorg nodig hebben die hun als gevolg van het grote aantal COVID-patiënten zou kunnen worden onthouden. In dit verband signaleer ik twee recente ontwikkelingen die niet in het preadvies zijn verwerkt, maar waarvan ik mij afvraag hoe Jan-Peter Loof er vanuit zijn beoordelingskader tegenaan kijkt.

– Van de toepassing van de QR-toegangscode in de horeca hebben enige burgemeesters al meteen gezegd dat zij die niet zouden gaan handhaven. Daarbij liep helaas de burgemeester van mijn stad, die ik overigens zeer waardeer, voorop:

burgemeester Halsema gaf te kennen dat in Amsterdam niet zou worden gehandhaafd. Ik leg deze opstelling van de burgemeester ter beoordeling aan Jan-Peter voor.

– Aan de hand van OMT-adviezen kunnen we vaststellen dat in juni/juli van dit jaar al duidelijk was dat zou gaan gebeuren wat vandaag in de kranten staat. Er was een vaccinatiegraad van 81%, wat, aldus het OMT, in het najaar en de winter tot 4.000 à 5.000 IC-opnames zou leiden. Daarop is vervolgens geen actie ondernomen. Er zijn oproepen gedaan tot het voorbereiden van wetgeving om ervoor te zorgen dat de vaccinatiegraad zou stijgen, er is op aangedrongen op meer plekken QR-codes te gaan vragen, werkgevers vroegen om een wettelijk instrumentarium teneinde op de werkvloer om een QR-pas te kunnen vragen. De wetgever heeft van zijn kant niets gedaan en al die tijd stilgezeten, terwijl we nu kunnen constateren dat het voorspelde aantal IC-opnames werkelijkheid is geworden. In dit stadium wordt dan in de Tweede Kamer gezegd dat wetgeving zal worden voorbereid. Is hier nu wel aan het toetsingskader voor positieve verplichtingen voldaan? Het zou mooi zijn als Jan-Peter Loof als preadviseur maar ook als ondervoorzitter van het College voor de Rechten van de Mens hierover een uitspraak zou doen. Op die manier kan hij de Haagse politiek misschien nog extra aanzetten tot actie.

Jan-Peter Loof

'Hooggeleerde opponens!' Toon ik mij in mijn preadvies te mild over de sluiting van de gerechten? Ik heb daarover nagedacht. Ik heb geluiden opgevangen waarin mensen zich afvroegen waarom de rechtspraak geen primaire taak in de samenleving zou zijn die net zo belangrijk is als bijvoorbeeld de winkelvoorziening in supermarkten. Dat is een terechte vraag, maar tegelijkertijd heb ik oog voor wat er leefde bij de gerechten, iets wat ik ook zelf heb ervaren bij het College voor de Rechten van de Mens. Dat heeft tot gevolg dat ik, net als bij andere onderwerpen uit mijn preadvies, met een enerzijds/anderzijds-antwoord kom. Ook bij de gerechten heeft men, denk ik, ervaren dat de mensen die er werken gewoon bang waren. Dat betreft dan misschien niet eens zozeer de rechters als wel de anderen. Dat is iets waarmee je als werkgever rekening hebt te houden en wat nog steeds aan de orde is. Je kunt er niet te gemakkelijk mee omgaan, zeker niet in die periode van grote onzekerheid, waarin we nog niet precies wisten hoe groot het gevaar was. Dit kleurt mijn mildheid op dit vlak.

De belangrijkste punten uit de interventie zijn het niet-handhaven van QR-verplichtingen door burgemeesters en een potentieel verwijt aan de wetgever, die te lang zou hebben stilgezeten. Bij beide punten wil ik aandacht vragen voor een te eenzijdige kijk op de grondrechtelijke en de mensenrechtelijke dimensie van de problemen waarmee we te maken hebben. De focus is alleen maar op de begrenzing van vrijheden gericht, waarbij men zich afvraagt of niet te ver wordt gegaan en of maatregelen echt wel noodzakelijk en proportioneel zijn. Het feit dat daarop zo zeer de nadruk ligt, lijkt mij de bron te vormen voor de aarzeling bij de regering om met nieuwe voorstellen voor regelgeving te komen op een moment waarop nog niet keihard duidelijk is – ook al is er misschien wel een verwachting – dat bepaalde bevoegdheden nodig zullen zijn. Ik signaleer een grote terughoudendheid om op

zo'n moment met voorstellen te komen, een terughoudendheid die ik ook terugzag in de laatste coronapersconferentie. Van de kant van de media werd gevraagd of er niet eerder had moeten worden nagedacht over meer plekken waar QR-codes verplicht zouden zijn, waarop de bewindspersonen zichtbaar aarzeling vertoonden. Als zij een aantal maanden eerder voorstellen in die richting hadden gedaan, zo zeiden zij, hadden ze een heel kritische Kamer tegenover zich gekregen. Dit geeft volgens mij aan dat er in de Kamer misschien een te eenzijdig perspectief op de grondrechtelijke kant van de problematiek is. In dat licht valt ook de houding van sommige burgemeesters te verklaren. Zij willen met de handhaving rustig aan doen, omdat zij vrijheden van burgers niet te veel willen inperken. Zo'n opstelling doet te weinig recht aan het perspectief van de positieve verplichtingen, dat misschien wel even belangrijk is, ook voor die burgemeester.

Voorzitter: *Hora est!* De tijd voor de ochtendzitting is verstreken. Ik nodig de aanwezigen uit straks in de lunchruimte kennis te nemen van enige van de daar opgestelde posterpresentaties van mensen die bezig zijn met hun proefschrift op het gebied van het bestuursrecht. Voor eenieder zijn er wel een of meer onderwerpen bij waarover goede input aan de betrokken onderzoekers kan worden gegeven. Neem vooral even de tijd om langs de posters te lopen en met de onderzoekers te spreken.

Uitreiking van de Lex Michielsprijs 2021

Voorzitter: De prijs is in 2007 ingesteld omdat Lex Michiels toen afscheid nam als voorzitter van de vereniging, nadat hij heel lang heel veel voor onze VAR had gedaan. Het gaat om een prijs voor jong talent. Verleden week nam Lex afscheid als collega bij de Raad van State, maar hier is hij gelukkig aanwezig, om te zien hoe jong talent dit keer wordt geëerd met 'zijn' prijs. Ik ga het woord geven aan de voorzitter van de jury. Die jury wil ik hartelijk bedanken, want het is altijd een hele klus en verantwoordelijkheid om iemand uit te kiezen. Graag daarom eerst een hartelijk applaus voor Jacobine van Brink, Bert Marseille en Johan Wolswinkel, die deel uitmaken van de jury, en voor hun voorzitter, Rob Widdershoven.

[Applaus]

Rob Widdershoven

Beste mensen, leden van de VAR.

Aan mij de eervolle taak om de VAR Lex Michielsprijs 2021 uit te reiken. De prijs betreft een bedrag van € 2.000 – dat is niet niks – en de eeuwige roem, die eigenlijk nog veel belangrijker is. De prijs wordt eens in de vier jaar uitgereikt, volgens het reglement '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 en innovatieve bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het Nederlands bestuursrecht'. Bovendien mag die auteur volgens hetzelfde reglement ten tijde van het verschijnen van de publicatie niet ouder zijn dan vijfendertig jaar, hetgeen inhoudt dat de prijs bedoeld is voor een jonge beoefenaar van het bestuursrecht. Daarmee onderscheidt de prijs zich van de VAR Michiel Scheltemaprijs, die voor het laatst tijdens de jaarvergadering 2019 is uitgereikt aan Leo Damen.

De VAR Lex Michielsprijs zou ik met het oog op de leeftijdsgrens van 35 jaar kunnen omschrijven als een wat-oudere-jongeren-prijs. Deze keer heeft de prijs betrekking op alle publicaties die zijn verschenen in de jaren 2017 tot en met 2020. Het kan om dissertaties gaan, maar ook om preadviezen, artikelen en in theorie zelfs om blogs, mits oorspronkelijk, bijzonder waardevol en innovatief. Laat mij een tipje van de sluier oplichten. We hebben kennisgenomen van alle artikelen en preadviezen die door jonge bestuursrechtjuristen zijn geschreven, maar uiteindelijk zijn we toch uitgekomen op dissertaties als de groep geschriften waaruit de beste publicatie zou worden geselecteerd. Dissertaties zijn vaak net nog wat innovatiever, maar ook vaak grondiger en oorspronkelijker. Ook de andere publicaties zijn natuurlijk uitstekend, maar wij vonden de dissertaties toch wat mooier.

De Lex Michielsprijs betreft publicaties op het terrein van het Nederlands bestuursrecht, zo staat in het reglement. Op de vraag wat dan allemaal in aanmerking kan

komen, antwoordt het reglement dat het kan gaan om onderwerpen uit het algemeen deel of uit bijzondere delen, alsmede om de behandeling van de invloed van het Europese recht daarop. Dat is dus heel ruim, maar gelukkig staat in het reglement ook dat de jury zelf mag bepalen wat zij tot het bestuursrecht rekent, en dat hebben wij natuurlijk gedaan. Uitgangspunt is min of meer geweest dat in aanmerking komende publicaties in ieder geval ook serieuze betekenis moeten hebben voor het algemeen deel van het bestuursrecht. Er is niets tegen bijzondere delen, maar er moet wel een link worden gelegd met het algemeen deel. Er is ook zeker niets tegen een niet-juridische methode, maar die moet dan wél worden toegepast op het bestuursrecht. Ook kan het bestuursrecht worden gecombineerd met andere disciplines – Europees recht, strafrecht, privaatrecht – maar dan moet wel een substantieel deel over het bestuursrecht gaan.

Dit zeg ik met enige nadruk omdat een van de vernieuwingen die zich de afgelopen jaren hebben voorgedaan erop neerkomt dat het aantal dissertaties dat een *hardcore* bestuursrechtonderwerp betreft minder wordt. Er zijn heel veel proefschriften waarvan het bestuursrecht wel onderdeel is, maar waarin ook allerlei andere benaderingen een rol spelen. Zo wordt het bestuursrecht gecombineerd met andere rechtsgebieden en met andere methoden dan de juridische, bijvoorbeeld de empirische. Op die manier is er veel vernieuwing. De jury wil opmerken dat zij dit een goede ontwikkeling vindt, omdat op de grens van het bestuursrecht en al die andere terreinen/disciplines waarschijnlijk de spannendste ontwikkelingen plaatsvinden. Dat maakt ook duidelijk dat het bestuursrecht, hoewel het ook wel eens minder op de voorgrond staat, steeds belangrijker wordt. Het bestuursrecht zit overal, hoewel de studenten dat niet allemaal weten en vaak privaatrecht gaan doen! Toen ik begon, was het bestuursrecht echt een uithoekje, maar nu is het een belangrijke component van de algemene delen. Ik denk dat er veel meer mensen in het bestuursrecht werkzaam zijn dan in het strafrecht. We moeten misschien nog eens vaker tegen onszelf zeggen dat we heel belangrijk zijn.

Nu word ik wat concreter. De jury heeft een lijst gemaakt van tien dissertaties uit de periode 2017 tot en met 2020 die in beginsel in aanmerking zouden komen. Al die dissertaties zijn ten minste door twee mensen gelezen, maar vaak door meer en vaak hádden we ze al gelezen. Een eerste selectie hebben we gemaakt aan de hand van de vraag of er niet te veel nadruk lag op niet-bestuursrechtelijke vragen. Bovendien waren er dissertaties die we net wat minder vonden en die dus ook afvielen. Vervolgens bleven er drie proefschriften over die de juryleden van kaft tot kaft hebben gelezen. Ik weet zeker dat ik dat zelf heb gedaan en de andere hebben gezegd dat ze het ook hebben gedaan, dus dat zal wel zo zijn!

En dan gaat het echt spannend worden. In alfabetische volgorde gaat het om de volgende drie personen.

1. Floor Bakker met haar dissertatie *Billijkheidsuitzonderingen*, verdedigd aan de Radboud Universiteit te Nijmegen in 2018. Floor Bakker heeft een vernieuwend en heel relevant boek geschreven over een onderwerp dat bijzonder actueel is gebleken, namelijk billijkheidsuitzonderingen in het recht. Het boek betreft de vraag in hoeverre de rechter bevoegd is om wegens bijzondere omstandigheden wettelijke voorschriften in individuele gevallen buiten toepassing te laten; dat is een onderwerp waarmee we op dit moment allemaal bezig zijn. Bakker onderzoekt die vraag voor zowel de civiele, als de straf- en de bestuursrechtspraak aan

de hand van een constitutioneel rechtstheoretisch toetsingskader, waarin zelfs Aristoteles nog figureert. In haar prettig geschreven proefschrift signaleert zij onder meer dat de bestuursrechter op het punt van billijkheidsuitzonderingen het meest terughoudend is, terwijl deze rechter juist wordt geconfronteerd met de meest onbillijke regels. Haar gelijk is in de toeslagenaffaire misschien een beetje duidelijker geworden, hoewel je daarover ook weer anders kunt denken. Zij heeft in ieder geval het probleem op tafel gelegd. Bakkers onderzoek resulteert in een conclusie over de grondslag van de billijkheidsuitzondering – het evenredigheidsbeginsel – en over de mogelijkheden, beperkingen en contra-indicaties bij de toepassing ervan. Deze conclusies konden Peter Wattel en ik goed gebruiken bij het schrijven van onze conclusie over het evenredigheidsbeginsel.

2. Thomas Sanders met zijn dissertatie *Invordering door de overheid*, verdedigd aan de Universiteit Leiden in 2018. Sanders heeft voor de wetenschap maar zeker ook voor de praktijk een heel nuttig en gedegen boek geschreven. In dit boek onderzoekt hij met behulp van de klassieke juridische methode de diverse vormen van invordering van gelden door de overheid – verbeurde dwangsommen, kostenverhaal bij bestuursdwang, terugvordering van subsidies, uitkeringen en onverplichte tegemoetkomingen – en beoordeelt hij het toepasselijke recht aan de hand van drie criteria: praktisch, effectief en evenredig. Dit leidt tot heel heldere standpunten, die zowel praktisch als kritisch zijn. Sanders staat heel duidelijk boven de stof, is doelgericht en stoot zonder veel omwegen door naar het echte probleem. Door die volwassen insteek en zijn vele andere publicaties – zijn VAR-preadvies uit 2019 en de vele *AB*-noten – heeft hij het thema 'invordering' op de bestuursrechtelijke agenda geplaatst. Daarbij heeft vooral zijn best wel harde standpunt over de formele rechtskracht van niet aangevochten besluiten in ketenbesluitvorming de aandacht getrokken. Over dat standpunt kun je, zoals velen doen, anders denken, maar uitdagend is het zeker.
3. Marc Wever met zijn dissertatie *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures*, verdedigd aan de Rijksuniversiteit Groningen in 2020. Wever heeft in zijn dissertatie onderzoek verricht naar de vraag welke wijze van inrichten van de bezwaarprocedure de hoogste kwaliteit van bezwaarbehandeling oplevert. Om die vraag te beantwoorden heeft hij empirisch onderzoek gedaan waarin een aantal zorgvuldig geformuleerde hypothesen is getoetst in een enquête die is afgenomen onder tweehonderd professionele rechtshulpverleners. Die empirische insteek is voor het bestuursrecht oorspronkelijk en vernieuwend en bovendien is het onderzoek heel helder in zijn opzet. De uitvoering is compact en gedegen. Het onderzoek geeft een beter inzicht in de werking van het bestuursrecht, onder meer omdat eruit blijkt dat, anders dan vaak wordt verondersteld, de ervaren kwaliteit van bezwaarprocedures nauwelijks samenhangt met de opzet ervan, in die zin dat interne, informele procedures beter worden gewaardeerd dan externe, formele. Echt van belang is de houding van degene die het horen leidt. Dat is eigenlijk de bepalende factor. Wat ten slotte waardering verdient, is dat Wever zijn empirische onderzoekslijn in de dissertatie, maar ook in latere publicaties in het *NTB* en het *NJB* terugkoppelt naar het bestuursrecht en duidelijk maakt wat wij in het bestuursrecht ermee zouden kunnen of moeten doen. Aldus staat het onderzoek in dienst van beter recht en is daar niet van losgezongen, wat soms bij empirisch onderzoek het geval is.

De jury had uiteindelijk drie prachtige dissertaties op tafel liggen, die alle op hun eigen manier een verrijking voor het bestuursrecht betekenen en die tegelijkertijd heel verschillend en moeilijk te vergelijken zijn. Er was ook nog een bijkomende complicatie, namelijk dat een van ons, Bert Marseille, de eerste promotor was van een van de auteurs, Marc Wever. Dat probleem hebben we getackeld door Bert, modern gezegd, te cancelen. Het stemrecht is hem ontnomen, en vervolgens hebben Jacobine, Johan en ik bepaald wie het zou moeten worden, wat uiteraard een keuze tussen appels, peren en kersen was, maar daar is een jury voor.

Voor welke auteur en dus voor welke dissertatie zullen wij hebben gekozen? Is dat het fundamentele onderzoek van Bakker dat de bestuursrechter er al in 2018 aan herinnerde dat wettelijke voorschriften opzij kunnen en moeten worden gezet als zij onbillijk uitpakken? Is dat het volwassen onderzoek van Sanders dat wetenschap combineert met praktijk en dat bij iedere advocaat bestuursrecht op het nachtkastje zou moeten liggen? Of is dat het proefschrift van Wever die met toepassing van innovatieve empirische methoden het bestuursrecht verrijkt met inzichten over de bezwaarprocedure die afwijken van onze intuïtie?

We hebben hier lang over gesproken. We hebben zelfs nog gestemd, maar dan moesten we wel weer motiveren. Vele malen zaten wij op Teams, maar uiteindelijk hebben we de knoop met z'n drieën unaniem doorgehakt – maar Bert is het er niet mee oneens: de winnaar van de VAR Lex Michielsprijs 2021 is geworden Marc Wever met zijn dissertatie *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures*.

[Langdurig applaus]

[Volgt overhandigen oorkonde en bloemen]

Voorzitter: Marc. Als het goed is ben je hierdoor totaal overvallen; zo zie je er ook wel een beetje uit.

Wever: Er werd mij op het hart gedrukt dat ik wél echt moest komen. Meerdere keren is gezegd dat ik niet kon wegblijven.

Voorzitter: Was dat een onderdeel van je juridische opvoeding: je gaat gewoon naar de VAR-jaarvergadering?

Wever: Nee, ik zit met een aantal zieke kinderen. Ik zou bijna zeggen: die zitten nu alleen thuis, maar dat is niet waar. Het komt allemaal goed, ik ben blij dat ik er ben.

Voorzitter: In ieder geval enorm gefeliciteerd, ook namens het hele VAR-bestuur! Heb je al plannen voor wat je gaat doen met de prijs? Daarvoor hoef je niet meteen een heel onderzoeksvoorstel neer te leggen, je mag er ook gewoon van op vakantie.

Wever: Ik denk een nieuwe versterker te kopen.

Voorzitter: Een uitstekende bestemming!

Nabeschouwing posterpresentaties tijdens de lunchpauze

Voorzitter: Voordat we verder gaan met de behandeling van de preadviezen wil ik nog even terug naar de mensen in de zaal die nog met hun innovatieve project in de vorm van een dissertatieonderzoek bezig zijn. Ik weet dat Demy Jongkind een posterpresentatie heeft gehouden. Wij willen graag horen hoe dat was.

Demy Jongkind: Het was echt superleuk. Voor mij was het de eerste keer dat ik een posterpresentatie mocht geven en het is ook de eerste keer dat ik fysiek aanwezig ben bij de VAR-jaarvergadering. Dank aan iedereen die is komen kijken. Er was veel interesse en er zijn allerlei vragen gesteld. In korte brainstormsessies heb ik daar heel veel aan gehad. Ik vond het heel leuk om te doen.

Voorzitter: Dus jij zou het aanraden aan anderen?

Demy Jongkind: Ik zou bijna zeggen: dat niet! Grapje hoor. In werkelijkheid zou ik het zeker aanraden aan anderen. Het is fijn je onderwerp op de kaart te zetten, mensen te leren kennen en interesses te delen.

Voorzitter: Dat mag dan weer duidelijk zijn. We zijn een vereniging voor alle bestuursrechtjuristen, jonge en oude. Het is erg leuk als de jongeren hun onderzoek komen presenteren en als de wat ouderen onder ons hun ervaring inzetten om met die mensen te spreken en hun input te geven. Roep vooral jullie jongere collega's die promoveren op om naar de VAR te gaan en het volgend jaar zo'n posterpresentatie te geven. Ik zie dat ik dit van Bert Marseille, de aanstaande voorzitter, mag zeggen!

Voortzetting van de behandeling van de preadviezen

Dorien Brugman

De gedachte is dat ik een reflectie geef op het preadvies van Jan-Peter Loof. Ik dacht eigenlijk dat het als je bij de VAR iets gaat zeggen *interventie* heet, maar misschien is reflectie een modern woord dat goed bij mijn functie past. Ik ben rechter, en onze hobby is tegenwoordig dat we steeds maar aan het reflecteren zijn.

Mijn reflectie gaat over een klein uithoekje van het mooie preadvies van Jan-Peter Loof: de passages over zittingen in tijden van corona. Wij tonen u een foto waarop de eerste meervoudige belzitting bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven – mijn werkvloer – te zien is. Deze zitting, een historische gebeurtenis, vond plaats op 15 mei 2020.

VAR | Vereniging voor bestuursrecht

Eerlijk gezegd twijfelden wij eraan of dit zou gaan werken, en wel om drie redenen. In de eerste plaats: we gingen bellen en niet skypen of zoomen, en dat leek ons heel onhandig. Je kunt dan partijen niet zien, zodat je hun gefronste wenkbrauwen of opgestoken vinger niet waarneemt. We zaten met z'n vieren op anderhalve meter afstand rondom het zwarte apparaat midden op de tafel, dat zowel speaker als microfoon was. Er zouden boeren inbellen uit Bantenga, Noordbeemster en Meemeradiel. We vroegen ons af of de deelnemers aan de zitting elkaar wel goed zouden verstaan en wat voor dialect we zouden horen. Verder zou het een probleem kunnen zijn dat we gingen praten over beelden. Op de foto ziet u een kaart met daarop een perceel waarvan het de vraag was of het was verruigd. Over zo'n vraag moeten we vaker oordelen, maar dan zitten we gewoon in een zittingszaal en nu moest het telefonisch.

Maar ik kan zeggen dat we er na afloop een heel positief gevoel over hadden. Het ging eigenlijk prima, we konden een goed gesprek voeren, we vielen elkaar niet in

de rede en het mooiste vond ik dat ook partijen heel tevreden waren. De boeren die inbelden zeiden alle drie eensgezind en heel goed verstaanbaar, zij het niet accentloos, het heel fijn te vinden dat de zitting doorging en niet werd uitgesteld, terwijl ze zich er ook verheugd over toonden dat ze niet helemaal naar Den Haag hoefden te reizen. De mevrouw die namens verweerder optrad, sloot zich daarbij aan, want zij had anders vanuit Limburg moeten komen.

Deze ervaring brengt mij tot de volgende reflectie. Ik ben geen grondrechtspecialist, maar als ik mensen als Jan-Peter Loof over grond- en mensenrechten hoor praten, blijken ze dat steeds te doen vanuit het klassieke systeem, waarbij een grondrecht of mensenrecht dreigt te worden beperkt. In beschouwingen over de toegankelijkheid en de openbaarheid van de zitting lijkt steeds het impliciete uitgangspunt te zijn – ik chargeer nu natuurlijk een beetje – dat het allemaal prima gaat zolang we, met publiek, in de zittingszaal zitten, maar dat er aanleiding is om in de stress te schieten zodra we iets gaan 'omkatten' naar digitaal. Alle juridische seinen gaan op rood, want we hebben een schending, een beperking, een aantasting van een grond- of mensenrecht. Er wordt gevraagd: mag dat wel, kan dat wel?

Wat ik me afvraag is of we daar niet op een andere, positievere manier naar kunnen kijken. Kunnen de digitale nieuwigheden misschien een uitbreiding of een verrijking van het grond- of mensenrecht zijn? Loof benoemt in zijn preadvies wel de voordelen van sommige nieuwigheden, maar hij legt ze eigenlijk nog niet langs zijn eigen meetlat. Ook bekijkt hij deze nieuwigheden een beetje afzonderlijk, iets wat hij trouwens ook zelf niet prettig blijkt te vinden omdat hij de voorkeur aan een integrale beoordeling geeft.

Een boer die op onze zitting inbelde, bleek deze werkwijze eigenlijk net zo fijn te vinden. Scoort de rechtspraak in zijn geval niet hoger als hij voor een belzitting kan kiezen? En stel dat hij dan ook nog sneller uitspraak krijgt, of een uitspraak in begrijpelijke taal, of misschien zelfs een filmpje. Levert dat dan op de meetschaal nóg meer bonuspunten op? En werkt een livestream bijvoorbeeld niet als een soort openbaarheidsbooster? De deelnemers aan deze vergadering die in de rechtspraak werken, kennen de farce van het openbaar uitspraak doen: er komt nooit iemand naartoe. Voor de score op de meetlat van Loof lijkt het me veel belangrijker dat de uitspraak op rechtspraak.nl te vinden is, en het zou helemaal mooi zijn als mensen daarop per mail zouden worden geattendeerd.

Kortom, moeten we eigenlijk niet met een positievere, bredere blik naar de nieuwigheden kijken? Als dat zo zou zijn, zou de noodgedwongen ontwikkeling van die nieuwigheden door de rechtspraak niet vrijblijvend zijn geweest. Het lijkt erop dat men bij de rechtspraak denkt: nu we weer normale zittingen kunnen houden, gaan we dat ook vooral weer doen en stoppen we al die nieuwigheden in de ijskast. Ik van mijn kant denk dat we ze moeten gebruiken. We moeten een breed pakket aan zittingsvoorzieningen kunnen aanbieden, zowel digitaal als fysiek en dan moeten we daarmee mensenrechtelijk maatwerk bieden, met als doel zo hoog mogelijk op de meetlat van Loof te kunnen scoren.

Dit is mijn andere blik. Ik ben heel benieuwd, Jan-Peter, wat je daarvan vindt.

Jan-Peter Loof

Dank je wel voor dit heldere beeld. Volgens mij zijn we het heel erg eens. De strekking van de opmerkingen in mijn preadvies over de technische mogelijkheden die tijdens de coronacrisis door de gerechten zijn gebruikt, is zeker niet van dien aard, dat in alleen maar bezwaren zie. Wat ik heb geprobeerd aan te geven is dat je wel een aantal dingen in het oog moet houden. Ook zelf heb ik ervaring met zittingen die per video verlopen. Die waren er ook al vóór de coronacrisis, maar bij het College voor de Rechten van de Mens zijn we mede vanwege die crisis voorzien van veel betere apparatuur om videoverbindingen tot stand te brengen. Ook kortgeleden ben ik weer tot de conclusie gekomen dat het voor de waarheidsvinding en voor het peilen van wat door partijen naar voren wordt gebracht eigenlijk helemaal niets uitmaakt of zij in de zittingszaal achter een tafel zitten, of dat zij op een heel groot scherm voor ons in beeld zijn. Mijn eigen ervaring is dat partijen het soms zeer op prijs stellen als de mogelijkheid tot communicatie via een videoverbinding er is. Het maakt overigens wél uit of je die wijze van communiceren als mogelijkheid aanbiedt, of dat je partijen in een bepaald stramien dwingt waar ze niet meer onderuit kunnen. Er zijn misschien ook mensen die zich er wat minder happy bij voelen; dat is een aspect dat je niet uit het oog moet verliezen. Vaak lukt het in een digitale setting de zitting goed te laten verlopen en een goed beeld te krijgen van wat partijen naar voren brengen. Er blijkt heel veel mogelijk te zijn waarbij zich geen grote bezwaren voor de oordeelsvorming voordoen.

Er is ook nog een ander perspectief. Het is, ook nog in de huidige fase van de coronacrisis, van belang rekening te kunnen houden met mensen die plots verkoudheidsklachten hebben of wellicht een coronabesmetting hebben opgelopen en voor wie de zitting wél de volgende dag gepland staat. Als er geen sprake van heel veel klachten is, kan een digitale zitting dan gewoon doorgaan, omdat men vanuit huis kan deelnemen. Dit is een uitbreiding van het palet aan mogelijkheden waardoor de zittingsagenda gemakkelijker verloopt dan wanneer alleen de optie van live zittingen bestaat.

Mijn preadvies is er niet op gericht te bepleiten zo veel mogelijk terug te gaan naar het oude. Zo heb ik het in ieder geval niet bedoeld. Als het zo is overgekomen, heb ik iets verkeerd gedaan.

Dorien Brugman

Ik vat dit op als steun voor de rechtspraak om na te gaan denken over plannen waarbij we de digitale middelen in het pakket gaan integreren en blijvend gaan gebruiken.

Loof: Ook mijn eigen ervaring is dat partijen die ruimte zeer op prijs stellen. Dat heeft inderdaad ook te maken met heel praktische dingen als reistijd vanuit een of andere uithoek van het land.

Voorzitter: Nu we het over de digitale mogelijkheden hebben, wil ik even nagaan of er iets gebeurt in de chatfunctie die voor de digitale deelnemers aan deze vergadering is ingesteld. Mij wordt te verstaan gegeven dat we deze deelnemers

moeten aanmoedigen. Welnu, het VAR-bestuur heeft niet voor niets een chatfunctie geïnstalleerd. Daarvan gebruikmaken is echt eenvoudiger dan het lijkt!

Rogier Stijnen

De preadviezenbundel, die ik gisteren pas in de bus kreeg, heb ik niet helemaal kunnen uitlezen. Wat ik heb kunnen bekijken, vond ik zeer interessant. Met name omdat ik een noot heb geschreven bij een uitspraak van het Hof Den Haag van 26 februari,[1] heb ik in het bijzonder acht geslagen op wat de eerste twee preadviseurs hebben geschreven over de avondklok. Korzelius schrijft over de weg die met betrekking tot die avondklok is bewandeld: er is gewerkt aan de hand van de artikelen 1 en 8 van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg). Naar de mening van deze preadviseur is het helemaal niet slecht geweest dat de regering voorafgaand het consent van de Tweede Kamer heeft gevraagd, terwijl enkele staatsrechtgeleerden zoals Voermans daarop nu juist erg veel kritiek hebben geleverd. Loof schrijft dat er weinig staatsnoodrecht van stal is gehaald, maar dat dit recht wel bij de avondklok is toegepast, waarbij hij vooral een verband legt met artikel 15 EVRM.

Dit brengt mij op een vraag die ik tevens wil stellen tegen de achtergrond van wat is geschreven over wat de rechter wel en niet kan doen met het oog op de evenredigheidstoetsing en de proportionaliteit. Ik verwijs hier ook naar mijn noot bij de zojuist genoemde uitspraak van het Hof Den Haag. Van de daaraan voorafgaande uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag viel ik eerlijk gezegd steil achterover; de uitspraak van het hof vond ik wel een stuk beter, maar nog steeds niet goed. Het lijkt erop dat de rechter zich de bevoegdheid aanmeet om volledig te beoordelen of het juiste wetgevingstraject is gevolgd. De jurisprudentie van de Hoge Raad[2] komt er echter op neer dat de rechter met het toetsingsverbod in de hand van die beoordeling moet afblijven. Als de wetgever een wet tot stand heeft gebracht, is de rechter wel een beetje klaar. Alleen in heel bijzondere uitzonderingsgevallen kan hij een wet in formele zin buiten toepassing laten.

Er kan worden aangevoerd dat als de Avondklokregeling voor exceptieve toetsing in aanmerking komt, een vollere toetsing dan bij een wet in formele zin mogelijk is. De wetgever heeft echter van tevoren bedacht dat artikel 8 van de Wbbbg via artikel 1 van diezelfde wet van kracht kan worden. Dat is een keuze van de wetgever geweest, die ook uit de mogelijkheden van de Grondwet volgt.

Wat vinden nu de preadviseurs van de rechtspraak in dezen? In de uitspraak van het hof wordt eerst uitgebreid beoordeeld of zich een situatie voordoet waarin de formeelwettelijke bepaling kan worden geactiveerd, en wordt vervolgens, in strijd met de *Tegelen*-jurisprudentie, nagegaan of het wetgevingstraject juist is verlopen. De voorzieningenrechter van de rechtbank gaf dan eerder ook nog eens een opdracht aan de wetgever, wat niet mag. Aan deze aspecten hebben de beide preadviseurs geen aandacht besteed. Is dat bewust zo gedaan, past het niet binnen de reikwijdte van het onderwerp, hebben de preadviseurs een opvatting op dit punt?

1 *AB* 2021/102.
2 *Waterpakt*, *Tegelen* en *Harmonisatiewet*.

Jurien Korzelius

In mijn preadvies heb ik vooral onderzocht hoe het met de vier vormen van legitimiteit zit. Naar aanleiding van de vraag van Stijnen zouden we het dan vooral bij de feedbacklegitimiteit moeten zoeken. Wat ik in mijn preadvies heb betoogd, is dat ik ermee kan instemmen dat naar draagvlak voor de avondklok is gezocht. Eerlijk gezegd moest ik de Wbbbg toen ik er voor het eerst van hoorde opzoeken op Google; het was geen wet die op mijn netvlies stond. Ik vind het niet gek dat de regering nagaat of er draagvlak voor een avondklok is. Als zij de Tweede Kamer daarover achteraf iets laat zeggen en als die Kamer dan aangeeft dat het niet de bedoeling is dat de avondklok voortduurt, heeft dat best heftige implicaties. Welke afwegingen de rechter heeft gemaakt, staat mij niet zo helder voor ogen, en ik ben er dan ook inderdaad niet in mijn preadvies op ingegaan. Recentelijk heb ik in mijn ogen goede uitspraken van de rechtbank Den Haag over andere coronamaatregelen gezien. Advocaat Maes heeft laatst geprocedeerd over coronatoegangsbewijzen. Met respect voor wat bij de wetgever hoort, is toen een toets op evenredigheid en noodzakelijkheid gedaan.

Ik denk overigens dat Jan-Peter hier veel meer over te zeggen heeft dan ik!

Jan-Peter Loof

Over deze twee uitspraken heb ik nu niet uitvoerig geschreven, hoewel ik ze heel interessant vind. Wel ben ik er in andere publicaties ruim op ingegaan. Voor mij was de Wbbbg niet helemaal nieuw: ik heb er vijf jaar geleden een preadvies over geschreven. Wat we in ieder geval in de rechtbankuitspraak zien, is dat – iets veralgemeend – sterk wordt geredeneerd vanuit het stramien dat je noodwetgeving alleen mag gebruiken in situaties waarin er geen mogelijkheden zijn om gewone wetgeving tot stand te brengen. Dat is in zoverre een misvatting, dat er twee redenen zijn waarom bepaalde regels uit het staatsnoodrecht worden gebruikt. De eerste is zoals gezegd de toepasbaarheid in crisissituaties die plots opdoemen, maar de andere is dat er regels nodig zijn die een inperking van vrijheidsrechten mogelijk maken die verder gaat dan in normale omstandigheden. De tweede reden ging in dit geval op en gaf voldoende grond om te constateren dat de Wbbbg gewoon had kunnen worden toegepast. In deze zin was ik het eens met enige auteurs, aangehaald in mijn preadvies, die zeer kritisch op de rechtbankuitspraak waren; onder meer de auteur van het commentaar op artikel 3 van de Grondwet dat in het mooie recent verschenen *Uitleg over de Grondwet* is opgenomen, een auteur die ook enige heel kritische blogs over deze uitspraken heeft gepubliceerd.

Had zelfs het hof dan niet nog terughoudender in de toetsing moeten zijn? Eerlijk gezegd weet ik zo gauw het antwoord op die vraag niet. Er is inderdaad iets voor te zeggen dat de rechter op grotere afstand moet blijven dan het hof heeft gedaan wanneer het gaat om een situatie waarin de wetgever met diens keuze heeft laten zien dat hij de afweging heeft gemaakt.

Erik Scholten

Ik ben concernjurist bij de gemeente Utrecht. Het feit dat ik hier in Utrecht werk, heeft er, denk ik, voor gezorgd dat de coronacontrole hier in de Jaarbeurs zo goed geregeld blijkt te zijn!

Jurien Korzelius heb ik er al persoonlijk mee gecomplimenteerd dat ze naast al haar drukke werkzaamheden tijd heeft gevonden om ook nog zo'n preadvies te schrijven. Het is een bijzondere verdienste dat ze afstand heeft kunnen nemen terwijl we ook nog zo in de details zaten. Toen ik het preadvies las, dacht ik: o ja, dat hebben we ook nog allemaal gehad!

In het eerste deel van deze vergadering is de rol van het Veiligheidsberaad al aan de orde gekomen, een rol waarbij Jurien kanttekeningen plaatst. Ik zou nog wel iets verder willen gaan, en dat zal ik uitleggen. Daarbij ga ik uit van de situatie waarin we ons nu bevinden, het regiem van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (Twm). Met die wet is blijkens de memorie van toelichting beoogd zo veel mogelijk terug te keren naar de normale bestuurlijke verhoudingen zoals die buiten crisissituaties gelden. Terecht heeft in de Twm dan ook het Veiligheidsberaad geen formele rol gekregen, maar in de praktijk wordt dat beraad bij de totstandkoming van nieuwe maatregelen nauw betrokken. De vergaderingen van het Veiligheidsberaad, die ook in deze mooie stad plaatsvinden, zijn belangrijke mediamomenten geworden. Er zijn veel cameraploegen bij betrokken. De voorzitter van het Veiligheidsberaad is, voorzichtig uitgedrukt, niet mediaschuw en we zien hem veelvuldig aanschuiven aan talkshowtafels. In haar preadvies merkt Jurien terecht op dat er geen bestuurlijk overleg met burgemeesters plaatsvindt. In plaats daarvan wordt met het Veiligheidsberaad gesproken, waarmee een extra laag in de besluitvorming ontstaat.

Hoewel ik het standpunt van Jurien Korzelius deel, wil ik wat verder op het Veiligheidsberaad inzoomen. Wat is het voor een gezelschap en hoe zit het met de democratische legitimering van dit beraad? Ik verplaats mij graag in een buurgemeente. Stel, is ben raadslid in de gemeente Zeist – het mag voor zich spreken dat ik in Utrecht woon – of ik ben een inwoner van die gemeente. Hoe ver is het Veiligheidsberaad dan van mij verwijderd? Zeist ligt in de veiligheidsregio Utrecht, waarvan de burgemeester van Utrecht voorzitter is. Spreekt de burgemeester van Utrecht dan in het Veiligheidsberaad mede namens de gemeente Zeist? Dat is wel heel ver verwijderd van die inwoner en van dat raadslid. Hoe kun je nu een voorzitter van een veiligheidsregio ter verantwoording roepen als er in het Veiligheidsberaad standpunten worden ingenomen die met jouw standpunten of die van de gemeente Zeist botsen? En aan wie legt de voorzitter van het Veiligheidsberaad zelf over zijn publieke standpunten verantwoording af? In zijn recensie van het preadvies van Jurien Korzelius in het NTB gaat De Greef in op de verantwoordingsplicht voor het bestuursorgaan 'voorzitter van de veiligheidsregio'. Die verantwoordingsplicht is heel beperkt, laat staan die van de voorzitter van het Veiligheidsberaad, bedoeld als overlegorgaan voor de minister.

Als we willen teruggaan naar normale bestuurlijke verhoudingen, moeten we dan niet zo langzamerhand van het Veiligheidsberaad afscheid gaan nemen? Moet er niet gewoon een overleg komen met het Genootschap van Burgemeesters, met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten of met de G4? Of kunnen we ermee volstaan het

Veiligheidsberaad om te dopen tot burgemeestersberaad, zodat de gemeenteraad van Nijmegen wat meer in positie komt en de voorzitter misschien eens tot de orde kan roepen?

Jurien Korzelius

In mijn presentatie heb ik het over *Glühwein*-routes gehad. Erik en ik hebben daarover overleg gevoerd. We hebben gesproken over dekseltjes, over verwarmen en over wat al niet meer: we kennen elkaar wat dat betreft vrij goed.

Volgens mij merkt hij terecht op dat de positie van het Veiligheidsberaad heel lastig is. Ook in mijn preadvies is daarover iets te vinden. Tegelijkertijd begrijp ik ook dat het een handig aanspreekpunt is, want is het is overzichtelijker met 25 regioburgemeesters te overleggen dan met een veel groter aantal burgemeesters van gemeenten. Bepaalde mensen hebben ook deelgenomen aan de werkzaamheden van ministeriële commissies. In de recensie van Rob de Greef en in de interventie van Erik Scholten mis ik de signalering dat er in de praktijk gezocht is naar manieren om verantwoording af te laten leggen, ook door regioburgemeesters. Met name in Brabant werden brieven geschreven en werd aan gemeenteraden gelegenheid geboden in een digitale zitting vragen aan de regioburgemeester voor te leggen. We kennen allen het voorbeeld van burgemeester Halsema, die verantwoording heeft afgelegd voor haar beslissingen bij de demonstratie op de Dam. Ze deed dat in feite als voorzitter van de veiligheidsregio. Het was trouwens interessant geweest als die demonstratie in Amstelveen had plaatsgevonden: was ze dan naar de gemeenteraad van Amstelveen gegaan om vragen te beantwoorden? In ieder geval is volgens mij op een pragmatische en praktische manier geprobeerd stemmen te laten horen.

Het is inderdaad de vraag met wie nu het overleg zou kunnen worden gevoerd. Dat Erik Scholten in dat verband de G4 noemt, zal men hem in gemeenteland trouwens niet in dank afnemen. Op die manier wordt de burgemeester van Zeist er toch nog niet bij betrokken.

Albertjan Tollenaar (via videoverbinding)

Fijn dat het op deze manier kan. Veel dank voor de flexibiliteit. Achter mij ziet men het mooie Academiegebouw in Groningen; ik heb dat ooit eens als achtergrond ingesteld en ik weet niet hoe ik het weg kan krijgen.

Mij is gevraagd te interveniëren naar aanleiding van het preadvies van Martijn van der Steen. Ik doe dat graag omdat hij in zijn bijdrage een mooi staaltje van bestuurskundig onderzoek heeft gegeven. Hij laat zien hoe je bestuurskundige concepten in een complexe periode kunt gebruiken. Drie ordeningsprincipes, markt, overheid en gemeenschap, en dan ook nog vier vormen van overheidssturing: *new public management*, netwerksturing, *public administration* en maatschappelijke veerkracht. Daarmee is het beeld compleet. Je kunt daarop veel kritiek uitoefenen, maar dat ga ik maar niet uitgebreid doen. Je kunt je afvragen of die begrippen niet met het oog op de complexiteit te beperkt zijn, maar deze benadering geeft in ieder geval stof tot nadenken en biedt mij de gelegenheid om een hopelijk kritische vraag te stellen.

Mijn vraag gaat over hoofdstuk 4, waarin de preadviseur een analyse geeft van de wijze waarop rondom de crisis is samengewerkt. Het hoofdstuk is getiteld

'Samenwerken als één overheid' en de schrijver toont zich onder dat motto heel positief. Dat heeft mij verrast. Hij schrijft: 'Corona wordt (...) geroemd als een voorbeeld van interbestuurlijke samenwerking, waarin overheden elkaar wisten te vinden om samen het verschil te maken.' Dit leidt dan tot een pleidooi voor minder formalisme en meer pragmatiek.

Nu ben ik op zich niet tegen pragmatiek, maar ik ben soms wel voorstander van iets meer formalisme. Ik begrijp de aandacht voor samenwerken wel. Het idee van 'fluïde bestuur' is in de bestuurskunde heel actueel en hip. De benadering is dat we geen gescheiden kaders meer hebben, maar de overheid rondom een probleem organiseren. Het probleem van werken in netwerkstructuren is echter altijd dat er een soort legedozenstructuur ontstaat, waarin allen naar elkaar verwijzen en niemand verantwoordelijk is voor het geheel. Op bladzijde 377 worden enige voorbeelden genoemd. Een voorbeeld wordt gevormd door de positie van de regioburgemeester tegenover de deelnemende burgemeesters; er was gedoe over bevoegdheden wanneer een café moest worden gesloten. Daarnaast voelden gemeenteraadsleden zich op achterstand gezet. Ook keken burgemeesters naar Den Haag voor instructie, terwijl ze eigenlijk zelf bevoegdheden moesten uitoefenen.

Kortom, ik was een beetje verrast door dat positieve oordeel over het samenwerken in een netwerkstructuur. In de literatuur over de netwerkstructuur vallen mij een paar dingen op. Je moet letten op wat het netwerk allemaal wel niet tot stand brengt. Er moet niemand doodgaan en het moet allemaal een beetje lopen. Ook moet je kijken naar hoe de actoren in het netwerk tegenover deze werkwijze staan. In het preadvies ontbreekt het daar enigszins aan. Nog spannender is de vraag hoe de burger tegen het netwerk aankijkt. Wie kun je aanspreken als je het bijvoorbeeld niet met besluitvorming eens bent?

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat voor deze aspecten in de coronaperiode weinig aandacht heeft bestaan. Als Martijn van der Steen ze erbij betrekt, zal hij, denk ik, over de netwerkstructuur wat negatiever zijn. Ik hoop natuurlijk van harte dat hij mijn kritiek onderschrijft en ik hoop ook dat hij dan ideeën heeft over manieren om zo'n netwerk beter te laten functioneren, zodat er wel degelijk verantwoording en controle plaatsvindt.

Martijn van der Steen

Een mooie bespiegeling. Er zit inderdaad een tegenstrijdigheid in de manier waarop ik naar samenwerken kijk, en in de coronaperiode wordt die uitgelicht. Wat ik heel knap vind, is dat dingen die normaal binnen de rijksoverheid nooit lukten, zoals het interdepartementaal samenwerken, nu eigenlijk als vanzelf gingen. Er werd bij wijze van spreken op dinsdagavond elf uur gebeld met de mededeling: morgen hebben we twintig mensen nodig, en de volgende ochtend zaten ze op het ministerie van VWS of waar dan ook bij elkaar. Albertjan Tollenaar vormt hiervan in zekere zin zelf een voorbeeld, door zijn toevoeging aan zo'n directie. In dit opzicht ben ik positief over de samenwerking in ieder geval in het eerste deel van de coronaperiode. Het adagium *onder druk wordt alles vloeibaar* hebben we werkelijkheid zien worden. Interbestuurlijk is er normaal een enorme competentiestrijd tussen het rijk, de regio en de gemeente, maar ook tussen verschillende disciplines, zoals zorg en veiligheid.

Die strijd was in de coronaperiode veel minder heftig en er werd tussen de diverse domeinen heel goed samengewerkt.

Albertjan stelt terecht vast dat er op deze manier ook veel verloren gaat. Daarom is mijn preadvies tegenstrijdig. Naarmate de crisis vorderde, werden in de strijd regioburgemeesters/lokale burgemeesters/lokale inwoners dingen onduidelijk. Het werd zichtbaar dat het in zulke samenwerkingsverbanden heel moeilijk is je recht te halen of je positie te vinden. Heel veel samenwerkingsconstructies die goede bijdragen tot het oplossen van het acute probleem hebben geleverd, blijken op de lange termijn voor nieuwe problemen te zorgen.

De oplossing moet naar mijn mening worden gevonden in explicitering. Dat is zojuist ook onderstreept in de discussie over de regioburgemeesters. De vier kwadranten als beeld van vier sturingsperspectieven,[3] die overigens in mijn preadvies worden vertaald in vijf manieren om bijvoorbeeld bestuurlijke samenwerking in te richten, fungeren voor mij – daar kom ik weer! – als een taal om precies te maken hoe je een samenwerkingsverband wilt inrichten en op welke grond je dat eigenlijk wilt doen. Een mogelijkheid is dat je meer pragmatisch wilt zijn. We hebben nu eenmaal om een grote crisis te lijf te gaan een regionale indeling nodig waarbij enkele burgemeesters als representanten van hun lokaal bestuur met elkaar om de tafel zitten om afspraken te maken. In kwadrantentaal kom je dan in een rechtsboven-samenwerkingsverband terecht, waarbij het belangrijk is dat je met elkaar de spelregels afspreekt, die dan ook per regio verschillend kunnen zijn. Als je dat als accent zet, kun je van daaruit afspraken maken over hoe je tot borging komt: hoe je verantwoording aflegt en hoe je bijvoorbeeld bezwaar en beroep organiseert. Daarover maak je dan met elkaar afspraken. Na de explicitering van je organiserend principe wordt in de tweede stap bepaald hoe dingen als rechtmatigheid, rechtsbescherming, beslisregels en verantwoording invulling gaan krijgen. Je komt dan met elkaar overeen dat je daarbij een geëxpliciteerd principe volgt.

Wat je ook kunt doen, is helemaal linksonder beginnen en kiezen voor het uitgangspunt dat alles juridisch gezien klopt en waterdicht is, om vervolgens te gaan kijken of de aanpak in de samenwerking goed functioneert. In een ideale wereld zal het proces gestroomlijnd verlopen als alles juridisch goed is geregeld, maar in de praktijk zullen er, denk ik, heel vaak dingen gaan knellen. Geen van de vier inrichtingsperspectieven is pijnvrij of vrij van spanning. Elk van de vier perspectieven roept eigen spanningen op, doordat de vier perspectieven tegenstrijdig zijn. Ik vind het belangrijk dat je expliciteert voor welk uitgangsprincipe je kiest en dat je van daaruit, opnieuw expliciterend, gaat kijken hoe je die spanningen een plek gaat geven. Het Veiligheidsberaad vormt een voorbeeld van een samenwerkingsverband waarin die aanpak eigenlijk niet is gevolgd. Ik kan me wel een beetje voorstellen dat zoiets in de druk van de crisis niet gebeurt, maar ik denk dat we inmiddels wat preciezer moeten zijn.

Dit is een nogal lang antwoord geworden. Ik vat samen wat voor mij de kern is. Samenwerking in de overheidssfeer is altijd spanningsvol. De vier perspectieven bieden een ingang voor een route om met die spanningen om te gaan. Ik vind – hier

3 Zie het kwadrantenmodel 'inrichtingsperspectieven', opgenomen in de toelichting die spreker eerder in dit verslag op zijn preadvies geeft, alsmede op p. 359 van de preadviezenbundel.

komt de verhouding tussen bestuurskunde en bestuursrecht weer om de hoek kijken – dat we in dit opzicht te weinig expliciet zijn. Als gevolg daarvan ontstaan die spanningen ergens gaandeweg, waardoor we er op een gegeven moment ruzie met elkaar over krijgen. In een goed ontwerp van een goed arrangement zou je op dat punt aan de voorkant expliciet moeten zijn.

Voorzitter: Vooraf spanningen expliciteren, zeg je dus als ik het goed begrijp.

Van der Steen: Ja, en dan met elkaar om de tafel zitten voor het organiseren dat daarop volgt.

Voorzitter: Albertjan, kun jij dit zien als een oplossingsrichting?

Albertjan Tollenaar

Nou, het is net niet concreet genoeg. Ik had gehoopt dat Martijn met een soort receptenboekje zou komen, in de zin van: doe als er weer een crisis komt a... b... c... Overigens begrijp ik dat zoiets heel lastig is. Ook bij de aardbevingsproblematiek hier in Groningen zien we overal 'lege dozen'; alle betrokkenen wijzen naar elkaar en niemand lost het op. We hebben wat mij betreft te maken met een terugkerend probleem. Ik vind het heel mooi dat het preadvies ons daarop wat meer zicht geeft, maar ik vraag me af of de wetgevers c.q. de beleidsvoerders weten wat er bij een volgende crisis moet gebeuren.

Martijn van der Steen

De vraag is: wat is een recept? Bij een recept krijg je een instructie. Ik reik geen recept aan, omdat ik met een argumentatiepatroon kom. Elk netwerk en elk vraagstuk is immers anders. Naar mijn mening moeten mensen tot situationele oplossingen komen, waarbij ze een stappenplan moeten volgen:
– Wat is het vraagstuk?
– Wie zijn erbij betrokken?
– Hoe gaan we de onderlinge verhoudingen inrichten?
– Wat hebben we nodig om op die manier te werk te gaan?

Dat ik niet met iets kom dat precies is, ligt er niet aan dat ik onvoldoende precisie kan leveren, of dat ik er niet genoeg over heb nagedacht – misschien trouwens wel! – maar ligt aan de verschillen tussen netwerken en vraagstukken. Ik noem zo'n stappenplan een recept, maar dan betekent dat woord iets anders. Je ontdekt situationeel met betrokkenen in stappen via zo'n receptuur wat voor het vraagstuk-in-kwestie het arrangement wordt en je maakt daarover afspraken. Onderweg kun je dat dan nog een beetje bijstellen.

Dit heeft tot gevolg dat de aanpak op heel veel plekken anders zal zijn.

Voorzitter: Waar wij een beetje zenuwachtig van worden!

Martijn van der Steen: Ja, en volgens mij ook terecht.

Roel Becker

Mijn vraag is bestemd voor preadviseur Korzelius. Hoewel ik nog niet zo heel veel VAR-vergaderingen heb meegemaakt, weet ik dat het traditie is te beginnen met de preadviseur te feliciteren. Dat doe ik heel graag. Ik heb het preadvies met veel plezier gelezen. Op een knappe manier wordt heel veel feitelijke informatie prettig gepresenteerd en gecombineerd met een meer theoretische beschouwing over legitimiteit. Een andere traditie komt erop neer dat de vragen veel te lang zijn. Ik ga proberen me bij die traditie niet aan te sluiten. De tekst die ik heb voorbereid past maar net niet op één A4'tje.

Het klassieke staatsrecht ziet democratische legitimiteit vooral als de mate waarin de volksvertegenwoordiging invloed heeft kunnen uitoefenen op het beleid dat uiteindelijk wordt gevoerd. Korzelius hanteert, mét De Greef, een bredere bestuurskundige definitie. Legitimiteit kan in die definitie ook voortkomen uit het goed vastleggen van een proces of een goede monitoring van het beleid na vaststelling. Dat men van een dergelijke definitie uitgaat, is bij de beoordeling van het gebruik van crisisbevoegdheden begrijpelijk, omdat in een crisis voor veel van de gebruikelijke waarborgen geen tijd is. Als de situatie zoals bij de coronacrisis niet zo acuut is als de gebruikte crisisbepalingen lijken te veronderstellen, kan de overheid op die manier alsnog legitimiteit creëren. Korzelius noemt als voorbeelden het horen van belangenorganisaties bij het opstellen van ministeriële regelingen en het tussentijds informeren van gemeenteraden door voorzitters van veiligheidsregio's, terwijl zij dat eigenlijk pas na afloop hoeven te doen. De regering creëert op deze wijze haar eigen democratische legitimiteit.

Korzelius lijkt daarin niet zo veel problemen te zien. Zowel het tussentijds informeren en het horen van de belangenorganisaties als het voeren van gerechtelijke procedures over de avondklok dragen in de opvatting van De Greef en Korzelius bij aan de democratische legitimiteit. Een cynisch persoon zou vrezen voor selectief gebruik: belangenorganisaties worden daarbij slechts gehoord als dit het regeringsstandpunt ondersteunt en raden worden slechts geïnformeerd op een manier en een tijdstip waarop dat politiek opportuun is. Erkent Korzelius het risico dat deze manieren om legitimiteit te creëren politiek opportuun kunnen worden gebruikt? Zo ja, ziet zij voor een volgende crisisperiode iets in maatregelen die dit kunnen tegengaan? Hier valt bijvoorbeeld te denken aan een verplichting om áls er wordt gehoord dan ook verschillende groepen te horen, of aan een maximumtermijn voor de voorbereiding van een crisisbesluit. Als men een debat houdt en een week neemt om een avondklok voor te bereiden, is de instelling daarvan kennelijk niet zeer spoedeisend, zodat die ook per gebruikelijke spoedwet tot stand had kunnen komen.

Jurien Korzelius

Het gaat hier om de reden om voor een ministeriële regeling en niet voor een wettelijke basis te kiezen. Zelf twijfel ik enigszins op dit punt. We hebben immers onder meer te maken met regelingen die een dag later in werking treden, waarbij het gevaar bestaat iets aan spoed te verliezen. Bovendien meen ik dat er in zekere zin wel degelijk een wettelijke basis is: elke drie maanden kan de Kamer zich uitspreken

over het al dan niet verlengen van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, en er is een motie aangenomen, inhoudende dat steeds moet worden beargumenteerd waarom elke bepaling van die wet van kracht moet blijven. Het parlement heeft, denk ik, veel ruimte om iets te vinden van de maatregelen die worden genomen.

Al met al ben ik er niet sterk voor dat we alle maatregelen een wettelijke basis zouden moeten geven, ook niet in het licht van het uitgangspunt dat de invloed van de volksvertegenwoordiging voorop zou moeten staan.

Martijn van der Steen

De interventie van Becker bevat een belangrijk element. In de wereld van het beleid wordt veel gezegd en gedacht dat het vooraf raadplegen van een breed aantal belangengroepen, zoals de horecavereniging, de legitimiteit vergroot. Ik vind dat zelf eigenlijk helemaal niet. Anders gezegd: hier wordt volgens het kwadrantenmodel waarover we vandaag al enige malen hebben gesproken, gekozen voor de aanpak 'rechtsboven':[4] we consulteren de samenleving, we komen dan in gesprek met vertegenwoordigende groepen en de voorkeur die daaruit naar voren komt, bepaalt het beleid. Het grote risico dat daarin zit, hangt samen met de omstandigheid dat bepaalde groepen soms *niet* of juist te zwaar vertegenwoordigd zijn, terwijl binnen vertegenwoordigende groepen vaak een enorme tegenstrijdigheid aan meningen heerst. Als je bijvoorbeeld Bouwend Nederland laat meepraten, praat je echt niet met 'de bouw'. Wij kiezen in Nederland heel vaak voor deze route, die ik sterk problematisch vind, en die vervolgens maar nauwelijks kan worden vertaald naar democratische legitimatie, omdat zij in dat opzicht tekortschiet.

Becker: Daarin vindt mijn vraag over een zo brede legitimiteitsopvatting nu juist haar aanleiding. Ik begrijp heel goed dat voor die opvatting wordt gekozen, maar ik zie ook dat er allerlei manieren zijn waarop de regering haar eigen legitimiteit kan claimen.

Van der Steen: En dat heeft grote consequenties. Om de vaccinatiestrategie en de beslissingen omtrent de sector waarin QR-codes al dan niet verplicht zijn, zit heel veel 'polder' heen. Nu is 'polder' niet per se een vies woord, maar er is veel...

Voorzitter: ...risico aanwezig.

Van der Steen: In de bestuurskunde word ik altijd sterk geassocieerd met netwerksamenwerkingsverbanden, maar ik vind dat de overheid in heel veel zware dossiers veel meer 'autoritair' zou moeten zijn en zelf het besluit zou moeten nemen. Tegelijkertijd zie ik dat heel veel bestuurders daarin heel terughoudend zijn, omdat deze aanpak het besluit tot 'iets van hen' maakt. Naar mijn mening zou men bijvoorbeeld rondom vaccinaties inderdaad zelf moeten zeggen: die wel en die niet, zonder dit

4 Zie noot 3.

voortdurend in een soort groot maatschappelijk debat te gooien, een debat dat dan ook nog eens niet door iedereen kan worden gevoerd.

Jurien Korzelius

In mijn preadvies ben ik erop ingegaan dat veel maatregelen gebaseerd zijn op het advies van het OMT en dat er vervolgens drie pijlers aan de maatregelen ten grondslag liggen:
– niet overbelasten van de zorg;
– bescherming van kwetsbaren;
– zicht houden op het virus.

Langzamerhand worden ook andere perspectieven bij het bepalen van de maatregelen betrokken. Jannetje Bootsma noemde in dit verband al maatschappelijke reflecties en sociaal-economische en financiële overwegingen. Ik bepleit ervoor ook bij andere afwegingen een geheel van pijlers aan de Tweede Kamer voor te leggen, met de vraag of aan de hand van dat kader moet worden bepaald welke maatregelen worden genomen en welke afwegingen in dat opzicht moeten worden gemaakt. Naar aanleiding van opmerkingen van Martijn van zojuist: men gaat er vaak sterk van uit dat de horeca- en de evenementensector hevig door maatregelen worden getroffen, maar er zijn allerlei andere sectoren die ook worden getroffen. Men moet goed oog hebben op de argumenten waarop de afwegingen worden gebaseerd. Waarom denken we wel: 'ach, zielig, de horeca', en waarom denken we niet aan de zieligheid van al die niet-medische contactberoepen, waarbij er veel minder inhaaleffecten zijn dan bij de horeca.

Niels Jak

Vóór alles wil ik natuurlijk de preadviseurs complimenteren met hun mooie bijdragen. In mijn vraagstelling ga ik in op het preadvies van Van den Brink, in het bijzonder op de problematiek die zij aansnijdt als het gaat om de problemen rondom het bestuursorgaanbegrip en de oplossingen die zij daarvoor aandraagt. Ik heb daarover een opmerking en twee vragen.

Van den Brink laat in haar preadvies goed zien dat de coronasteun vaak wordt verstrekt door private rechtspersonen die door de overheid als doorgeefluik voor publiek geld worden ingezet. Voor het verstrekken van dergelijke steun bestaat geen wettelijke grondslag, waardoor de betrokken rechtspersonen geen bestuursorganen zijn en tegen hun beslissingen geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. De publieketaakjurisprudentie van de Afdeling biedt hier geen oplossing. De private rechtspersonen voldoen volgens de preadviseur namelijk niet aan het inhoudelijke vereiste, omdat de overheid de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van de geldelijke uitkeringen niet in beslissende mate bepaalt. Zij pleit daarom voor een herijking van het inhoudelijke vereiste door de bestuursrechter. Het bepalende criterium zou volgens haar moeten zijn dat de privaatrechtelijke rechtspersoon als doorgeefluik voor publiek geld fungeert.

Mijn opmerking is dat ik mij afvraag of hier wel de oplossing van het probleem ligt. Welk criterium ook wordt gekozen, uiteindelijk zullen er altijd rafelranden rondom

het bestuursorgaanbegrip bestaan. Ik ben dan ook van mening dat aanpassing van de interpretatie van het bestuursorgaanbegrip of het fijnslijpen van de publieketaakjurisprudentie per saldo niet de sleutel vormt tot meer rechtsstatelijkheid bij de uitbesteding van publieke taken aan private rechtspersonen. Wat mij betreft ligt de oplossing bij de wetgever. De bijzondere wetgever zou kunnen voorzien in een adequate wettelijke grondslag voor de financiële verstrekkingen en in attributie- en delegatiebepalingen. Ook kan worden gedacht aan mandaat. Op die manier zijn democratisch-rechtsstatelijke waarden beter geborgd dan nu het geval is.

Van den Brink pleit in haar preadvies voor een afzonderlijk formeel-wettelijk kader voor financiële verstrekkingen door de overheid. Hierin zou volgens haar afgeweken kunnen worden van het knellende bestuursorgaanbegrip; ook in haar toelichting ging zij daarop in. Als ik haar goed begrijp, bedoelt zij hiermee te zeggen dat de bestuursrechter altijd bevoegd is wanneer private rechtspersonen als doorgeefluik publiek geld verstrekken en dat dergelijke verstrekkingen steeds publiekrechtelijk genormeerd zijn. Maar dat gaat mij wel wat snel. Mijn eerste vraag is daarom of deze algemene regel volgens haar altijd geldt. Ik zou daartegen bezwaar hebben omdat het maatwerk in de weg staat. Voor sommige private rechtspersonen zal een volledige publiekrechtelijke normering wellicht te veel kunnen zijn.

Gelukkig gaat Van den Brink in haar bijdrage voor de bundel *25 jaar Awb* hierop wat dieper in. Zij schrijft dat de bijzondere regelgever de bevoegdheid zou moeten krijgen van het algemene formeelwettelijke kader af te wijken, om zo ruimte te bieden voor een gedifferentieerde aanpak. Die benadering onderschrijf ik van harte, maar ik vraag me wél af of zij er zelf wel echt in gelooft. Zij schrijft namelijk ook dat ze in de wetgever weinig vertrouwen heeft, onder verwijzing naar Invest-NL, waarover de wetgever expliciet heeft bepaald dat het geen bestuursorgaan in de zin van de Awb is. Dit brengt met zich dat tegen de beslissingen van Invest-NL geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat en dat publiekrechtelijke normering uitgesloten is.

Dit brengt mij bij mijn tweede vraag. Nu volgens Van den Brink van de wetgever weinig mag worden verwacht, waarom zou hij dan wel overgaan tot een formeel-wettelijk kader zoals door haar voorgesteld? En als het mogelijk is van de wet af te wijken, is zij dan niet bang dat daarvan op grote schaal gebruik zal worden gemaakt? Kortom, hoe verhoudt haar scepsis ten opzichte van de wetgever zich tot haar voorstel voor een wettelijke regeling?

Voorzitter: Dit moet een vraag naar je hart zijn, Jacobine.

Jacobine van den Brink

Ja, hartstikke leuk, veel dank!

Ik ben het ermee eens dat ingrijpen van de wetgever beter is dan fijnslijpen in jurisprudentie. Alleen is het zo dat veel mensen al jaren roepen dat de wetgever iets moet doen, maar dat er niks gebeurt, doordat er nu eenmaal anderhalve man en een paardenkop op de Awb zit. Ik zeg dan dat we *for the time being* misschien toch iets meer moeten fijnslijpen dan tot nu toe is gedaan. In de praktijk blijkt het namelijk wel heel gemakkelijk te zijn aan allerlei waarborgen te ontkomen. Ik heb inderdaad niet veel vertrouwen in de wetgever, maar ik ben in dit opzicht idealist en ik hoop

toch iets in beweging te krijgen door hard genoeg te blijven rammelen en voorbeelden te laten zien van hoe de huidige stand van zaken kan uitpakken. Als ik geen resultaat heb, lig ik er geen nacht wakker van, maar heeft men wel een kans gemist. Het gaat immers om heel veel geld en in de coronacrisis wordt echt zichtbaar dat het uitmaakt onder welk regime je valt. Ik hoop dat mijn onderzoek ertoe leidt dat de wetgever toch iets gaat regelen, maar of dat gaat lukken, weet ik niet. Als je met mensen van het ministerie en uit de praktijk praat, merk je dat men het private als iets heel anders framet. Ik geloof daar gewoon niet in. Als je goed kijkt, komen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke methode feitelijk op hetzelfde neer. Het maakt voor een onderneming niet heel veel uit of zij namens het ministerie van EZK een lening van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) krijgt, of dat zo'n lening van een regionale ontwikkelingsmaatschappij komt. Het kan zijn dat ik niet goed heb opgelet, maar het verschil is mij nog nooit goed uitgelegd.

Niels Jak

Aanpassingen via de jurisprudentie zijn inderdaad *second best*. Je kunt op die manier wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming realiseren, maar voor het oplossen van het probleem van de democratische legitimatie heb je een wettelijke grondslag nodig.

Ik heb ten opzichte van de wetgever, denk ik, minder scepsis dan Jacobine, maar ik denk haar met het volgende enigszins tegemoet te kunnen komen. In bijvoorbeeld de Wet normering topinkomens heeft de wetgever getracht ook voor een deel van de semipublieke sector regels te stellen. Daarnaast zien we dat de bv ProRail weer een publiekrechtelijke rechtspersoon wordt. Ook denk ik aan de aanpassing van de Wet maatschappelijke ondersteuning waarbij straks ook private zorgaanbieders misschien indirect onder het regiem van de Awb komen. Deze voorbeelden brengen mij ertoe te denken dat de scepsis misschien toch niet zo terecht is. Misschien kan Jacobine hierdoor toch nog wat meer vertrouwen in de wetgever krijgen.

Jacobine van den Brink

Dat zijn inderdaad mooie voorbeelden. Zelf heb ik altijd de indruk dat men het uitgeven van publiek geld gevoelsmatig minder interessant vindt, met als argument dat er iets aan een burger wordt *gegeven*, maar ik hoop dat de wetgever deze handschoen gaat oppakken. Inderdaad zou hij daarbij tot een gedifferentieerde aanpak kunnen komen. Ik hang niet zo erg aan de aanwezigheid van een besluit of een beschikking. Men kan wat mij betreft in een wet regelen dat publiek geld ook bij overeenkomst kan worden verstrekt; de vraag is dan vervolgens wél hoe men tot normering moet komen.

Niels Jak

De preadviseur heeft al eerder voorstellen over een wettelijke regeling gedaan, maar heeft geconstateerd dat zo'n regeling er niet is gekomen. Ik heb in uw preadvies heel veel gelezen over de bestaande regelingen en over de vraag in hoeverre die aan democratisch-rechtsstatelijke eisen voldoen. Volgens de preadviseur zal nader

moeten worden nagedacht over de normen die zouden moeten gelden en over de vraag waarvan zou kunnen worden afgeweken. Heeft zij zichzelf in haar bijdrage niet enigszins tekortgedaan door niet nog meer handen en voeten aan een mogelijke normering te geven?

Van den Brink: Op een gegeven ogenblik was het gewoon klaar! Toen was het 26 juli en toen...

Voorzitter: Toen was daar ook die voorzitter die zei: inleveren de stukken!

Van den Brink: Ik ben het op dit punt trouwens helemaal met de vragensteller eens. Hier moet gewoon vervolgonderzoek naar komen.

Jak: Heel goed!

Voorzitter: Jullie zijn het eens.

Voorzitter: Vanuit de zaal is gevraagd of we eigenlijk weten hoeveel mensen er meekijken via de livestream. Van de kant van de technische ondersteuning wordt mij gemeld dat er op dit moment 46 kijkers zijn en dat de piek op 70 lag. Er wordt vanuit de vergadering opgemerkt dat we in een *curve* zitten, maar we zullen maar niet bespreken waar die curve nu dan heen gaat!

Barbara Bastein

Ik vind het altijd leuk de stukken van Jacobine van den Brink te lezen. Ook nu weer heeft zij een prachtig en heel volledig preadvies geschreven. Deze keer vond ik het wel spannend, want haar preadvies gaat immers ook over mijn uitspraken.[5] Ik ben blij met iets dat ik haar vanochtend heb horen zeggen: ze begrijpt dat wij als bestuursrechters de regelingen niet om zeep hebben willen helpen. Dat is mooi om te weten.

Het preadvies voert mij terug naar een jaar geleden, toen ik bij het CBb de eerste TOGS- en TVL-zaken op zitting ging behandelen. Dit waren de zaken waarin we op 22 december 2020 uitspraak hebben gedaan en die ook terug te vinden zijn in het preadvies. Het waren geen gemakkelijke zaken. Ook wij hadden in de krant gelezen dat de coronasteunmaatregelen bedoeld waren om de ondernemers in de getroffen sectoren financieel te steunen en snel te helpen. In onze zaken ging het om ondernemers die evident getroffen waren maar vanwege een verkeerde registratie in het handelsregister geen geld hadden gekregen. De TOGS – waar het om ging – is uitdrukkelijk vormgegeven als een onverplichte tegemoetkoming. Het was de eerste regeling, waarbij de ondernemers € 4.000 ontvingen om de eerste nood te lenigen. De bedoeling was ondernemers zo eenvoudig en snel mogelijk te helpen. De TOGS is niet gebaseerd op een wettelijke grondslag; wij hebben deze regeling aangemerkt

5 Mr. B. Bastein is raadsheer in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

als buitenwettelijk begunstigend beleid. Zoals Jacobine terecht opmerkt, heeft de beleidsmaker daarbij veel beleidsvrijheid – een achterliggend wettelijk kader ontbreekt immers – en volstaat de bestuursrechter met de toetsing of het bestuursorgaan het beleid op consistente wijze heeft toegepast. Jacobine wijst erop dat dit in de praktijk weinig tot geen rechtsbescherming biedt en dat het op basis van de jurisprudentie ook geoorloofd is consistent onredelijke besluiten te nemen. De conclusie dat sprake is van buitenwettelijk begunstigend beleid lijkt haar gelukkig juist. Ze vraagt zich wél af of dit ook betekent dat de bestuursrechter slechts zou moeten toetsen of dat beleid consistent wordt toegepast. Wat haar betreft moet de marginale toetsing van coronasteunregelingen die de vorm van buitenwettelijk begunstigend beleid hebben, gewoon van tafel. Ze vindt dat ik als rechter kritisch moet kijken of het beleid zich verdraagt met algemene rechtsbeginselen zoals het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Ik ben het met Jacobine eens dat het onbevredigend is dit beleid zo terughoudend te toetsen. Maar welke handvatten heb ik als ik moet beoordelen of het beleid zich verdraagt met de algemene rechtsbeginselen, en wordt zonder democratische legitimatie het risico 'willekeur' niet heel groot? En wat verwacht deze preadviseur dat in dit soort zaken de uitkomst van een indringender toetsing zal zijn?

Jacobine van den Brink

Dank voor deze interessante maar ook heel moeilijke vraag. Je kunt inderdaad makkelijk opschrijven dat iets te marginaal wordt getoetst, maar het is best ingewikkeld te bedenken hoe het dan wél moet. Overigens meen ik dat het CBb in de TOGS-uitspraken tot een heel mooie oplossing is gekomen. In de uitspraken zit een overweging ten overvloede, waarin het College aankaart dat de toenmalige regeling onrechtvaardig zou kunnen uitpakken als de beoordelingsmethodiek ook zou betekenen dat ondernemers geen aanspraak zouden kunnen maken op de TVL. Toen ik die overweging zag, kwam wat scepsis bij mij op, omdat ik het wat gemakkelijk vond bij de toetsing heel terughoudend te blijven en vervolgens met zo'n overweging ten overvloede te komen. Tot mijn verrassing heeft dat echter heel goed uitgepakt. Uiteindelijk heeft de staatssecretaris de handschoen opgepakt en aan de regeling reparatiewerkzaamheden verricht, zodat meer ondernemers in aanmerking konden komen. Eigenlijk is dat al een heel mooie oplossing geweest. Ik denk dat de toeslagenaffaire daarin heeft meegeholpen.

Op dit moment wordt heel marginaal getoetst. Zou het nu heel veel uitmaken als wel aan algemene rechtsbeginselen zou worden getoetst? Eerlijk gezegd denk ik van niet. Je ziet bij uitspraken over coronasteunzaken op basis van regelingen die wél exceptief worden getoetst, dat de rechter er veel waarde aan hecht dat die regelingen heel snel tot stand zijn gekomen of dat er bewust voor is gekozen bepaalde categorieën ondernemers uit te sluiten. De rechter gaat daar eigenlijk steeds in mee. Hij grijpt alleen maar in als in een concreet geval iets heel onredelijks gebeurt. Ik denk met name aan de tegemoetkoming kinderopvangtoeslag: de kinderopvang ging dicht, maar ouders moesten blijven doorbetalen en konden een tegemoetkoming krijgen. Naar mijn mening is het niet gek dat de rechter in zo'n geval heel precies kijkt. We denken immers allemaal aan de kindertoeslagzaken. Al met al meen ik dat toetsing aan algemene rechtsbeginselen qua uitkomst niet veel zou uitmaken,

maar qua beeldvorming wél. Dat is niet een erg juridische benadering, maar er lijkt toch wel degelijk iets voor een dergelijke toetsing te zeggen. Als je met de kinderopvangtoeslagaffaire in het achterhoofd uitspraken leest, zie je dat de rechter eigenlijk alleen maar nagaat of het bestuursorgaan consistent heeft beslist. Dat wordt heel snel onbevredigend. Wat is er op tegen om toch gewoon aan de beginselen van evenredigheid en gelijkheid te toetsen? Wat voor probleem zou het opleveren als de rechter dat wél zou doen? Waarom zou dat in de gevallen waar we het nu over hebben tot willekeur leiden terwijl dat bij gewone regelingen niet het geval zou zijn? Hiermee stel ik in feite een wedervraag, maar misschien mis ik iets.

Bastein: Er is niet per se iets op tegen, maar het is mij niet duidelijk tot welke beoordeling ik dan zou moeten komen om op redelijkheid te toetsen. Ik heb geen toelichting, ik heb helemaal niks aan achtergrond, ik heb alleen maar die kale regeling.

Van den Brink: Maar bij de tegemoetkomingsregelingen die wel uit algemeen verbindende voorschriften bestaan, is die toelichting er eigenlijk ook nauwelijks. Soms is er wel een grondslag in een wet in formele zin gecreëerd, bijvoorbeeld bij de tegemoetkoming studiefinanciering, in welk geval de enige reden daarvoor was dat studenten geen aanvraag hoefden te doen. Men kon de gegevens gebruiken die studenten toch al in het kader van de studiefinanciering hadden aangeleverd. In zo'n geval is er in feite ook geen kader. Ik begrijp gewoon het verschil tussen de typen regelingen niet.

Herman Bröring

Ik ben het volkomen met Jacobine eens. Waarom zou je dit rechtsvrij laten? Ik ben het er trouwens ook mee eens dat het in de praktijk niet veel zou uitmaken. Aan de andere kant: als iets tegenwettelijk is, vind ik het nog ingewikkelder. Tegenwettelijk, *contra legem*, wordt ook wel buitenwettelijk genoemd, maar ik vind dat je die twee begrippen goed uit elkaar moet houden. Als iets zonder enige wettelijke grondslag wordt geregeld, moet de rechtmatigheid in acht worden genomen en moet een motivering worden gegeven. Op zo'n motivering wordt, ook bij gewone beleidsregels, niet heel strikt getoetst. Stel dat in buitenwettelijk beleid een onbegrijpelijk onderscheid wordt gemaakt tussen categorieën in het bedrijfsleven: in dat geval kan de conclusie zijn dat het beleid op zichzelf op deze manier niet deugt. Een beetje meer rationaliteit is geboden. Nu is het net of bij buitenwettelijke regelingen het verstand en het motiveren er niet meer toe doen. Waarom zouden we in het bestuursrecht nog een categorie willen overhouden die rechtsvrij is? Hier moeten we gewoon helemaal van af. Ik ben het trouwens ook eens met de opmerking over beeldvorming.

Jacobine van den Brink

Ik ben het op mijn beurt heel erg met Herman eens. Natuurlijk heb ik sterk geput uit zijn annotatie bij de door mij genoemde zaak die bij de Centrale Raad van Beroep aan de orde is geweest. Het onderscheid tussen *contra legem* en buitenwettelijk is inderdaad heel belangrijk. De coronacrisis laat zien dat bestuursorganen zelf in de hand hebben waarvoor ze kiezen. Ze kunnen een buitenwettelijke TOGS vaststellen

waarmee ze min of meer aan elke toetsing ontkomen, maar ze kunnen ook kiezen voor een subsidieregeling met algemeen verbindende voorschriften. Daar komt dan een mooie motivering bij waarvan we van alles kunnen vinden en waarbij ineens meer toetsing mogelijk is. Omdat een bestuursorgaan nu vrijelijk kan kiezen hoe de toetsing van zijn regeling eruit kan zien, vind ik het des te belangrijker dat het type regeling eigenlijk niet moet uitmaken.

Joyce Esser

Ik ben promovenda in Leiden. Als docente heb ik net het tweedejaarsvak bestuursrecht afgerond. Wij leren onze studenten dat al het overheidshandelen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, of je daarvoor nu een besluit moet construeren of niet. Omdat we ons met de bestuursrechter bezighouden, hebben we dat maar gewoon aangenomen, en als de bestreden handeling niet als besluit is te kwalificeren, is daar dat prachtige artikel 3:2 Awb: alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gewoon van overeenkomstige toepassing.

Het wil er bij mij niet in dat, terwijl rechtsbeginselen juist bedoeld zijn om waar geen steun in de wet is toch rechtsbescherming te bieden, het ontbreken van steun in een wettelijk voorschrift dan maar wordt gezien als een reden om die rechtsbeginselen niet toe te passen. Waar moet je aan toetsen? Aan die beginselen, niet aan wettelijke regels. Als zonder grondslag in een wettelijk voorschrift geld wordt uitgedeeld aan iedereen behalve aan één persoon omdat die een nummer mist, moet wel degelijk worden gemotiveerd waarom er een relevant verschil is. Men moet in ieder geval laten zien dat men zich op een zorgvuldige afweging heeft gebaseerd. Het evenredigheidsbeginsel komt wel degelijk in beeld.

Ik kan niet goed inzien waarom het afwezig zijn van een wettelijk kader ertoe zou moeten leiden dat je niet aan rechtsbeginselen zou kunnen toetsen. Hierbij besef ik overigens dat ik vooral iets aan de interveniënte voorleg. Excuus!

Voorzitter: Dat maakt helemaal niet uit. Ik geef nog even het woord aan Barbara Bastein.

Barbara Bastein

Ik hoor van alles zeggen, maar kan alleen maar denken: waarom moet ik dat als rechter oplossen, waarom ligt het op mijn bord? Er is een pandemie, er wordt voor gekozen zo snel mogelijk de eerste nood te lenigen door € 4.000 beschikbaar te stellen, dat gebeurt in de vorm van buitenwettelijk begunstigend beleid en wanneer het dan op mijn bord komt, moet ik, als ik het goed begrijp, alles uit de kast halen om tot een zo volledig mogelijke toetsing te komen! Ik zeg niet dat ik dat niet *wil* doen, maar als het de bedoeling is dat ik op die manier toets, waarom wordt dat dan niet aan het begin opgeschreven, zodat die toetsing mij makkelijk wordt gemaakt?

Voorzitter: Dit begrijp ik in mijn nieuwe functie steeds beter! Ik vrees dat zich hier het verschijnsel voordoet dat Leo Damen altijd *end of the pipeline technology* noemt. Wij staan nu eenmaal aan het eind en als er vooraan iets fout is gegaan is er niemand anders meer om dat op te lossen.

Van den Brink: En dat pleit dan ook weer voor een wettelijke regeling.

Michiel Tjepkema

Ook mijn vraag is tot Jacobine gericht. Ik wil een fundamentele premisse in haar preadvies aan haar voorleggen. Het gaat dan om de vraag of de overheid verplicht is aan de getroffenen door de coronacrisis steun te verlenen. Jacobine categoriseert vrijwel alle regelingen die ze heeft bestudeerd in het onverplichte veld, waarbij instrumenten als subsidies, onverplichte nadeelcompensatie en de hier al vaak besproken onverplichte tegemoetkomingen aan de orde komen. Ik denk dat zij met die categorisering naar huidig positief recht wel gelijk heeft. Als de evenementenorganisatoren en horeca-eigenaren bij de rechter een nadeelcompensatieclaim zouden indienen, bijvoorbeeld in een civiele procedure tegen de staat, zou het zeer de vraag zijn of de rechter die claim zou toewijzen. Hij zou er daarbij onder meer op stuiten dat de last vaak niet speciaal is. Het égalitébeginsel is er immers niet om de nood van grote groepen burgers en ondernemers in de samenleving te lenigen.

Daar komt nog een probleem bij. Wanneer de rechter tot de conclusie komt dat de last in casu speciaal is, rijzen er allerlei vervolgvragen: welke schades kunnen worden vergoed, hoe zit het met peildata, wat zijn nadere voorwaarden voor de tegemoetkoming? Met andere woorden: de rechter is niet geschikt als herverdeler van belastinggeld, het is de wetgever die die herverdeling tot stand moet brengen.

Zo loopt het preadvies van Jacobine ook rond. Zij schrijft dat, gegeven het égalitébeginsel zoals de rechter het toepast, de conclusie moet zijn dat er geen rechtsplicht tot compensatie is, waarmee we al vrij snel in de categorie onverplichte tegemoetkomingen terechtkomen. Toch vraag ik mij af of het allemaal wel zo klip en klaar is. Van Angeren zegt in zijn bespreking van het preadvies dat de voornaamste reden van de steunmaatregelen gelegen is in compensatie door de overheid van de gevolgen van verplichte lockdowns: het is prima als de overheid in het algemeen belang besluit dat burgers en ondernemingen vergaand in hun bewegingsvrijheid worden beperkt, maar dan moet de overheid ook compenseren. Hij suggereert dus dat er wel degelijk een rechtsplicht bestaat.

Dit brengt mij op mijn vraag. Laat de coronacrisis niet heel treffend zien dat we behoefte hebben aan een soort herijking van het beginsel van de égalité wanneer de rechter, gelet op zijn staatsrechtelijke positie en zijn 'polsstok' niets kan betekenen, maar de overheid wel rechtmatige maatregelen neemt die grote groepen burgers grote schade berokkenen? Hoewel ik normaal gesproken zou verdedigen dat het égalitébeginsel voor wetgever en rechter dezelfde betekenis heeft, laat de coronacrisis naar mijn mening misschien wel zien dat dat niet zo hoeft te zijn. Daarbij denk ik terug aan de casus van boer Leffers, wiens belang voor een groter belang werd opgeofferd. Er was op zijn boerderij Afrikaanse varkenspest uitgebroken en hij kon, kort gezegd, zijn bedrijf opdoeken om een grotere schade voor zijn sector te voorkomen. Hetzelfde zien we in de coronacrisis. Evenementenorganisatoren en horecaeigenaren moeten een offer brengen om te voorkomen dat grote groepen burgers in de samenleving worden geraakt. Deze twee gedachtegangen zijn vergelijkbaar. Het enige verschil is dat Leffers een groep vormde met tien à vijftien Leffers-achtigen, terwijl we het hier over duizenden burgers hebben.

Als we in mijn lijn doorredeneren, komt wellicht wat de zojuist genoemde premisse betreft een andere, verdedigbare benadering in beeld. Ik ga dan uit van een wetgever die wordt geconfronteerd met situaties zoals we die in de coronacrisis hebben gezien en waarin zich een evident abnormaal risico van schade voordoet. Zouden we niet moeten zeggen dat, hoewel het om een grote groep burgers gaat die wordt getroffen, het begrip 'speciale last' in zo'n situatie rekkelijker moet worden geïnterpreteerd, zodat de regelingen die voor onder meer evenementenorganisatoren en horeca-eigenaren zijn getroffen, toch égalitéregelingen zijn? De benadering is dan, met andere woorden: het is vanuit wetgevingsperspectief niet alleen economisch onverstandig om stil te zitten en te kijken hoe hele sectoren omvallen, maar het is ook onrechtmatig, omdat het égalitébeginsel verlangt dat de wetgever compensatiemaatregelen treft wanneer de belangen van specifieke sectoren, hoe omvangrijk ook, worden opgeofferd aan het algemeen belang. Op die manier zitten we niet in de gunstensfeer. Het voordeel van die redenering is ten eerste dat we kunnen terugvallen op een figuur waarmee we veel ervaring hebben en ten tweede dat het door Jacobine gesignaleerde probleem van keuzevrijheid tussen verschillende grondslagen en figuren zich minder voordoet. Misschien zitten er in die coronasteunmaatregelen wel wat meer égalitégevallen dan we denken.

Jacobine van den Brink

Bij het schrijven van mijn preadvies heb ik nogal geworsteld met de vraag of hier überhaupt een abnormale last in het spel is die buiten het maatschappelijk risico valt. Van die worsteling is in mijn tekst overigens niet zo veel terug te zien, omdat ik op een gegeven ogenblik gewoon knopen heb doorgehakt. Niettemin is dit een ingewikkelde materie. Je kunt zeggen dat het bij het leven hoort dat er eens in de zoveel tijd een pandemie voorkomt, en je kunt je afvragen of de overheid wel tot taak heeft alle problemen op te lossen. Toen er allerlei coronasteunmaatregelen tot stand kwamen, bekroop mij wel enigszins een dergelijk gevoel. Daarmee wil ik niets aan de ernst van de situatie afdoen, want ik werk bij de universiteit en heb een arbeidscontract: in die zin zal het mijn tijd wel duren, maar als je een ondernemer of een burger bent die ineens al zijn inkomsten ziet wegvallen, is dat natuurlijk heel vreselijk.

Ik begrijp de redenering van Michiel Tjepkema. Het zou inderdaad kunnen helpen als we bepaalde steunregelingen als égalitéregelingen zouden bestempelen, zij het dat ik, die veel minder van het égalitébeginsel afweet dan Michiel, mij daarbij meteen afvraag hoeveel dat zou kosten. Er worden nu vergoedingen toegekend op grond van de NOW en de TVL. Als dat volgens de égalitéregels zou gaan, zouden dat dan hogere vergoedingen moeten zijn? Ik heb dat niet onderzocht en ik weet het niet. Stel dat dat zo is, dan doet zich in mijn ogen een heel groot probleem voor.

Tjepkema: Het probleem dat de compensaties te hoog worden?

Van den Brink: De ramp die zich voordoet, heeft een zo grote omvang, dat ik mij afvraag of het realistisch is het égalitébeginsel hier toe te passen.

Michiel Tjepkema

Bij dierziektes wordt er altijd een aftrek voor normaal maatschappelijk risico toegepast; dat zou je misschien bij evenementenorganisatoren ook kunnen doen. Jacobine beschrijft in haar preadvies een aantal regelingen waarbij een soort aftrek wordt gehanteerd en zij koppelt dat aan het begrip normaal maatschappelijk risico.

Wat het kostenargument betreft het volgende. Er gaan hier sowieso miljarden euro's over de tafel en als de wetgever een soort nadeelcompensatieregeling moet treffen, gaat het inderdaad al snel in de papieren lopen, maar het andere uiterste is dat je alles aan de hand van het criterium van de speciale last kwantitatief moet afdoen, waarbij dan de conclusie is: u bent met velen, dus u krijgt niets. Dat is het spanningsveld waarin we zitten.

Jacobine van den Brink

Of de overheid verplicht is een regeling te treffen, is een lastige vraag. Ik begrijp de benadering van Van Angeren op dit punt. De overheid heeft ervoor gekozen bepaalde maatregelen te nemen. Ik vraag mij af wat er was gebeurd als de overheid niets had gedaan. Eerlijk gezegd denk ik dat er ook dan veel schade zou zijn geleden. Mensen waren vermoedelijk uit de horeca weg gebleven. Persoonlijk had ik toen er zo'n groot aantal besmettingen was niet heel veel zin om uit eten te gaan.

Sandra Putting

Dit is de eerste keer dat ik een fysieke VAR-vergadering bezoek. Ik was me er niet van bewust dat de vragen zo lang zouden worden ingeleid, en ik heb uit een verzoek van de voorzitter begrepen dat dit ook niet de bedoeling is. Er is dus wat discrepantie tussen wat de mensen doen en wat het verzoek is. Ik hoop van mijn kant nu aan het verzoek te voldoen!

Het preadvies van Jacobine van den Brink heb ik met veel plezier gelezen omdat ik veel affiniteit met het subsidieonderwerp heb. Zij stelt voor de grondslag voor financiële verstrekkingen te verbreden, opdat er meer smaken verstrekkingen met juridische grondslag komen. Als een van die smaken noemt zij dan de onverplichte tegemoetkoming. Het zou volgens haar in dat verband mogelijk worden door een andere inrichting van een regeling ándere verplichtingen op te leggen en ándere handhavingsmethoden te hanteren dan de Subsidietitel toelaat.

Naar mijn mening zou op die manier de kans gaan bestaan dat de lagere wetgever in zekere zin gaat forumshoppen en de regeling kiest die voor hem het voordeligst is. Dat is op zich niet zo erg, maar zou dit ook niet tot nadelen voor de ontvangers kunnen leiden? Ik denk hier aan de discussie over de bonus- en dividendverplichting onder de NOW. De situatie zou zich kunnen voordoen dat een lagere wetgever een financiële verstrekking wil doen die onder het huidige recht onder de Subsidietitel zou vallen, maar die door wat aanpassingen als onverplichte tegemoetkoming zou kunnen worden gekwalificeerd. Langs die weg kan zo'n lagere wetgever veel verplichtingen aan de ontvanger opleggen die nadelig uitpakken, terwijl de Subsidietitel nu een mooi kader voorschrijft: verplichtingen moeten in lijn met de subsidie zijn. Ziet ook Jacobine deze risico's?

Jacobine van den Brink

Dat risico zal er altijd zijn. Dat een goedbedoelend bestuursorgaan niet zal gaan forumshoppen, is waarschijnlijk een illusie. Overigens gebeurt er ook onder het huidige recht al iets vergelijkbaars. Nu wordt het frame van een subsidieregeling gekozen terwijl discutabele verplichtingen worden opgelegd. Kernvereiste is volgens mij een heldere afbakening in de door mij bepleite wet. Ik geef toe dat dit makkelijker is gezegd dan gedaan, maar ik denk dat de oplossing wel degelijk langs deze weg moet worden gezocht. Voor het geval dat een rechterlijk oordeel wordt gevraagd, zal de regelgever in de toelichting een explicitering moeten geven aan de hand waarvan de rechter kan doorvragen. Toegegeven: als de regelgever kwaad wil, kan hij altijd kiezen voor een type regeling waarbij meer verplichtingen kunnen worden opgelegd. Daar staat tegenover dat dit, zij het heel impliciet, ook nu gebeurt.

Sandra Putting

Er is een verschil. In de huidige situatie kunnen subsidieverplichtingen zoals het bonus- en dividendverbod worden aangevochten, met als argument dat ze onder de Subsidietitel niet toegestaan zijn. In de door Jacobine bepleite situatie zal de discussie zich op het type financiële verstrekking focussen en zal daarover het oordeel van de rechter worden gevraagd. Ten opzichte van het bonus- en dividendverbod stellen de rechters zich naar mijn mening nu al terughoudend op, maar de vraag naar het rechtskarakter – subsidie of onverplichte tegemoetkoming – lijkt mij nóg moeilijker, zodat het gevaar bestaat dat de rechterlijke terughoudendheid nog groter wordt.

Jacobine van den Brink

De wet zal heel duidelijk moeten zijn, zodat het voor rechters makkelijker wordt de knoop door te hakken. Als de overheid gaat compenseren omdat een bedrijf heel veel schade door de coronacrisis heeft geleden, vind ik het niet heel raar dat zo'n bedrijf van het uitkeren van bonussen en dividend wordt afgehouden. Dat zulke verplichtingen kunnen worden opgelegd, vind ik prima. Bij de Subsidietitel zouden echter in dit verband vragen kunnen rijzen. Er is in mijn ogen niet veel mis mee als een wettelijk kader een dergelijk verbod mogelijk maakt. Het zou anders liggen als men tot misbruik zou komen.

Voorzitter: Een van de binnengekomen chatvragen blijkt afkomstig te zijn van Rens Koenraad, die straks ook al via de videoverbinding aan de vergadering zal deelnemen. Ik stel hem voor dan via die verbinding zijn beide vragen te stellen.

Louise Verboeket

Ik ben verheugd dat ik Jacobine van den Brink vandaag een vraag mag stellen. Hier spreekt namelijk een promovenda die haar promotor ten overstaan van 's lands meest actieve bestuursrechtjuristen bevraagt over een indrukwekkend boekwerk met ambitieuze stellingen; meestal is het omgekeerd! Het meest bijzonder vind ik

dat ik haar deze vraag live kan stellen, alleen al omdat dit betekent dat het VAR-digiteam bij deze jaarvergadering wat meer achterover kan leunen.

Bij mijn voorbereiding heb ik goed nagedacht over een vraag zonder 'juridisch geneuzel', want dat is wat Van den Brink betreft een van de grootste zonden van bestuursrechtjuristen. Het woord 'zonde' klinkt misschien wat zwaar, maar wie haar preadvies goed heeft gelezen weet dat een bijbelse verwijzing deze preadviseur niet vreemd is.

Voordat ik toekom aan de vraag die ik ga stellen een kort intermezzo. Ik heb met belangstelling geluisterd naar de discussie naar aanleiding van de vragen van Niels Jak. Over publiek geld in een privaat jasje raken we maar niet uitgepraat. Gelukkig mogen we daarover nog voor het einde van het jaar verder praten tijdens de Jonge VAR-vergadering. Ik snap de wens van Van den Brink om de verprivaatrechtelijking van publieke financiering een halt toe te roepen. Toch bekruipt mij de gedachte dat zolang overheden de wil hebben om van het privaatrecht gebruik te maken, zij een weg zullen vinden. Men zou, om maar iets te noemen, het bestuursorgaan kunnen wegschrijven in een oprichtingswet. Het bloed kruipt waar het niet gaan kan.

Misschien moeten we dus in plaats van een nieuwe wet wat omgekeerde psychologie gaan inzetten. De vraag is dan: hoe zou Van den Brink de inzet van het publiekrecht bij financiering *aanprijzen* in plaats van afdwingen? Welke rechtsstatelijke eis vermoedt zij dat overheden het meest tegenstaat en hoe zouden we die aversie kunnen wegnemen? Is daar een *change of heart* bij bestuursorganen voor nodig, of zijn het de rechtsstatelijke eisen die we zouden moeten aanpassen? Is dit gewoon te moeilijk in de praktijk?

Dan mijn 'echte' vraag. In het preadvies van Van den Brink komt vaak de redenering terug dat coronasteunregelingen hetzelfde doel nastreven en dat daarom kenmerken als hun juridische vormgeving, de rechtsbescherming van ontvangers en de handhaving bij misbruik gelijk moeten worden getrokken. Op zich begrijp ik wat haar dwarszit. Het voelt niet rechtvaardig dat gedupeerde flexwerkers te maken krijgen met de Participatiewet en al de daaraan verbonden handhavingskracht, terwijl 'gewone' werknemers van gedupeerde werkgevers worden doorbetaald vanuit een subsidie. Dat er nog maar één uitspraak van de civiele rechter over via het privaatrecht uitgekeerde coronasteun ligt tegenover tientallen uitspraken van de bestuursrechter over publiekrechtelijk genormeerde coronasteun lijkt mij ook veelzeggend.

Toch denk ik dat overheden in een crisissituatie altijd eerst de gebaande paden zullen volgen. Verstrekt een departement regelmatig subsidies? Dan zal het voor zijn noodsteun een subsidieregeling optuigen. Is het juist bekend met uitkeringen? Dan komt er steun in de vorm van een inkomensvoorziening. Een afzonderlijk wettelijk kader voor financiële verstrekkingen door de overheid zal aan die reflex niet zo veel veranderen. Bovendien rent men het snelst over gebaande paden, en snelheid is wel zo handig als de nood aan de man is. Is Van den Brink het met mij eens – of ik met haar! – dat in een crisissituatie het belang van snelheid moet prevaleren boven het belang van rechtsgelijkheid en juridische coherentie? Zo ja, dan zou ik haar willen vragen of het niet verstandiger is om bij noodsteun achteraf, als de ergste storm is gaan liggen, onterechte verschillen op te heffen in plaats van vooraf eenheid te eisen. Welke oplossingen kunnen dan anno nu, bijna twee jaar na het overmaken van de eerste coronagelden, worden bedacht om die verschillen op te heffen?

Voordat ik een andere doodzonde der bestuursrechtjuristen bega, namelijk het verpakken van een monoloog als een vraag, rond ik mijn interventie af. Ik zie uit naar de reactie van de preadviseur.

Jacobine van den Brink

Dank je wel, Louise, voor deze heel goede vraag. Ik ben heel blij dat ik jouw promotor ben. Ik denk zeker dat het belang van snelheid in deze crisis voorop moet staan. Dat is ook gebleken. In mijn inleiding heb ik benadrukt dat mijn beschouwingen niet bedoeld zijn om, zeg maar, lekker te gaan zeuren. Het is geweldig dat we als land allerlei sectoren kunnen redden. Er zijn landen waar men weer heel andere zorgen heeft!

Louise vraagt zich af of we achteraf verschillen zouden kunnen opheffen. Dat zal, denk ik, deels in de uitvoering moeten worden gezocht. Voor zover dingen in een regeling zijn vastgelegd, zal het moeilijk zijn daarvan af te wijken. Mocht in de ene regeling staan dat je tien jaar kan terugvorderen, terwijl in de andere regeling een termijn van vijf jaar is opgenomen, dan kun je moeilijk zeggen dat je ook onder de laatstgenoemde regeling tien jaar geld mag terughalen. Maar in de uitvoering kun je wel iets recht trekken. Hoe kun je bijvoorbeeld bij een terugbetalingsverplichting van een NOW-subsidie maatwerk ten opzichte van de TVL bieden, zodat ondernemers niet alsnog in de problemen komen? In de praktijk wordt langs die lijn gewerkt. Er is overleg over fraude, maar volgens mij wordt er ook gekeken naar schrijnende gevallen.

Nu deze crisis heeft laten zien hoe belangrijk het is noodsteun te kunnen uitkeren, is het volgens mij van belang bij het formuleren van een wettelijk kader regels op te nemen waardoor we de volgende keer beter voorbereid zijn. Ministeries zullen dan zeker voor gebaande wegen kiezen – bij SZW zal men sneller de keus op een inkomensvoorziening laten vallen – en dat hoeft niet per se erg te zijn, mits men de verschillende kaders op elkaar afstemt. Waarom vinden we het eigenlijk belangrijk dat een inkomensvoorziening met een streng regime gepaard gaat en waarom vinden we dat bij een coronaoverbruggingslening ineens veel minder belangrijk? Volgens mij heeft men soms geen idee wie er nu precies aan het frauderen is. Ik vind het een fascinerende vraag waar die benadering vandaan komt.

Louise heeft gevraagd hoe ik de rechtsstatelijkheid zou willen aanprijzen. Ik vind dat eigenlijk helemaal niet zo interessant en ik voel ook niet de behoefte aan aanprijzingen, omdat rechtsstatelijkheid iets fundamenteels van onze democratische rechtsstaat is. Als je bij de overheid werkt, moet je dat begrijpen. Je moet niet als een cowboy van alles gaan zitten optuigen om eraan te ontkomen.

Louise Verboeket

Ook 'Als je bij de overheid werkt, moet je dat begrijpen' is een vorm van aanprijzen!

Een rechtsstatelijke eis die in het preadvies kort voorbijkomt, houdt in dat in het geval van schaarse gelden als uitgangspunt geldt dat eerlijke mededinging wordt georganiseerd. Bij coronasteun of andere rampensteun zou, denk ik, die eis zwakker of anders kunnen zijn, omdat hij juist dan veel weerstand oproept.

Jacobine van den Brink

Die eis geldt voor heel veel coronasteunregelingen niet omdat er geen plafond in budgettaire zin is. Maar ik ben het ermee eens dat dit lastig ligt.

Martijn van der Steen

Langzamerhand worden wij hier achter de tafel een soort promotiecommissie!

Ik ben een wat langzame denker, want ik houd me nog bezig met de interventie van Michiel Tjepkema over de verplichting. Het al dan niet verplichte karakter van de coronasteun vind ik een heel fundamenteel punt, en ik vraag me eigenlijk af wie daarover beslist. Het maakt echt heel veel uit of iemand recht op een compensatie heeft, of dat de overheid een gunst verleent waarbij zij allerlei voorwaarden mag stellen. Er heeft gewoon bedrijfsbeëindiging plaatsgevonden, zij het op goede grond.

Jacobine van den Brink

De politiek kan ervoor kiezen een égalitéregeling te maken. Als dat niet gebeurt en een burger is het daarmee niet eens, kan die burger in principe naar de rechter, die daarvan iets moet kunnen vinden. Ik heb het nog niet gezien, maar ik kan me niet voorstellen dat er niets van komt.

Dorien Brugman

Nu begint de neiging te ontstaan om te zeggen dat de rechter uiteindelijk maar iets moet vinden, maar volgens mij hebben we het hier echt over een politieke vraag.

Martijn van der Steen

Ik vind het een heel politieke vraag! Misschien heb ik niet goed opgelet, maar ik heb die vraag hier nog maar heel weinig voorbij horen komen, wat mij nogal verbaast.

Voorzitter: Jan Reinier heeft in het NTB geschreven dat het om verplichte bepalingen gaat. Misschien kan hij op dit punt van de discussie een toelichting geven.

Jan Reinier van Angeren

Ik ben getroffen door de term 'onverplichte tegemoetkoming'. Zoals Sandra Putting en ik in een noot onder een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep hebben geschreven, zou het wellicht verdedigbaar zijn dat restauranthouders die niet voor coronasteun in aanmerking komen, op grond van het égalitébeginsel toch steun zouden moeten krijgen. Eerlijk gezegd denk ik dat daarvoor veel te zeggen is. Stel dat de overheid had bepaald dat vanwege de coronamaatregelen alles dicht moest zonder enige compensatie: ik denk er dan een enorme gang naar de rechter zou zijn geweest op basis van de verplichte sluiting zonder compensatie. Er zouden dan zeker aan de hand van het égalitébeginsel een paar piketpaaltjes zijn geslagen. Jacobine van den Brink heeft zich eerder vandaag afgevraagd of iedereen dezelfde

mate van inkomensverlies zou hebben geleden als de overheid geen maatregelen zou hebben genomen. Dat is een beetje een kwestie van glazen bol kijken, maar ik denk dat dit niet het geval zou zijn geweest en dat veel restaurants gewoon open zouden zijn geweest als de overheid dat niet verboden zou hebben. Er waren ondanks al die avondklokregelingen wel degelijk restaurants stiekem open. Hier komt de maatschappelijke discussie om de hoek kijken over de vraag of het acceptabel is dat de ziekenhuizen vol lopen of dat een bepaalde categorie patiënten ziek blijft. Ik zou eerlijk gezegd niet willen dat de politiek dat zou accepteren, maar als er een verplichting zou zijn om te sluiten zonder compensatie zou er in mijn ogen compensatie à HR *Leffers* moeten komen. Wanneer de politiek weigert zich over compensatie uit te spreken, zal de rechter een oordeel moeten geven. Ik denk dus dat het juist aan de rechter is bij het ontbreken van compensatie naar de heersende leer te kijken en *Leffers* erbij te pakken, zodat compensatie wel degelijk voor de hand ligt.

Voorzitter: Ik zie dat Michiel – onze nadeelcompensatiespecialist – hierover nog graag iets wil zeggen.

Michiel Tjepkema

Misschien was dit in mijn interventie zojuist niet zo duidelijk, maar ik probeerde wel degelijk het punt te maken dat de wetgever ook aan het égalitébeginsel gebonden is, zodat op hem de verplichting rust om voor de betrokken sectoren een regeling te treffen, juist omdat de rechter niet de 'polsstok' en de mogelijkheden heeft om te bepalen wie onder wélke voorwaarden allemaal moeten worden gecompenseerd. Naast het égalitébeginsel zou ook artikel 1 Eerste Protocol EVRM (EP) ter argumentatie kunnen worden aangevoerd. Het gaat om omzetdalingen waarbij het gebruikmaken van vergunningen ernstig wordt beperkt. Langs die weg kun je volgens mij best een rechtsplicht construeren, waarbij in het geval van gebruikmaking van artikel 1 EP het probleem van de speciale last zich niet eens zou voordoen. Dat is ook weer een voordeel.

Voorzitter: En als de wetgever nu niet aan die verplichting voldoet?

Tjepkema: Dan komen we op een moeilijk punt. Ook ik heb me afgevraagd hoe het met de afdwingbaarheid staat. Je kunt niet een regeling bij de wetgever afdwingen. In die zin is er een politieke afweging van de wetgever in het geding, waarbij deze zich mijns inziens zou moeten laten leiden door de vraag of hier in de kern het égalitébeginsel of artikel 1 EP in het gedrang komt. Dat zou de wetgever uit fatsoen of in verband met het uitgangspunt van behoorlijke wetgeving moeten dwingen een compensatieregeling te maken. Overigens ben ik het ermee eens dat de afdwingbaarheid hier wel een pijnpunt is.

Jacobine van den Brink

Ik heb heel erg in de toelichtingen en de brieven zitten zoeken naar een eventueel 'haakje', maar dat heb ik niet kunnen vinden. De overheid noemt enige malen het

uitstijgen boven het maatschappelijk risico, zonder dat de koppeling met het égalité-beginsel wordt gelegd.

Rens Koenraad (via videoverbinding)

Allereerst een woord van troost aan het adres van Albertjan Tollenaar, die in zijn videoverbinding zijn achtergrondinstelling niet kan wijzigen. Ik weet niet eens hoe je een achtergrond instelt! Laat dat hem tot troost zijn. Ik op mijn beurt voel me dan weer getroost door de nabijheid van 82 jaar VAR-geschiedenis.[6] Hoe mooi is het om die nabijheid te verkeren! VAR-geschrift 166 vormt een waardig onderdeel van deze reeks. Ik heb de preadviezen die nu aan de orde zijn helemaal gelezen, wat een heel werk was, waarbij ik achtereenvolgens werd bevangen door de gevoelens van bewondering, 'wat mooi!', jaloezie 'waarom heb ik dit zelf niet zo mooi opgeschreven?', en verwondering 'goh, daar had ik eigenlijk nooit zo over nagedacht'. In dit verband zou ik Jacobine van den Brink willen adviseren haar preadvies om te werken tot een monografie. Zij kan dan meteen de suggesties van Niels Jak erbij betrekken, en haar beschouwingen krijgen op die manier een ruimer verspreidingsbereik dan de kring van VAR-leden. In denk dat daaraan in de praktijk behoefte bestaat.

In deze interventie houd ik het toch maar op één vraag. Bij de vraag die ik per chat aan Jacobine had willen stellen, hoort namelijk een casus: het zou te lang duren als ik die vraag nu zou stellen, en bovendien hebben we ook nog zoiets als LinkedIn: zij kan de vraag daar lezen en we kunnen daar dan lekker verder door discussiëren.

Naast de zojuist al gemelde verwondering, bewondering en jaloezie was ik af en toe ook erg geïntrigeerd. Dat komt mede doordat ik in Nijmegen een klassiek-positiefrechtelijke opvoeding heb gehad. Wat intrigeerde mij nu zo? Ik was bijna klaar met lezen, toen ik dacht: wat zou dáár nu mee bedoeld zijn? Van der Steen schrijft helemaal aan het eind van zijn preadvies, op bladzijde 386: 'Andersom is een lenig bestuursrecht ook vaak nodig om in netwerkende praktijk en ad hoc samenwerkingsverbanden verzonnen oplossingen mogelijk te maken en goed te keuren.' 'Lenig bestuursrecht' lijkt mij een prachtige titel voor een essay, maar wat bedoelt de preadviseur er nu precies mee?

Martijn van der Steen

In mijn praktijk kom ik veel tegen dat voor concrete vraagstukken oplossingen worden gezocht die heel lastig te categoriseren zijn. Wie heeft het recht om iets te ontvangen, voor wie geldt al dan niet een uitzondering, wie krijgt steun en wie niet? Zulke dingen zijn heel lastig te objectiveren. Mijn ervaring is dat dit heel vaak knelt met het recht. Met 'lenig bestuursrecht' bedoel ik dat je in staat bent vanuit het recht de lijn van de aanpak van een maatschappelijk vraagstuk te volgen, een lijn die moeilijk objectief in beeld te krijgen is. Ik heb maar een beperkt overzicht, dus misschien zeggen de aanwezigen nu: dat doet het bestuursrecht al jaren, je bent het alleen soms niet tegengekomen, of je ziet alleen de gevallen waarbij het niet lukt, maar

6 Spreker toont in zijn fysieke omgeving de deeltjes van de VAR-reeks, waarin de aan de orde zijnde preadviezen nummer 166 vormen.

dat is een heel klein groepje. Ik zie heel vaak dat we bij de bestuurskundigen met de bestuurspraktijk allerlei oplossingen verzinnen die maken dat er bijvoorbeeld lokale afwegingen worden gemaakt. Wie krijgt ruimte en wie niet, wie krijgt steun en wie niet, waar helpen we een beetje en waar knellen we juist af, waar geldt de regel wel en waar niet? Ik merk dat het vaak lastig is dat te verenigen met een juridische realiteit die vaak strakke categoriseringen, grenzen, randen, kader en objectiveerbare parameters vereist. Hiermee hoop ik te hebben aangegeven wat ik – het is ook maar een woord – met lenigheid bedoel.

Het is overigens zaak niet de kernwaarden van goed bestuur te verliezen. Er moet niet zomaar wat worden gedaan, want de praktijk is nu dat alles naar de professionals of naar de rechter wordt geschoven, wat neerkomt op verplaatsing van politiek. In het sociaal domein zitten allerlei professionals bij mensen thuis te bepalen wie al dan niet steun krijgt. Ik vind dat heel ingewikkeld. Er ontstaat een soort grijs gebied, waardoor er gelukkig van alles lukt, maar waarbij de gekozen oplossingen worden onttrokken aan de afweging. Ik zou graag zien dat we *the best of both worlds* hebben, waarbij we aan de ene kant in de praktijk in staat zijn maatwerk te leveren – een concreet individu of bedrijf te bedienen – en aan de andere kant netjes aan de bestuursrechter tot diens tevredenheid kunnen uitleggen hoe we het hebben gedaan.

Rens Koenraad

Zou de wetgever slimmere regelgeving moeten verzinnen of moet het bestuur bestaande regelgeving behendiger ontwijken?

Martijn van der Steen

Mij lijkt het handig bij de wetgever te beginnen. Vervolgens kun je in de uitvoeringspraktijk van alles doen, maar wat in de wetgeving kan, moet daar toch gebeuren? Ik weet niet of ik nu iets geks zeg... Ook in verband met het punt dat we zojuist bespraken: jullie zijn toch rechter? In ieder geval doen jullie je zo voor!

In de bestuurskunde hebben we al lang de lijn 'verplaatsing van politiek', waarmee Mark Bovens zich heeft beziggehouden. De politiek verplaatst zich naar de rechter, de contactambtenaar, de politieman op straat, de zorgverlener bij mensen thuis, de burgemeester. Daar worden heel heftige beslissingen genomen. Er zijn allerlei plekken waar nu in dit grijze gebied wordt genavigeerd zonder duidelijke richting en duidelijk kader. Ik vind dat het veel beter zou zijn expliciet keuzen in de wetgeving neer te leggen, of juist te zeggen dat het allemaal op die plekken wordt neergelegd, maar daarbij dan ook borging aan te brengen dat het op een nette, gecontroleerde manier gebeurt.

Voorzitter: Ik denk dat Rens het daarmee eens is.

Koenraad: Zeker! Ik heb mijn opvoeding niet voor niets van Kortmann genoten, en ik denk dat die er ook tevreden mee zou zijn.

Voorzitter: Dit zegt wel iets. Het is bepaald niet eenvoudig die woorden in de mond te nemen.

Bert Marseille

Er kan allerlei kritiek op het preadvies van Martijn van der Steen worden geleverd, maar wat ik heel mooi vind, is het begrip 'lenig bestuursrecht'. Hij koppelt dat aan twee andere begrippen: het doel van het bestuursrecht, dat de bescherming van kwetsbare belangen zou moeten zijn, en de ambachtelijkheid. Ik heb 'lenigheid' als neutrale term gezien. Je kunt ook 'ritselen' en zorgen dat mensen met veel macht voorrang krijgen, maar als je lenigheid koppelt aan ambachtelijkheid en oog voor kwetsbare belangen, is het juist heel goed dat je lenig bent. Volgens mij is dat precies wat de laatste anderhalf jaar in het bestuursrecht wordt bepleit. Ik noem de omgekeerde toets en het oordeel van de Afdeling dat artikel 26a leniger moet worden geïnterpreteerd. Het is mooi dat Martijn van een heel ander vakgebied komt, maar als ik morgen mijn studenten in één minuut het bestuursrecht moet uitleggen, ga ik niet naar mijn eigen boek, maar naar die bladzijde 386.

Maurits Ippel

Ik ben wetgevingsjurist bij SZW, en ik vind dan ook het preadvies van Jacobine van den Brink heel interessant, maar ik heb ook nog een vraag over het punt waar het net over ging. Ik zag dat het bestuursrecht door Van der Steen vrij instrumenteel wordt benaderd. In zijn benadering zijn er bestuurskundigen die allerlei mooie plannen voor een aanpak hebben, via netwerksturing of via *new public management*, gericht op doelmatige besteding, en is er daarnaast de juridische vormgeving die uiteindelijk in dienst staat van de doelmatigheid van de plannen. Is het efficiencydenken niet te veel doorgeslagen en denken bestuurskundigen wel voldoende na over bepaalde rechtsstatelijke normen die ook in het bestuursrecht verankerd zijn? Verdient het geen aanbeveling vanuit die waarden wat breder te kijken? Gisteren was er, heeft Van der Steen verteld, een vergelijkbare vergadering van de bestuurskundigen. Wordt die discussie gevoerd?

Martijn van der Steen

Ja, die discussie wordt intensief gevoerd. Ik begrijp waar de indruk van de vraagsteller vandaag komt, en in feite meen ik precies als hij te denken. Wat dreigt te gebeuren, is dat het bestuursrecht wordt gezien als een instrument in de handen van beleidsmakers of slimme bestuurskundigen die iets ontwerpen dat dan via een soort slimme toepassing van het bestuursrecht kloppend moet worden gemaakt. Als ik het kwadrantenmodel[7] bij ministeries of gemeenten laat zien, zeggen mensen: we moeten van links naar recht, wat soms als 'van het oude naar het nieuwe' wordt omschreven. Dat is natuurlijk geen goede weg. Ik begrijp dat voor veel vraagstukken netwerkachtige constructies worden gekozen, maar de waarden linksonder

7 Zie noot 3.

van rechtmatigheid en goed bestuur zouden altijd voorop moeten staan. Als je voor een netwerkbenadering kiest, moet je ervoor zorgen dat die waarden goed behartigd blijven en goed geborgd zijn, maar ik vind ook dat je heel veel vraagstukken helemaal niet naar de rechterkant moet opschuiven, maar gewoon, in mijn kwadrantentaal, lekker linksonder moet aanpakken, onder het motto 'we gaan hier een heel goed wetgevingstraject doorlopen'. In dit verband heb ik het gevoel dat we veel te veel besluiten met het veld samen nemen, waarbij we het zelf op een nette manier in een goed wetgevingstraject een besluit nemen een beetje uit het oog hebben verloren. Ik vind dat heel zorgelijk.

Voorzitter: Dus meer aandacht voor 'linksonder'.

Van der Steen: Je moet de benadering kiezen die bij het vraagstuk past. Bij heel veel vraagstukken in onze samenleving past een overheid die zelf besluiten neemt en daarmee ook last en schade aan sommige delen van de samenleving toebrengt, maar tevens richting aangeeft. In mijn hoofd zit dat in het schema linksonder.

Frank van Ommeren

Het kwadrantenmodel dat Van der Steen heeft laten zien, wordt veel gebruikt. Hij heeft vanmorgen terecht gezegd dat bestuurskundigen en bestuursrechtjuristen elkaars taal moeten leren spreken. Als ik mij in de overheidswereld begeef, heb ik dezelfde observatie. Van der Steen zet de juristen met rechtmatigheid en rechtsbescherming linksonder in het schema onder de vlag van de *Public Administration*. De netwerksamenleving zit, zoals we zojuist nog hebben gehoord, in een ander kwadrant. Ik heb daar twee gedachten bij.

1. Ik ben er blij mee dat de juristen nog ergens een plekje krijgen. Ze hebben in ieder geval één kwadrant! Maar ik vraag mij af of het niet heel mooi zou zijn als de juristen in alle vier de kwadranten zouden kunnen zitten, evenals de bestuurskundigen, de politicologen, de burgemeesters en de andere bestuurders. Ik denk dat we allemaal moeten leren in alle vier de kwadranten te denken.
2. We spreken nu vanuit de beroepsgroepen, enigszins als gevolg van de manier waarop Van der Steens rol hier is neergezet, maar ik denk dat er iets anders achter zit. Een waarde als rechtmatigheid geldt natuurlijk in alle kwadranten. Het wil er bij mij helemaal niet in dat een netwerksamenleving – waarin allerlei contracten worden gesloten en waarin allerlei dingen buiten het publiekrecht om verlopen – niet rechtmatig zou moeten zijn. Ik denk hier ook aan de bijdrage van Jacobine van den Brink.

Ik vind het kwadrantenschema een heel waardevol model, maar ik zou er deze twee observaties aan willen toevoegen.

Voorzitter: De allereerste keer dat Martijn en ik elkaar spraken, waren wij op bezoek bij de provincie Zuid-Holland, toen we samen moesten denken over netwerksubsidies en ik het kwadrantenschema voor het eerst zag. Mijn eerste opmerking was: er is niet een linksonderhoek, linksonder geldt altijd! Martijn gaf daarop een heel verhelderend antwoord, dat hij nu vast weer kan geven.

Martijn van der Steen

Even goed nadenken!

Wat het kwadrantenmodel goed doet, is een aantal elementen die in het overheidsbestuur aan de orde zijn, analytisch scheiden. Vervolgens kom ik veel tegen dat de gescheiden vakken letterlijk een eigen leven gaan leiden. In een organisatie waar het model veel gebruikt wordt, is iemand die zich 'programmaleider derde kwadrant' noemt, en daar is overigens ook een 'programmaleider vierde kwadrant'. Trainers hanteren een werkvorm voor ambtenaren waarbij ze dit model gebruiken. Er staat dan een groot vierkant op de grond en de ambtenaren moeten in een kwadrant gaan staan om aan te geven 'waar ze van zijn', om vervolgens van daaruit met elkaar te praten. Dit is niet hoe het model is bedoeld. Het belangrijkste boekje dat ik hierover heb geschreven – wij houden bij de NOB van allitererende titels – heet *Sedimentatie en sturing*, een titel die volgens mij een mooi beeld geeft. Er zijn verschillende laagjes waarbij het rechtsstatelijke, linksonder, het oorspronkelijke is. Daar is op een gegeven ogenblik het *new public management*, het doelmatigheid- en efficiencydenken, overheen komen te liggen. De volgende laag is gebaseerd op het idee van netwerkconstructies, terwijl nu heel erg het idee leeft van de 'doe het zelf'-samenleving, de participatiesamenleving waarbij eigen kracht belangrijk is. We hebben te maken met vier laagjes die alle vier altijd belangrijk zijn. Om daarop verder te denken: je kunt voor verschillende vraagstukken een bepaald laagje het dikst maken, of een bepaald laagje bovenop leggen. Hier is het kwadrantenmodel belangrijk. Het maakt uit of je er voor een bepaald vraagstuk voor kiest vanuit het linksonderprincipe te ontwerpen en vervolgens te zorgen dat ook de andere principes goed belegd zijn. Zo werkend kan iemand zeggen: ik maak een goede wet, en ik hoop dat die ook doelmatig is en ik hoop dat netwerkpartners zich erin kunnen vinden. Als je aan de andere kant begint, kun je zeggen: ik maak een heel goed netwerkarrangement, en ik moet vervolgens zorgen dat het linksonderprincipe, de rechtmatigheid, supergoed belegd is. Als voorbeeld noem ik de regionale energiestrategieën. Belangrijk is dat het beleggen van andere principes nog steeds past bij het netwerkarrangement en bij het idee dat je vanuit het netwerk aan het organiseren bent.

Met Willemien heb ik mij bezighouden met een project over de vraag hoe je subsidies op een nette, rechtmatige manier in netwerkconstructies kunt verstrekken. Daarbij is het de kunst het principe van de netwerkconstructie in stand te houden en het subsidie-instrumentarium daarop zo aan te passen dat het voldoet aan het subsidierecht en ook aansluit bij wat er in de netwerken gebeurt. Ik dacht dat dit min of meer onmogelijk was, maar Willemien legde al heel snel aan de hand van de flip-overs uit dat het allemaal prima kon. Daar moet je alleen wel even werk voor ondernemen.

Voorzitter: Daar moet je lenig voor zijn!

Van der Steen: Lenig en vaardig; het is een kwaliteit. Ik ben het met je eens: het idee van het kwadrantenmodel is niet dat er vier werelden zijn die we uit elkaar halen, het idee is dat alle vier de kwadranten belangrijk zijn, maar dat je expliciet moet zijn over waar je begint en dat je er vervolgens voor moet zorgen al de verschillende

perspectieven invulling te geven. Rechtmatigheid zit altijd overal in, zonder altijd overal voorop te staan.

Voorzitter: Dit antwoord gaf je toen, en ik vond het heel begrijpelijk. Ik ga ervan uit dat in deze vergadering hetzelfde geldt.

Georgina Kuipers

Ik ben promovenda aan de Universiteit Leiden; over een maand en twee dagen verdedig ik mijn proefschrift, geschreven onder begeleiding van Willemien den Ouden, Martijn van der Steen en Michiel Tjepkema. Naar ik heb begrepen mag ik nu de laatste interventie in deze vergadering houden; het gevaar van zo'n positie is dat je dingen zegt die al zijn langsgekomen. Ik hoop dat de deelnemers mij toestaan in hoge mate aan te sluiten bij een discussie die al heeft plaatsgevonden, want ik richt mijn vraag tot Martijn.

Allereerst dank voor een heel helder stuk. Martijn heeft allerlei bestuurskundige principes, die ook mij eerder eigen zijn dan het bestuursrecht, op toegankelijk wijze in dit gezelschap geïntroduceerd. Tijdens het lezen moest ik door de vele voorbeelden denken aan het *just in time*-principe dat tijdens de coronacrisis vaak onder mijn aandacht is gebracht. Dit principe is wat mij betreft een voorbeeld van marktgericht denken dat in de bestaande structuur van sturing paste en dus deels werd gehandhaafd maar waarvan ook in sommige omstandigheden werd afgestapt. Zojuist zei Martijn: als je een vraagstuk wilt aanpakken, moet je bedenken of je de ene of de andere kant op gaat. Als echter eenmaal de realiteit om je heen verandert, blijkt dat het al dan niet vastzitten in zo'n sturingsperspectief ook ingewikkeld kan zijn. Soms komt er dus ook iets anders. Mijn vraag aan Martijn is daarom: kun je toelichten hoe je van het ene sturingsperspectief naar het andere komt, en hoe kies je dan wat geschikt is om naartoe te veranderen? Welke onderliggende waarde is daarbij belangrijk en vooral ook: wie maakt de keus? Voor deze vergadering lijkt mij de keuze relevant, en ik denk dat ze politiek van aard is. Gaat het inderdaad om de politiek, via democratisch gelegitimeerde instituties zoals de Tweede Kamer of een minister, gaat het om ambtenaren, gaat het om de decentrale overheid? Wie leidt en wie leidt tót die verandering?

Martijn van der Steen

Dat is een moeilijke vraag! Eerder in deze vergadering is mij verweten dat mijn antwoord niet echt een recept was. Iets dergelijks gaat ook nu weer gebeuren. Ik geloof heel erg in een situationele aanpak: je moet doen wat voor het vraagstuk goed is, een uitgangspunt dat volgens mij laat zien dat ik een pragmatisch bestuurskundige ben. Omdat vraagstukken onderweg veranderen – overigens deels als gevolg van de interventies die je zelf pleegt –, moet je de manier waarop je een vraagstuk aanpakt laten meegroeien met de wijze waarop de situatie zich ontwikkelt. Dit kan betekenen dat je in de beginfase heel erg via een netwerkende aanpak aan de slag gaat, zoals nu met de regionale energiestrategieën gebeurt. Ik kan me heel goed voorstellen dat je later in het proces, wanneer er bijvoorbeeld allerlei ruimtelijke beslissingen aan de

orde zijn, meer terugvalt op het rechtsstatelijke perspectief. Bij ruimtelijke beslissingen is het heel belangrijk dat rechthebbenden hun plek krijgen.

Kuipers: En wie is 'je'?

Van der Steen: Dat is de volgende vraag: wie doen dit? Mijn publiek bestaat heel vaak uit ambtenaren en bestuurders. Ik vind ambtelijk vakmanschap dat je in staat bent de afweging te maken. Heel vaak krijgen ambtenaren het doel mee en kunnen ze zelf over het middel nadenken. Het kwadrantenmodel komt voor een belangrijk deel neer op de vraag 'welk middel plak ik aan dit doel?'. Het is in mijn ogen primair een ambtelijke verantwoordelijkheid om erover na te denken welke route door de kwadranten het beste bij het te bereiken doel past.

Aan de andere kant ligt er ook in hoge mate een politieke vraag. Het maakt immers nogal uit waar je een afweging neerlegt. De politiek moet dus ook veel meer nadenken over het middel dat wordt ingezet om doelen te realiseren. Bij de energietransitie is het middel om de doelstellingen te bereiken dusdanig politiek geworden, dat de Tweede Kamer zich erover zou moeten uitspreken. De Kamer moet naar mijn mening veel nadrukkelijker aangeven of ze het dossier naar zich toe haalt of in de samenleving neerlegt. Als academicus zou ik zeggen: het is mij om het even, maar dat geldt niet voor mij als persoon.

Iets soortgelijks geldt wat mij betreft ook voor de vaccinatiestrategie. We hebben een beetje met allebei te maken, maar de politieke vraag is inmiddels van groot belang.

Stemmingen over telkens twee stellingen per preadviseur

Stelling 1 van Loof

De mensenrechtelijke noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitstoets laat zich niet goed toepassen op afzonderlijke coronamaatregelen, terwijl dat wel wordt gevraagd van bestuur, wetgever en rechter. Dat is een onoplosbaar probleem.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 37% vóór de stelling uitgesproken en 34% daartegen, terwijl 28% zich van een oordeel heeft onthouden.
Loof: Tom Barkhuysen zei eerder vandaag nog dat je het met deze stelling bijna niet oneens kunt zijn, maar dat blijkt niet te kloppen.

Stelling 2 van Loof
Het is onrealistisch om van de rechter meer te verwachten dan het bijvijlen van de scherpe randjes van de toepassing of handhaving van coronamaatregelen, tenzij sprake is van een duidelijk bevoegdheidsgebrek aan de zijde van het bestuursorgaan.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 56% vóór de stelling uitgesproken en 43% daartegen, terwijl 1% zich van een oordeel heeft onthouden.

Voorzitter: Welke van de twee stellingen vond je belangrijker, Jan-Peter?

Loof: In het licht van de bredere discussie over de taakopvatting van de bestuursrechter en een indringender proportionaliteitstoets vind ik de tweede stelling belangrijk. Ik zie er een nuancering in: in individuele casussen kan ik mij als het om eventuele disproportionele consequenties van toepassing van een bepaalde regel gaat nog iets bij een grotere indringendheid voorstellen, maar van het meten van de proportionaliteit van de regel *as such* moet men niet te veel verwachten.

Voorzitter: Ik denk dat de meerderheid het met je eens is, maar dat er ook echt wel anders over wordt gedacht. Het percentage oneens is niet gering. Kennelijk houdt dit onderwerp ons bezig en denken we er zeker niet allemaal hetzelfde over.

Stelling 1 van Korzelius
Bij de aanpak van de coronacrisis staan de epidemiologische overwegingen voorop. Andere overwegingen spelen ook een rol, maar minder prominent en die zijn minder vastomlijnd. Dit moet anders en ook input van burgers en volksvertegenwoordiging is nodig.

Voorzitter: De stelling past goed bij de discussie van vandaag, waarin steeds wordt gezegd dat de wetgever kleur moet bekennen en betrokken moet zijn.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 67% vóór de stelling uitgesproken en 30% daartegen, terwijl 3% zich van een oordeel heeft onthouden.

Stelling 2 van Korzelius
De aanpak met aanwijzingen en noodverordeningen had als voordeel dat gemeenteraden een rol voor zichzelf zagen en dat het Veiligheidsberaad een duidelijke positie had. Bij de herziening van de crisiswetgeving moeten we dat voordeel benutten.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 46% vóór de stelling uitgesproken en 25% daartegen, terwijl 29% zich van een oordeel heeft onthouden.

Voorzitter: Welke stelling vond je het belangrijkst, Jurien, en hoe waardeer je de uitkomsten van deze stemmingen?

Korzelius: De tweede stelling vond ik de belangrijkste: zij bevat duidelijk een conclusie die ik in mijn preadvies heb getrokken. Ik ben wel tevreden.

Stelling 1 van Van den Brink
Publiek geld dat via een privaatrechtelijk doorgeefluik wordt verstrekt aan burgers en ondernemers dient publiekrechtelijk te worden genormeerd.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 94% vóór de stelling uitgesproken en 6% daartegen, terwijl niet één kiezer zich van een oordeel heeft onthouden.

Voorzitter: Voor mij een opmerkelijk resultaat.

Van den Brink: Ik vind het fantastisch! De laatste jaren heb ik hierin weinig beweging gezien.

Voorzitter: En voelde je je een roepende in de woestijn! Je roep is gehoord.

Van den Brink: Ja, het is fijn.

Stelling 2 van Van den Brink
Er dient een afzonderlijke wet in formele zin te komen waarin voor alle financiële verstrekkingen door de overheid, zoals de (Europese) subsidie, de tegemoetkoming en de inkomensvoorziening, de basisregels worden neergelegd.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 36% vóór de stelling uitgesproken en 46% daartegen, terwijl 18% zich van een oordeel heeft onthouden.

Voorzitter: Terwijl ik de stemmen zag toenemen, dacht ik: met déze stelling gaat 't 'm in deze vergadering niet worden! Wat vond jij de belangrijkste stelling, Jacobine?

Van den Brink: Déze, dus ik ben nu heel erg teleurgesteld! Er zijn wel mensen die nog twijfelen of zij het met de stelling eens zijn. Dit laat zien dat er veel vervolgonderzoek nodig is om de mensen die het er nu oneens mee zijn te overtuigen.

Voorzitter: Vervolgonderzoek, zodat je de volgende keer dik boven de 50% zit. Dat is de oplossing.

Stelling 1 van Van der Steen
Het bestuursrecht is dienstbaar aan de bestuurspraktijk en de vraagstukken die daarin spelen.

Voorzitter: Dat is een heel spannende stelling in dit 'vliegtuig'.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 38% vóór de stelling uitgesproken en 38% daartegen, terwijl 24% zich van een oordeel heeft onthouden, waarvan 18% in de vorm van ondersteuning van de door Kars de Graaf aangeleverde keuzemogelijkheid 'Belangrijker is dat de VAR dienstbaar is aan het bestuursrecht'.

Stelling 2 van Van der Steen
Rondom complexe maatschappelijke vraagstukken is een wendbaar en flexibel bestuursrecht gevraagd.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 86% vóór de stelling uitgesproken en 10% daartegen, terwijl 4% zich van een oordeel heeft onthouden.

Voorzitter: Ook dit is voor mij best een opvallende score. Wil je iets over je stellingen zeggen, Martijn?

Van der Steen: Wat vind je opvallend aan die laatste uitslag?

Voorzitter: Ik had meer oneens-stemmen verwacht.

Van der Steen: Wat eruit is gekomen, ligt, denk ik, ook een beetje aan het woordgebruik. Veel mensen willen graag wendbaar en flexibel zijn. In het licht van de discussie van vandaag vind ik de uitslag eigenlijk niet zo verrassend.

Bij mijn eerste stelling kun je je afvragen wat 'dienstbaar' is. Je zou ook voor het woord 'volgend' kunnen kiezen. Je zou Venndiagrammen kunnen gebruiken. Sommigen zullen zeggen: het bestuursrecht is de basis en daarbinnen heb je invulling en dat noemen we dan de bestuurspraktijk. Anderen zullen dit omdraaien. Ik vind het interessant dat daarin een soort 50/50-verdeling te zien is. Het lijkt mij van belang daarover in gesprek te blijven en vooral aan explicitering te denken.

Over de vraag wat wendbaar en flexibel bestuursrecht is, hebben we vandaag veel gesproken. Ik vind het leuk om dat gesprek te continueren.

Aandacht voor het naderende vertrek van de voorzitter, Willemien den Ouden

Kars de Graaf

Beste VAR-leden, Willemien, andere aanwezigen en ook natuurlijk de mensen thuis. Zonder de goedkeuring van de voorzitter doorbreek ik de door haar tot nu toe zo goed bewaakte goede procesorde van deze bijeenkomst. Ik doe dat wat mij betreft met een goede reden, maar omdat ik ook weet dat ik iedereen van de borrel afhoud, houd ik het kort.

Beste Willemien. Na een initiële teleurstelling en verslagenheid heeft het VAR-bestuur zich inmiddels neergelegd bij jouw vertrek als voorzitter van de VAR per januari 2022. Je bent dus ook na deze dag nog de voorzitter van onze club van bestuursrechtliefhebbers, en van die resterende zeven weken gaan we genieten, totdat Bert Marseille het van jou zal overnemen. Het zal niet verbazen dat de leden van het VAR-bestuur, maar naar ik aanneem ook alle VAR-leden en iedereen die het bestuursrecht een warm hart toedraagt, jou enorm veel dank verschuldigd zijn voor alle inspanningen die jij je in de afgelopen jaren voor onze mooie vereniging hebt getroost. Hoewel jij vandaag de aandacht voor jouw persoon wellicht wilde ontlopen – ik heb zojuist begrepen dat dat inderdaad het geval is – was al snel duidelijk dat we dit gevoel van dankbaarheid in de jaarvergadering niet onbenoemd wilden laten. Waarom niet? Dat zal ik u allen, en ook jou, Willemien, vertellen.

Van een voorzitter van de VAR wordt nu eenmaal veel verwacht, en de verwachtingen – dit speciaal ook aan het adres van Bert! – zijn bij aantreden ook altijd hoog gespannen. Toen Willemien aantrad, was dat niet anders. Natuurlijk, een groot, goed netwerk in het bestuursrecht hélpt. Tijd om voorzitter te spelen is noodzakelijk. Passie voor en kennis van het bestuursrecht is vereist. Creativiteit ook.

Daar voldeed je aan, Willemien, maar dat is dan ook wel het minimum. Idealiter zit je als voorzitter ook boordevol sociale vaardigheden, ben je zo *woke* als het maar kan en heb je ook nog ervaring met leidinggeven, beslissen en – vooral bij het VAR-bestuur – toch ook wel doorpakken. Terzijde voor wie niet op de hoogte is: *woke* betekent dat je oog hebt voor diversiteit en inclusiviteit; zo vat ik het tenminste dan maar op. De VAR-voorzitter moet dan ook nog de VAR-jaarvergaderingen geconcentreerd, charmant, vriendelijk, streng doch rechtvaardig en goed kunnen leiden. Dat zijn allemaal hoge eisen waarvoor jij nu stuk voor stuk een nieuwe *benchmark* hebt gezet, natuurlijk ook voor de nieuwe voorzitter.

Conclusie: een soort van bestuursrechtelijke *wonderwoman* heeft de afgelopen jaren onze voorzitter gespeeld. Maar daar houdt het natuurlijk niet op, want vergaderen wij vandaag over bestuursrecht in crisistijd, jij moest de VAR besturen in crisistijd. Dan denk ik niet alleen aan corona, maar ook aan toeslagenaffaires

en aan allerlei maatwerk dat nu in het bestuursrecht de klok slaat. Wat een grote bewondering hebben wij als leden van het VAR-bestuur gekregen voor de manier waarop jij flexibel en besluitvaardig – ik zou haast zeggen: wendbaar en lenig – in *no time* de VAR omtoverde tot een open digitale vereniging. Het VAR-bestuur begon ongeveer onmiddellijk digitaal te vergaderen en of het niks was, werd er een werkelijk fantastisch VAR-digiteam bij elkaar geroepen, waarvoor de diversiteit nog wel een punt van aandacht is, maar dat zal wel de toekomst zijn! En, Willemien, je wist het natuurlijk zo te regelen dat de VAR niet stilstond, maar juist in volle vaart door kon, inclusief prachtige jaarlijkse preadviezen zoals we vandaag bespreken. Ook noem ik de bijeenkomsten over het maatwerk en de toeslagenaffaire. Uiteraard was jij in deze crisistijd, anders dan de Nederlandse overheid, ongehinderd door het legaliteitsbeginsel. Maar wees gerust: wij in het VAR-bestuur denken dat al jouw afzonderlijke beslissingen de mensenrechtelijke toets aan noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit zullen overleven. Jij had de VAR op een geweldige wijze door élke crisis kunnen helpen. In Groningen zeggen we dan: het kon minder!

Kortom, Willemien, ik hoop dat je mij toestaat namens het VAR-bestuur, namens de leden van de VAR, namens iedereen die van de VAR-bijeenkomsten heeft geprofiteerd en namens iedereen die de ontwikkeling van het bestuursrecht een warm hart toedraagt, jou te bedanken voor jouw voorzitterschap de afgelopen jaren. Die dank is niet in materiële cadeaus uit te drukken – ik heb wel even m'n best gedaan, althans: Nina heeft haar best gedaan – en daarom vraag ik het publiek om via een daverend applaus die dankbaarheid te uiten.

[Staande ovatie]

Voorzitter: Dank je wel, Kars, dank jullie wel allemaal, voor deze vriendelijke woorden en dit hartelijke applaus. Het wordt zeer gewaardeerd. Ik heb het inderdaad geprobeerd te ontlopen, en dat ga ik nu ook gewoon doen. Ik ga mij houden aan mijn schemaatje waarmee ik jullie zo snel mogelijk naar een gezellige borrel wil brengen, want die hebben jullie zeer verdiend na een lange dag vol discussies. Verder praten kunnen we tijdens de borrel en tijdens het etentje dat we nog met de bestuursleden hebben en waarbij ik zelf ook nog iets tegen hen zal zeggen. 'Zorg dat je op tijd afsluit,' stond op mijn lijstje, maar dat haal ik niet meer: dat zal men mij vergeven.

Ik wil nu nog iets zeggen tot jullie allemaal, de mensen die hier in de zaal waren en die in ieder geval aan mij weer zo'n ouderwets jaarvergaderingsgevoel hebben bezorgd en tot alle mensen die via de livestream aanwezig waren: dank voor de aanwezigheid en de bijdragen aan de discussie! Voor mij geldt dat jullie de jaarvergadering 2021 tot een groot succes hebben gemaakt, en dat was voor mij belangrijk. Ook veel dank aan de preadviseurs, die in echt wel lastige tijden met soms een heleboel kinderen thuis met het schrijven van hun stukken hebben zitten worstelen en deze op tijd hebben ingeleverd. Hun preadviezen hebben geleid tot de mooie discussies van vandaag.

Bestuur en erelid

prof. mr. dr. A.T. Marseille (voorzitter)
mr. L.M. Schouten (secretaris)
mr. N.N. Bontje (penningmeester)
mr. A. Collignon
mr. S.A. van der Does
mr. J.K. Drewes
mr. J.A.R. van Eijsden
mr. dr. B.J. van de Griend
mr. dr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen
prof. mr. dr. R. Ortlep
mr. R. Osterwald
mr. dr. T.N. Sanders
mr. dr. H.G. Sevenster
mr. A. Venekamp
mr. L.W. Verboeket

Erelid van de vereniging:
mr. M. Scheltema