

Maatwerk in het bestuursrecht

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

Verlag van de algemene vergadering
gehouden op 13 november 2020 ter behandeling
van de preadviezen van L. van den Berge,
M.F. Vermaat, M. Lurks & N.A. van Renssen en
S. van Heukelom-Verhage

1 7 2

Boom

ISBN 978-94-6212-925-2



9 789462 129252 >

www.boom.nl/juridisch

Maatwerk in het bestuursrecht

Maatwerk in het bestuursrecht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 30 november 2020

ter behandeling van de preadviezen van

L. van den Berge

M.F. Vermaat

M. Lurks & N.A. van Renssen

S. van Heukelom-Verhage

Als gevolg van de COVID-19-pandemie is de jaarvergadering gehouden in de vorm van vier videosessies, voor elk preadvies één.

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

© 2024 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

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

Voor zover het maken van veeleenvoudingen 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 veeleenvoudigen 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 978-94-6212-925-2
ISBN 978-94-0011-426-5 (e-book)
NUR 823

www.boom.nl
www.boom.nl/juridisch

Inhoud

Openingswoord van de voorzitter van de VAR, Willemien den Ouden	7
Bespreking van mr. dr. L. van den Berge, Responsief bestuursrecht	8
Inleiding door de preadviseur (eerder opgenomen)	8
Gedachtewisseling	11
Bespreking van mr. dr. M.F. Vermaat, Garbage in? Garbage Out!	
Maatwerk in het sociaal domein	30
Inleiding door de preadviseur (eerder opgenomen)	30
Gedachtewisseling	34
Bespreking van mr. dr. M. Lurks & mr. N.A. van Renssen, Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet	51
Inleiding door de preadviseurs (eerder opgenomen)	51
Gedachtewisseling	56
Bespreking van mr. S. van Heukelom-Verhage, Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?	74
Inleiding door de preadviseur (eerder opgenomen)	74
Gedachtewisseling	77
Bekendmaking van de winnaar van de VAR-scriptieprijs	95
Bestuur en erelid	98

Openingswoord van de voorzitter van de VAR, Willemien den Ouden¹

Beste VAR-vrienden. Van harte welkom allemaal in deze eerste digitale jaarvergadering van de VAR ooit. We hadden gehoopt op een leuke bijeenkomst in de Jaarbeurs met ook tijd om elkaar te ontmoeten en even te borrelen, maar het is nu een digitale meeting geworden, met iedereen thuis vanachter het eigen bureau. En ach, dat klinkt veel erger dan het is, want ik heb vanmorgen al gemerkt dat de *gallery view* bijna een jaarbeursgevoel opwekt, en de meesten van ons hebben al kunnen ervaren dat je wel degelijk heel levendige Zoom-bijeenkomsten kunt hebben.

¹ Neerslag van de openingswoorden van de deelsessie waarin de VAR-voorzitter als gespreksleider optrad.

Bespreking van mr. dr. L. van den Berge,¹ Responsief bestuursrecht

Voorzitter: Tom Barkhuysen

Voorzitter: Namens de VAR van harte welkom bij deze bespreking! Bij voorbaat dank ik Lukas voor zijn mooie preadvies en voor zijn bereidheid daarover vandaag met ons te discussiëren. Er zijn drie aangemelde interveniënten, die in de aangegeven volgorde de gedachtewisseling met Lukas zullen openen. Voor Raymond Schlössels geldt dat hij natuurlijk als persoon het woord voert, maar dat hij dat ook een klein beetje in de plaats van Hans Peters doet: hij neemt de rol van Hans over, die het preadvies in het NTB heeft gerecenseerd.²

Als de aangemelde interveniënten aan de beurt zijn geweest, is er een open discussie, waarbij ook anderen met Lukas in debat kunnen gaan. Even voor het eind van deze sessie zal bekend worden gemaakt wie de VAR-scriptieprijs heeft gewonnen en welke eervolle vermeldingen daarbij al dan niet aan de orde zijn.³

Inleiding door de preadviseur (eerder opgenomen)

Mijn preadvies gaat over de theorie en de praktijk van een responsief bestuursrecht. De notie van juridische responsiviteit mag zich de laatste jaren verheugen in een ongekeerde populariteit. Zo pleiten sommigen voor de snelle vervanging van de zogenoemde bureaucratische rechtsstaat door een responsieve rechtsstaat, en daarbij ligt de nadruk dan niet langer op algemene regels en formele procedures maar op concrete belangen en behoeften van burgers. Sleutelwoorden daarbij zijn maatwerk en flexibiliteit. In mijn preadvies onderzoek ik wat zo'n responsieve rechtsstaat voor het bestuursrecht concreet zou kunnen betekenen. Daartoe diep ik notie van juridische responsiviteit eerst nader uit.

Mijn belangrijkste punt bij deze analyse is dat responsiviteit niet zomaar een of ander nieuw, inhoudsloos 'hoerabegrip' is, maar staat voor een vorm van juridische ordening die ook op zichzelf vatbaar is voor kritiek en discussie. Een klassiek juridisch ideaal houdt in dat burgers zo veel mogelijk zonder aanzien des persoons moeten worden behandeld. De responsieve benadering echter, behandelt burgers liever mét aanzien des persoons. Daar valt veel voor te zeggen, maar

¹ Universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

² Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2020/131.

³ Zie p. 95 e.v. van dit verslag.

onproblematisch is de nieuwe benadering natuurlijk niet. ‘Corendon⁴-recht’ – alles inclusief voor dezelfde prijs – bestaat niet, ook niet in het bestuursrecht.

Vervolgens presenteer ik in mijn preadvies een benadering van responsiviteit in het bestuursrecht op drie niveaus:

1. Concreet handelen
Daarbij gaat het om de wijze waarop gezagsdragers burgers concreet tegemoet treden.
2. Regelgeving en overheidssturing
In dit verband geef ik een analyse van meer responsieve vormen van regelgeving en overheidssturing.
3. Rechtsbescherming.

In de derde plaats ga ik in op de betekenis van juridische responsiviteit voor het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Ad 1. Op het niveau van het concrete handelen van gezagsdragers is de populariteit van de responsieve benadering onder meer herkenbaar in verschillende bestuurlijke en rechterlijke vernieuwingsprogramma’s, zoals de *responsieve overheid* en de *nieuwe zaaksbehandeling*. Formeel-juridische afstandelijkheid heeft daarbij plaatsgemaakt voor een meer informele werkwijze, die sterk gericht is op praktische probleemoplossing en zich primair oriënteert op concrete wensen en behoeften van burgers. Op zichzelf valt zo’n benadering toe te juichen, maar in mijn preadvies betoog ik dat er ook bepaalde risico’s aan kleven. Ten eerste kan de nieuwe werkwijze zich ontwikkelen tot een burger-als-klantbenadering die in het publieke domein slecht op haar plaats is. Ten tweede bestaat het gevaar dat mooie idealen van burgervriendelijkheid en procedurele rechtvaardigheid in de praktijk verworden tot technieken waarmee de overheid aan burgers knollen voor citroenen kan verkopen zonder daarbij op al te veel weerstand te hoeven rekenen.

Ad 2. Een tweede niveau waarop de opkomst van responsiviteit zich manifesteert, betreft veranderende vormen van regelgeving en overheidssturing. Bestuurskundigen spreken in dit verband wel van een verschuiving van *government* naar *governance*. Het eerste begrip heeft betrekking op een verticaal en centralistisch sturingsmodel waarbij algemene regeltoepassing en wetgebondenheid van het bestuur centraal staan. Het begrip *governance* daarentegen verwijst naar meer decentraal en horizontaal georiënteerde sturingsmethoden; maatwerk en flexibiliteit zijn daarbij opnieuw sleutelwoorden. Men kan hier denken aan regulering op afstand en netwerkbestuur als meer informele en indirecte vormen van bestuurlijke machtsuitoefening. De overgang van *government* naar *governance* heeft duidelijke voordelen, maar houdt ook aanzienlijke rechtsstatelijke risico’s in. Juist van achter een rookgordijn van consensualiteit en samenwerking blijft het moderne bestuur gemakkelijk onder de radar van juridische en democratische controlemechanismen en dringt het uiterst diep en dwingend door in het private domein

4 Vgl. de gelijknamige commerciële reisorganisatie.

van burgers. *Government by stealth* noemt de Amerikaanse critica Wendy Brown dat ook wel. De 'keukentafelproblematiek' die de laatste tijd in het bestuursrecht zo sterk in de belangstelling staat, is daarvan nog maar een tamelijk willekeurig voorbeeld. Sowieso is er, lijkt mij, reden genoeg om de nieuwe *governance*-benadering scherp in het oog te houden.

Ad 3. Een derde niveau van responsiviteit dat ik in mijn preadvies analyseer, betreft het bestuursrecht als stelsel van macht en tegenmacht. Mijn belangrijkste punt daarbij is dat er een ernstige *mismatch* is ontstaan tussen moderne, meer responsieve vormen van overheidssturing enerzijds en het klassieke stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming anderzijds. Waar de overheid zich bedient van een veelheid aan vormen om burgers haar wil op te leggen, moet de bestuursrechter het nog altijd doen met een nogal formalistisch, tamelijk rigide begrippenkader om aan het uiterst wendbare bestuur het juiste weerwerk te bieden. Op grond van de vertrouwde bestuursrechtelijke logica zelf vallen de problemen in de rechtsbescherming die op die manier ontstaan niet goed te verhelpen. Daarom pleit ik in mijn preadvies voor een hernieuwde doordenking en uiteindelijk ook een fundamentele herziening van het centrale bestuursrechtelijke begrippenkader zelf. Concreet doe ik daarbij drie voorstellen. Ten eerste pleit ik voor een afscheid van de notie van het besluit als de kern van het besturen. Ten tweede pleit ik voor een meer materiële omgang met het b-organbegrip. In de derde plaats pleit ik voor de definitieve vervanging van de marginaletoesingsleer door een praktijk waarbij de indringendheid van rechterlijke toetsing is afgestemd op specifieke omstandigheden.

De rode draad van al die voorstellen is dat de formeel-juridische logica waarvan de bestuursrechtspraak zich van oudsher bedient, toe is aan vervanging door een meer verfijnd of zo men wil een meer responsief begrippenkader dat beter is toegesneden op de wijze waarop bestuurlijke machtsuitoefening heden ten dage in de praktijk gestalte krijgt.

De conclusies van mijn preadvies laten zich grofweg samenvatten in twee stellingen:

1. De verschuiving van een bureaucratische naar een responsieve rechtsstaat houdt voor het bestuursrecht kansen, maar ook risico's in. Verantwoorde hervormingen vereisen een bestuursrechtswetenschap die zich van die risico's voldoende rekenschap geeft.
2. Een rechtsstatelijk evenwicht van macht en tegenmacht vereist een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat beter dan het huidige is toegesneden op de wijze waarop overheidssturing vandaag de dag in de praktijk gestalte krijgt.

Overheidssturing manifesteert zich tegenwoordig in een veelheid aan vormen waarop het rechtsbeschermingsstelsel een beter antwoord moet bieden. 'Maatwerk vereist maatwerk', aldus ook mijn recensent Hans Peters in het NTB.⁵ Een meer

⁵ Zie noot 2.

responsieve wijze van overheidssturing vereist ook een meer responsief stelsel van rechtsbescherming om aan die sturing het juiste tegenwicht te bieden.

Over deze twee stellingen ga ik graag nader met de deelnemers aan deze sessie in discussie.

Gedachtewisseling

Raymond Schlössels⁶

Door welke oorzaak dan ook intervenieer ik door de jaren heen heel vaak op vrijdag de dertiende, en ook vandaag gebeurt dat weer. Ik hoop dan ook dat de techniek ons niet in de steek laat!

We bespreken vandaag de preadviezen onder bijzondere omstandigheden, maar die preadviezen mogen er zeker zijn. Mijn complimenten voor de prachtige beschouwingen, die wezenlijke vragen aan de orde stellen over de wijze waarop het bestuursrecht op grote veranderingen in de maatschappij moet reageren. Ik noem de digitalisering en daarnaast ook de vermaatschappelijking van het algemeen belang. Over de inhoud van het preadvies maak ik nu enkele algemene opmerkingen en daarna kom ik tot een concrete vraag.

Met preadviseur Van den Berge ben ik het eens dat we er met het autonome model van het bestuursrecht zoals we dat kennen in de toekomst niet zullen komen. Dat model is gebaseerd op legaliteit, procedures en formele begrippen. We kennen het heel goed, het vertegenwoordigt een systeem dat ons in de twintigste eeuw naar mijn mening heel veel heeft gebracht, maar het geeft in de huidige tijd onvoldoende antwoorden op de problemen die we in de verhouding tussen bestuur en burger zien ontstaan. De preadviseur noemt, niet alleen in het preadvies maar ook in andere geschriften, het starre besluitmodel en het formele bestuursorgaanbegrip. Op dat laatste punt ben ik het zeer met hem eens: we moeten meer materieel naar het bestuur kijken, want het huidige bestuursorgaanbegrip geeft onvoldoende antwoorden op het ingewikkelde grensvlak tussen publiek- en privaatrecht, waarop zich allerlei semioverheden bevinden. Gedegen gedachtevorming op dit punt is geboden.

Hoe moeten we met het bestuursrecht verder? Ik heb eerlijk gezegd evenmin vertrouwen in het mooie plaatje van responsief bestuursrecht. Responsiviteit is tamelijk ongrijpbaar en er wordt van alles en nog wat ondergeschoven, terwijl er allerlei gevaren van pragmatisme in het responsiviteitsmodel schuilen. Ik ben dan ook terughoudend ten opzichte van het propageren van responsiviteit als alfa en omega. We moeten de burger niet blij maken met een dode mus. Burgers hebben het heel snel door als er in een relatie met de overheid iets fout zit. Het bieden van *voice* en procedurele aandacht brengt geen ware legitimiteit wanneer beleidsdoelen toch altijd nog eenzijdig worden doorgedrukt. Welke aanpak kan dan wel soelaas bieden? In ieder geval moet de burger zeer serieus worden genomen, waarmee ik meteen op mijn concrete vraag kom.

6 Hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

De preadviseur waarschuwt voor een ondoordachte wissel van het autonome met het responsieve model en hij pleit voor een zogenoemde derde ontwikkelingsrichting, waarbij hij betoogt dat het juridische blikveld moet worden verruimd, maar dat we dat moeten laten samengaan met een kritische benadering. Eerlijk gezegd vind ik dat best vaag. Over welke verruiming praten we dan en wat is het referentiepunt voor de kritiek? Kan de preadviseur dit wat concreter maken? Mijn vraag sluit, meen ik, perfect aan bij de bespreking van Hans Peters in het NTB, wiens rol ik hier min of meer heb overgenomen.

Voor mij staat vast dat wij juristen de essentialia van de rechtsstaat niet overboord kunnen zetten. Een systeem met bevoegdheden en besluiten, linksom of rechtsom, zal altijd op enigerlei wijze blijven bestaan. Het besluitmodel volledig overboord zetten zit er niet in, en het lijkt me ook onlogisch. We kunnen in de sfeer van de rechtsbescherming allerlei dingen veranderen, maar besluiten zullen onderdeel blijven van het bestuursrecht.

Evenmin kunnen we volgens mij over de volle breedte zeggen dat we afstandelijke toetsing kunnen afschaffen. Op die manier gaan we immers heel fundamenteel morrelen aan de *trias politica*, iets waarvan ik me afvraag of we het wel moeten willen. Overigens geef ik de preadviseur graag toe dat we volop de mogelijkheden van evenredigheidstoetsing en toetsing aan fundamentele rechten moeten verkennen, nog veel intensiever dan we misschien tot op heden hebben gedaan.

In mijn ogen moeten we de relatie tussen bestuur en burger echt inhoudelijk opwaarderen. Er mag minder aandacht zijn voor allerlei formaliteiten en formele principes, er moet meer aandacht zijn voor fundamentele rechten en voor materiële beginselen. In dat kader zal de Algemene wet bestuursrecht (Awb) nog het nodige kunnen betekenen. Binnenkort – ik mag wel een tipje van de sluier oplichten – verschijnt het rapport van de VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, waarin ervoor wordt gepleit de Awb materieel op te waarderen door beginselen als het beginsel van een dienende overheid en het beginsel van de toegang tot het bestuur er veel beter in te borgen. Hier valt winst te behalen.

Ik ben heel benieuwd naar de reacties van de preadviseur op mijn beschouwing en op de vraag naar de concreetheid van zijn voorstellen.

Lukas van den Berge

Toen Raymond Schlössels met zijn interventie begon, vroeg ik mij af wat mijn reactie zou moeten worden, want we zijn het er helemaal over eens dat de responsieve benadering moet worden toegejuicht maar dat we voor de eventuele risico's van die benadering niet blind moeten zijn. In dit opzicht verschilt onze visie op de huidige ontwikkelingen niet.

Hoe is mijn preadvies nu eigenlijk bedoeld? Ik raak met het stellen van die vraag aan een soort algemeen kritiekpunt mijnerzijds op de Nederlandse bestuursrechtswetenschap. In het kader van het thema van deze jaarvergadering heb ik een preadvies willen schrijven dat niet zozeer panklare oplossingen aanlevert of duidelijke instructies over de precies verder te volgen weg aan de wetgever en aan praktijkjuristen geeft. Mijn doel is te wijzen op spanningen waarmee het huidige bestuursrecht te maken heeft. Verschillende waarden trekken het systeem van het bestuursrecht verschillende kanten uit. Wie bestuursrechtjurist, ambtenaar,

bestuursrechter of bestuursrechtelijk docent aan een universiteit is, moet zich in mijn ogen bewust zijn van de spanningen die ik in mijn preadvies heb willen agenderen.

Zo wordt er nu bijvoorbeeld gesproken over een verschuiving van een bureaucratische rechtsstaat naar een responsieve rechtsstaat, terwijl het pakket van klassieke, formalistisch georiënteerde juridische waarden – bijvoorbeeld legaliteit, rechtszekerheid en rechtseenheid – daarmee een zekere spanning vertoont. Met Schlössels ben ik het helemaal eens dat we aan die klassieke waarden veel te danken hebben, maar we kunnen er misschien niet van uitgaan dat ze in een responsief model, dat meer op de concrete realiteit betrekking heeft, probleemloos kunnen worden bewaard. Er is een spanning tussen het recht als systeem met de bijbehorende formalistische waarden aan de ene kant en het idee van op maat toegesneden individuele gerechtigheid aan de andere kant. Die spanning is op haar beurt klassiek te noemen: zij doet zich niet alleen in het bestuursrecht, maar ook in andere rechtsgebieden voor. Wie over maatwerk in het bestuursrecht spreekt, heeft het ook over een meer responsieve benadering van dat recht. In het bestuursrecht zouden we allerlei verschillende waarden tegelijkertijd moeten behartigen en het is van groot belang dat we de spanningen die daarbij optreden goed in het oog houden. Anders lopen we het risico dat het nieuwe paradigma van waaruit je het bestuursrecht kunt bekijken via een soort pragmatische benadering verwordt tot een vorm van instrumentalisme waarvoor Schlössels en ik beiden bevreesd zijn.

Nonet en Selznick, die ik in mijn preadvies vaak aanhaal, hebben twee verschillende benaderingen beschreven: het autonome recht betracht een zekere afstand ten opzichte van de sociale werkelijkheid waarop het betrekking heeft en het responsieve recht probeert juist op die sociale werkelijkheid betrokken te zijn. Het punt is nu dat die twee dingen nooit allebei tegelijk gerealiseerd kunnen worden. Dat is de fundamentele spanning waarmee het bestuursrecht te maken heeft, een spanning tussen formele afstandelijkheid aan de ene kant en informele concreetheid aan de andere kant. We zijn in een nieuwe modus terechtgekomen waarbij het idee van maatwerk en concrete gerechtigheid heel erg voorop wordt gesteld. Ik juich dat op zichzelf toe, maar teken erbij aan dat het eigenlijk alleen maar op een verantwoorde manier kan gebeuren als we ons ook realiseren wat de risico's zijn die ermee gepaard gaan.

Hiermee meen ik een antwoord op de vraag van Schlössels te hebben gegeven. Ik heb bewust een preadvies willen schrijven dat eerder problematiseert dan dat het allerlei concrete oplossingen aandraagt. Die inzet heeft zoals gezegd ook wel een beetje te maken met kritiek die ik op de Nederlandse bestuursrechtswetenschap als tak van wetenschap heb. Beoefenaars van die tak van wetenschap zijn in mijn ogen vaak te veel op praktische oplossingen georiënteerd, terwijl ze te weinig nadenken over de vraag waar al die problemen waarmee we in de dagelijkse bestuursrechtspraktijk te maken hebben eigenlijk vandaan komen. Over die onderliggende problematiek heb ik in mijn preadvies willen schrijven. Uiteindelijk is het van groot praktisch nut je bij het verder zoeken naar oplossingen van dit soort theoretische problemen bewust te zijn.

Raymond Schlössels

Wat het slepende debat over het besluitmodel betreft: ik begrijp heel goed dat we in relatie tot de rechtsmacht van de bestuursrechter veel aan dat model kunnen veranderen, mits er draagvlak voor is. Dat neemt niet weg dat ik mij heel moeilijk een bestuursrecht kan voorstellen waarin het besluitbegrip niet meer bestaat. Weliswaar ben ik bereid mijn gedachten te laten prikkelen, maar dan moeten er concretere dingen op tafel komen, en eerlijk gezegd denk ik dat we in het besluitvormingsrecht de figuur van de publiekrechtelijke rechtshandeling uiteindelijk niet kunnen missen. Dat maakt voor mij het debat wel ongrijpbaar.

Lukas van den Berge

Een nadere reactie op de inbreng van Raymond Schlössels. In mijn preadvies ga ik in op dat oude idee van het besluit als de kern van het besturen. In het licht van het dominante sturingsmodel met *network governance* kunnen we naar mijn mening niet meer aan dat kernbegrip vasthouden. Ooit kon misschien met reden worden gezegd dat de overheid de samenleving vooral aanstuurt en bestuurt door het nemen van besluiten, maar die formalistische gedachte is inmiddels al te zeer op gespannen voet komen te staan met de feitelijke manier waarop bestuurlijke machtsuitoefening verloopt. We hebben te maken met een realiteit waarin het bestuur vooral macht uitoefent door bijvoorbeeld het stellen van *benchmarks*, het sluiten van prestatiecontracten, het uitbesteden van publieke taken aan private actoren en het in onderlinge competitie brengen van burgers. Het stelsel van rechtsbescherming zal zich naar mijn mening aan die realiteit moeten aanpassen. Het is daarom ook dat ik mij in mijn preadvies aansluit bij het pleidooi van Michiel Scheltema voor ‘integrale geschillenbeslechting’ in het sociaal domein. Private actoren die in feite publieke taken uitoefenen, moeten gewoon via het bestuursrecht kunnen worden aangesproken. Ik zie zelf niet in hoe je daar kunt komen als je blijft uitgaan van het besluit als de kern van het besturen. En je komt er volgens mij evenmin als je uitgaat van het incrementele model van Frank van Ommeren.

We leven in een realiteit waarin de overheid – naar mijn idee op een indringender wijze dan voorheen – de samenleving juist bestuurt door zich uit de maatschappij terug te trekken, met andere woorden: door juist géén besluiten te nemen. Een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat de kern van het besturen in het nemen van besluiten blijft zoeken, kan uiteindelijk nooit tot een oplossing leiden.

In het sociaal domein zijn nu gaten in de rechtsbescherming ontstaan die in dit verband een heel goed voorbeeld vormen. Houd je in het sociaal domein vast aan het besluit als de kern van het besturen, dan kunnen er twee dingen gebeuren: of je helpt de *network governance*-benadering waarvoor in dat domein is gekozen om zeep, of je blijft te maken hebben met een fundamentele mismatch tussen het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming aan de ene kant en de feitelijke manier waarop de overheid macht uitoefent aan de andere kant.

Het enige wat ik zeg, is dat we van het besluit als kernbegrip af moeten. Daarbij geef ik toe dat ik geen panklare oplossing heb; wat ik doe, is rebelleren tegen de consensualisatie van het nemen van besluiten als de kern van het besturen. Volgens mij is het uitoefenen van publieke macht die kern, en niet het nemen van besluiten.

Dat is een meer materiële manier van kijken naar wat besturen is. In onze huidige rechtscultuur zit ten onrechte ingebakken dat het nemen van besluiten de kern is, met hooguit een perifere schil. Zoals we allemaal weten, hebben we dat te danken aan Van der Pot, die het in 1932 heeft opgeschreven, onder invloed van Duitse positivistische rechtswetenschap. Ik denk dat die manier van kijken, gezien de realiteit van bestuurlijke machtsuitoefening, inmiddels wel door z'n hoeven is gezakt en dat we toe moeten naar een fundamenteel andere conceptualisatie van wat bestuur eigenlijk is, willen we ooit tot een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming komen dat aan het bestuur het juiste weerwerk biedt.

Mijn preadvies is gericht op problematisering. Ik geef vooral een probleem-analyse, en ik ben geen consultancybedrijf of een enorm conglomeraat aan ambtenaren: ik ben een eenvoudige wetenschapper die probeert te analyseren door welk kernprobleem al die gaten in de rechtsbescherming ontstaan waar we de afgelopen decennia steeds opnieuw tegenaan lopen. Nu gebeurt dat in het sociaal domein, maar straks weer ergens anders. Ik vind het mijn rol om de manier van kijken naar wat besturen eigenlijk is te problematiseren, zonder dat ik mij verplicht voel meteen met allerlei wetsvoorstellen en panklare concrete oplossingen te komen. Willen we ooit tot oplossingen komen, dan moeten we wel degelijk beginnen met een fatsoenlijke probleemanalyse. Als ik érgens tegen rebelleer, is het de achterhaalde conceptualisatie van wat besturen eigenlijk is. Pas als we van die conceptualisatie af zijn, kunnen we uiteindelijk tot fatsoenlijke oplossingen komen.

Raymond Schlössels

We blijven een beetje steken in het met elkaar eens zijn op een op zich belangrijk punt, maar we verschillen wel degelijk ook van mening. Ik betoog niet dat het besluit alfa en omega van het bestuursrecht is. Ik heb alleen gezegd dat in het bestuursrecht het besluit noodzakelijkerwijs een functie zal behouden. Dat we moeten reageren op andere vormen van besturen, in de contractuele sfeer en in de feitelijke sfeer van machtsuitoefening, staat voor mij buiten kijf, maar je kunt het besluit als zodanig volgens mij niet uit het systeem halen zonder dat het systeem zelf in elkaar stort. Ik zit niet direct op de lijn van het groeimodel van Frank van Ommeren, hoewel mijn ideeën daar wel enigszins tegenaan leunen. In ieder geval zie ik het volledig skippen van het besluitbegrip niet gebeuren. Dat is het punt dat ik wilde maken.

Lukas van den Berge

Deze dupliek van Raymond Schlössels geeft mij de gelegenheid een misverstand uit de wereld te helpen. Ik ben het helemaal met hem eens dat het besluit moet blijven; ik rebelleer tegen het idee dat het besluit de kern van het besturen is. Dat matcht namelijk niet met een realiteit waarin de overheid nu eens stuurt door besluiten te nemen, maar dan weer allerlei andere dingen doet. Ik noem als andere vormen waarin bestuurlijke macht kan worden uitgeoefend: het sluiten van prestatiecontracten, het uitbesteden van publieke taken aan private actoren en het stellen van doelen met monitoring op afstand. Zulke vormen van machtsuitoefening zijn tot een dominante en dwingende bestuursmodus geworden.

Schlössels: Als ik iets wil bouwen, kom ik toch heel hard in aanraking met een omgevingsvergunning, en dat blijft een besluit. Van den Berge komt met een interessante beschouwing, maar in het hedendaagse bestuursrecht zie ik volop en overal besluiten die gezag vertegenwoordigen.

Van den Berge: Onze voorzitter, Willemien den Ouden, heeft overtuigend beschreven hoe tegenwoordig allerlei subsidies worden uitgedeeld. Dat is in feite overheidsbestuur, maar er komt geen besluit aan te pas. Er is voor het stelsel ook helemaal geen aanknopingspunt. Er wordt overheidsmacht over ons uitgeoefend zonder dat er een aanknopingspunt is voor bestuurlijke rechtsbescherming.

Schlössels: Er zal toch een begrotingsbesluit moeten zijn? We gaan toch geen geld verdelen zonder dat daarover besluitvorming heeft plaatsgevonden?

Van den Berge: Er kan een algemene regeling zijn, er kan een stichting worden opgericht. Er zijn alternatieve manieren.

Voorzitter: Dit punt is wel duidelijk, lijkt me. Het laatste woord is hierover nog niet gezegd.

Michiel Scheltema⁷

Ik kom natuurlijk sterk in de verleiding de discussie over het besluitbegrip voort te zetten, maar dat zal ik niet doen. Graag wil ik mijn waardering voor het preadvies uitspreken. Lukas van den Berge heeft zojuist zelf al enigszins uiteengezet wat zijn bedoeling is: goed nadenken over de ontwikkeling die het bestuursrecht doormaakt en op een zekere afstand, zonder te snel achter idealen of mooie dingen aan te lopen, kritische kanttekeningen plaatsen. Veel van de gedachten die hij naar voren heeft gebracht, onderschrijf ik graag.

Ook van mijn kant komt er nu een kritische kanttekening. Op bladzijde 19 van zijn preadvies schrijft Lukas dat ik achter het ideaal van een responsieve rechtsstaat aanloop zonder ook maar enigszins duidelijk te maken hoe de waarden van het autonome recht daarin kunnen worden verwezenlijkt. Dat trek ik mij uiteraard aan, maar het maakt ook direct duidelijk op welk punt ik het niet met de preadviseur eens ben. Als waarden van het autonome recht noemt hij gelijkheid, rechtszekerheid en andere fundamentele beginselen die wij in het recht hebben opgenomen. Zijn idee is dat maatwerk dat dichter bij de betrokken persoon komt, die waarden verloren dreigt te doen gaan, waarmee een inherente spanning optreedt die moeilijk op te lossen is. Dat ben ik niet met hem eens.

Mijn standpunt wil ik uitleggen aan de hand van iets heel anders. Een tijdje geleden heb ik een reisje gemaakt naar een toen nog communistisch land in Oost-Europa, en daar verloor ik mijn bril. Dat was geen probleem, want er waren staatsopticiens die in staat waren brillen te verschaffen. Daar heb ik een bril kunnen kopen, maar

⁷ Erelid van de VAR, tevens emeritus-hoogleraar staats- en bestuursrecht en voormalig regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht.

wat mij opviel was dat die winkels slechts één montuur verkochten. Of je hoofd nu dik of dun was, of je ogen scheef of recht stonden, het was allemaal één montuur. En inderdaad: vanuit de overheid gezien was dat een heel gelijke behandeling. Iedereen kreeg precies hetzelfde montuur en moest daarmee maar uit de voeten. Je zou kunnen zeggen: de overheid heeft zich een beeld van het standaardhoofd van de burger gevormd en heeft daar haar werkzaamheden op toegespitst. De burgers zelf, met name degenen met een nogal afwijkend hoofd, voelen zich daarmee niet allemaal gelijk behandeld.

Op die manier zouden we ook moeten kijken naar de overgang van het autonome naar het responsieve recht. Als je het gelijkheidsbeginsel op laten we zeggen de autonome manier toepast, kom je bij dat identieke montuur terecht. Ik noem hier het voorbeeld van de boetes die we met hard rijden allemaal wel eens krijgen, in het bijzonder met het oog op wat er gebeurt als je niet op tijd betaalt. In zo'n geval worden de boetebedragen in een heel snel tempo verdubbeld. Hoe komt dat? De regelgever heeft gedacht aan iemand die een boete moet betalen en die daar eigenlijk geen zin in heeft of niet snel genoeg betaalt. Iedereen moet gelijk worden behandeld, want de regels moeten voor iedereen op dezelfde manier worden toegepast.

Dat klinkt heel aardig, maar als je je dan de verschillende burgers in concreto voorstelt, kom je tot een ander beeld. Misschien is er een burger die met corona op de *intensive care* ligt en niet op tijd kon betalen. Een andere burger heeft bijvoorbeeld, om met de WRR te spreken, weinig doenvermogen, en weer een ander heeft wellicht net z'n baan verloren, zodat hij eenvoudig het geld niet heeft om zo snel te betalen. Toepassing van het autonome gelijkheidsbeginsel leidt dan in feite niet meer tot gelijkheid.

Als je meer naar de responsieve kant gaat, betekent dat niet dat je afstand tot gelijkheid of in voorkomend geval tot rechtszekerheid moet nemen. Wél moet je – zoals Lukas al in zijn inleiding zei – deze bestuursrechtelijke begrippen opnieuw gaan doordenken en moet je in zo'n snelheidsboetegeval nagaan hoe je in de nieuwe situatie tot gelijkheid kunt komen. Dat is niet een inherente spanning waarbij je de begrippen van het autonome recht verliest. Integendeel: je moet die begrippen op een andere manier vormgeven en als je dat bijvoorbeeld bij het gelijkheidsbeginsel niet doet, breng je in feite niet echt gelijkheid. Ik bespeur geen inherente spanning, maar ik zie wel een opgave in de verdere gedachtevorming.

Hiermee heb ik aangegeven wat ik anders denk te zien dan Lukas. Tegen die achtergrond hoop ik dat de laatste zin van het preadvies een toekomstvoorspelling inhoudt die niet zal uitkomen.⁸

8 In zijn slotparagraaf maakt Van den Berge onderscheid tussen 'de legitimiteit van de afstand' en 'de legitimiteit van de nabijheid'. Hij eindigt vervolgens het preadvies met: 'Tussen deze twee bronnen van legitimiteit bestaat een onoverbrugbare spanning. Een behandeling zonder aanzien des persoons gaat nu eenmaal ten koste van een behandeling met aanzien des persoons en andersom. De theorie van het responsieve recht biedt geen harmonieuze balans of geheimzinnige bezweringsformule die aan die spanning een einde kan maken. Ook de responsieve rechtsstaat van Michiel Scheltema zal ons er niet van kunnen verlossen.'

Lukas van den Berge

Met ontzettend veel plezier heb ik naar de interventie van Michiel Scheltema geluisterd, en ik vrees dat we het helemaal eens zullen zijn. Een grote gelijkenis met de interventie van Raymond Schlössels!

Scheltema: Jij hebt het over een spanning die niet op te lossen is, terwijl ik die spanning veel minder zie! Ik denk dat er toch wel enig verschil van mening is.

Van den Berge: Ik zal mijn opmerking uitleggen, aan de hand van iets wat ik zelf een mooi beeld vind. Nonet en Selznick – ik haal ze in mijn preadvies aan – spreken van autonoom recht. Je zou kunnen zeggen dat we hier te maken hebben met het idee van onpersoonlijke regeltoepassing, objectiviteit, neutraliteit, formele rechtsgelijkheid en wat dies meer zij. Dit is het Oost-Europese of eenvormige model waarover Scheltema zojuist heeft gesproken. Ik ben natuurlijk helemaal geen voorstander van dat model – daar gaat het helemaal niet om – ik ben het er integendeel helemaal mee eens dat het gelijkheidsbeginsel juist soms vereist dat je naar verschillen kijkt, maar ik zie wel een onoplosbare spanning tussen een formele visie op het gelijkheidsbeginsel aan de ene kant en een materiële visie op het gelijkheidsbeginsel aan de andere kant. Er is gewoon een fundamentele spanning tussen het idee dat je algemene regels nodig hebt en het zoeken van nabijheid tot de omstandigheden van het geval. We moeten een rechtsstelsel hebben dat een zekere afstand bewaart ten opzichte van de feiten uit de werkelijkheid, maar ik vind het, met een privaatrechtelijke terminologie, ook heel goed dat er in het bestuursrecht steeds meer aandacht is voor de concrete omstandigheden van het geval. Daar doemt dan vervolgens een probleem op waarover in het privaatrecht vaak wordt gezegd dat je niet met alle omstandigheden van alle gevallen rekening kunt houden. Je blijft zitten met een spanning. Het recht zal altijd de noodzaak hebben om dingen die niet gelijk zijn wel over een kam te scheren, omdat er anders voor elk particulier geval een andere regel moet zijn, met als gevolg dat er geen regels meer over zijn. Er moet een zekere afstand ten opzichte van de concrete realiteit worden bewaard, maar natuurlijk niet een te grote afstand.

Als ik dit aan studenten probeer uit te leggen, gebruik ik soms het beeld van de geblinddoekte Vrouwe Justitia. Dat beeld geeft vorm aan het oude idee dat we in het recht met opzet allerlei dingen niet zien omdat we onpersoonlijk, neutraal en objectief willen zijn en mensen formeel gelijk willen behandelen. In het bestuursrecht hebben we nu te maken met een verschuiving die in het privaatrecht al veel eerder heeft plaatsgevonden. Je hoort nu het geluid dat het bestuursrecht zich die blinddoek eens van het hoofd zou moeten rukken en naar concrete verschillen tussen mensen zou moeten kijken. Ik denk dan onder meer aan de affaire met de terugvordering van kinderopvangtoeslag, waarover Scheltema uitgebreid heeft geschreven. Met zijn visie daarop ben ik het helemaal eens, maar er zijn grenzen aan het verlangen om aan elk afzonderlijk geval volledig recht te doen. Ergens blijft er een spanning, ook als je nadenkt over het gelijkheidsbeginsel. Er blijft spanning tussen een formele benadering van dat beginsel aan de ene kant en een materiële visie op dat beginsel aan de andere kant, een onoplosbare spanning tussen regelgeleide en casuïstische rechtsvinding, waarmee we blijvend te maken zullen hebben. Ik volg

wat dit betreft – theoretisch – bijvoorbeeld Paul Scholten, die heel mooi uitlegt dat we enerzijds te maken hebben met de systeemkant van het recht en anderzijds met de *ius in causa positum*-gedachte, de gedachte dat het recht zich moet richten op gerechtigheid in het concrete geval. Je kunt deze beide benaderingen nooit allebei tegelijkertijd volledig recht doen. Ergens houdt een juridisch oordeel een beslissing in, een keuze tussen het een en het ander, waarbij je nooit alles tegelijk kunt hebben. Dat is wat ik bedoel met ‘Corendon-recht’: alles inclusief bestaat niet.⁹ Een juridisch oordeel vergt een beslissing die ook ergens pijn doet, óf aan de systeemkant van het recht, óf aan de kant van particuliere gerechtigheid. Een oplossing die niet problematisch is, die verder nergens pijn doet, bestaat niet. Een bewustzijn van de spanning waar ik het nu over heb, is wat ik onder andere mis in de huidige discussies over responsief bestuursrecht. Ik denk dat het nodig is je van die spanning bewust te zijn. Je moet je bewust zijn van het kernprobleem van het recht dat we niet van ons af kunnen schudden.

Voorzitter: Wat zou er in de ontwikkelingen met het oog op responsiviteit die nu aan de gang zijn anders lopen wanneer de betrokkenen zich van die spanning, dat kernprobleem dat jij zo prominent op de agenda zet, beter bewust zouden zijn? Welke maatregel zou dan wel of niet zijn genomen?

Van den Berge: Als belang van het problematiseren van de responsieve benadering zie ik dat die benadering een manier van kijken naar het recht kan zijn waarmee overheden hun eigen ding kunnen gaan doen. Ik ben groot voorstander van het relativeren van het belang van vormen en het vooropstellen van sociale doelen. De responsieve benadering is een manier van kijken naar het recht. Maar als je in plaats van regels belangen vooropstelt en als je in plaats van naar juridische vormen naar sociale doelen kijkt, houdt dat het gevaar van instrumentalisme in. Sommige overheden zal het heel goed uitkomen dat ze op deze manier hun beleid kunnen doordrukken. De balans tussen informalisering en relativering van het belang van juridische vormen aan de ene kant en functionalisme en instrumentalisme aan de andere kant is precair. Daar ligt het grootste gevaar dat ik in de huidige ontwikkeling van het bestuursrecht zie. Daarvoor wil ik het meest waarschuwen.

Voorzitter: Zie jij dat gevaar ook, Michiel?

Scheltema: Dat gevaar kun je altijd wel een beetje zien. Ik vind het heel goed dat Lukas erop wijst. Af en toe zie je inderdaad dat de overheid met een mooi bedacht idee gaat weglopen. Maar ik zie ook pogingen van de kant van sommige overheden om de dingen anders en beter te doen. Die pogingen zou Lukas serieuzer kunnen nemen.

In het verband van informalisering en meer nabijheid wil ik er nog eens op wijzen dat een tot het formele systeem behorend gelijkheidsbeginsel een hoge mate van ongelijkheid kan opleveren. De waarden van het autonome systeem kunnen,

9 Zie noot 4.

zoals we bij de kinderopvangtoeslagenaffaire hebben gezien, in de praktijk heel destructief werken. We moeten de betekenis van die waarden in de praktijk niet overschatten. Er kunnen in het autonome systeem evenzeer problemen optreden, en misschien nog wel méér dan in het responsieve systeem.

Van den Berge: Ik stem opnieuw helemaal in, maar Michiel Scheltema lijkt mij te cynisch te vinden. In zijn ogen overdrijf ik de kritiek en doe ik alsof alle vernieuwingsbewegingen bij de overheid en de rechterlijke macht op een soort instrumentalisme neerkomen. Maar zo kijk ik er helemaal niet naar! Ik probeer kritisch te zijn zonder te vervallen in een zwartgallig cynisme. Met wat jij, Michiel, schrijft over bijvoorbeeld die meer indringende toets aan het evenredigheidsbeginsel ben ik het helemaal eens, maar ik wantrouw het een beetje als de tendens van informalisering door overheden wordt benut om doelen voorop te stellen en vormen te relativeren. Ook ik vind bepaalde doelen heel belangrijk, en ik ben helemaal voor het beginsel van de dienende overheid: niet alleen maar *government of the people* maar ook *for the people*. Het belang daarvan wil ik helemaal niet relativeren, evenmin als het belang van bezuinigingen in het sociaal domein. Dat zijn allemaal *points taken*.

Voorzitter: Zie jij kansen om die twee dingen met elkaar te verzoenen? Zie jij zelf kansen om het streven naar meer maatwerk en meer responsiviteit bij de overheid te verzoenen met jouw angst dat het belang van de vormen van de rechtsstaat in het gedrang komt?

Van den Berge: Als je met begrippen als responsiviteit gaat werken, is het volgens mij van belang het boek van Nonet en Selznick¹⁰ te lezen waarover ik in mijn preadvies heb geschreven. Zij benadrukken steeds dat je bij het aanhangen van zo'n responsief paradigma echt op eieren loopt, waarbij je een heel preciaire balans moet bewaren. Er doen zich heel grote risico's voor. Het besef van hoe precair de responsieve benadering is, mis ik eigenlijk ten enenmale in de discussie over responsief bestuursrecht zoals die tot nog toe wordt gevoerd. Ik vind dat we machtskritisch moeten zijn zonder te vervallen tot alleen maar tegendenken en cynisme in de zin van 'de overheid probeert ons eronder te houden'. Ik geloof wel degelijk in de goede bedoelingen van al deze vernieuwingsprogramma's...

Voorzitter: Je waarschuwt er dus voor dat een repressief optreden van de overheid het gevolg zou kunnen zijn van te veel nadruk op responsiviteit.

Van den Berge: Er zijn grote risico's als voor de overheid of de rechterlijke macht het uitgangspunt wordt dat het eigenlijk niet om 'die regeltjes' gaat, maar om doelen en belangen. Ook ik vind het goed als sociale doelen worden nagestreefd, want het recht is er voor de maatschappij en niet andersom. Ik zeg dan *point taken*, maar er is een heel dun evenwichtskoord. Die preciaire balans moet je wel heel goed in de gaten houden als je niet terecht wilt komen in een eenzijdig functionalisme.

¹⁰ Ph. Nonet en Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 (eerste editie 1978).

Voorzitter: Michiel, misschien zou jij ter afsluiting van dit blokje nog nader kunnen reageren?

Scheltema: Ik denk dat we het in belangrijke mate eigenlijk wel eens zijn. Je moet natuurlijk kritisch zijn ten opzichte van de nieuwe ontwikkelingen, maar zo af en toe denk ik: als je té kritisch bent, komen die nieuwe ontwikkelingen er helemaal niet. Het is wenselijk ook de goede kanten ervan voldoende te zien. Dat neemt niet weg dat zo'n soort preadvies als Lukas geschreven heeft een belangrijke bijdrage levert tot het verder brengen van het denken.

André Verburg¹¹

Een compliment aan Lukas van den Berge voor zijn preadvies 'Responsief bestuursrecht'! Steven Pinker schrijft in zijn *The Sense of Style* dat je moet schrijven in wat hij 'the classic style' noemt. Een van de kenmerken daarvan is: zo veel mogelijk schrijven over de concrete dingen in de wereld. Lukas heeft eerlijk gezegd vooral een voorkeur voor abstracte begrippen, maar toch is zijn preadvies heel helder. Bovendien – dat is een ander kenmerk van 'the classic style' – denk ik als ik een tekst van Lukas lees altijd dat ik met hem in gesprek ben. Soms moet ik een tijdje langzamer lezen, maar het voelt als een gesprek. Veel lof!

Mijn interventie draait in zijn geheel om één kwestie, die ik uitwerk met tweeëneenhalf kort item. Die ene kwestie begint bij de gedachte dat zodra iemand in het gezelschap van bestuursrechtjuristen voor maatwerk c.q. responsiviteit pleit, altijd een waarschuwende vinger wordt geheven: pas toch op voor de rechtszekerheid, pas toch op voor de rechtsgelijkheid! Mijn bijdrage wordt in dit opzicht geen breuk ten opzichte van de bijdragen van vorige sprekers.

Bij zo'n waarschuwing is mijn gedachte telkens: dat zijn heel mooie beginselen, maar geen 'eindselen'. Zoals gezegd ga ik dit uitwerken in tweeëneenhalf item. Waarom tweeëneenhalf? Ik had eigenlijk aan drie items gedacht, maar de tweede daarvan was eigenlijk alleen maar mijn interpretatie van wat Van der Hoeven in 1989 vond dat wij in 2020 moesten gaan doen, en aan het eind daarvan de flauwe vraag: vindt de geachte preadviseur dat ook? Omdat ik dat geen leuke vraag vond, is item 2 nu gehalveerd tot een opmaatje voor item 3.

1. Lukas typeert responsiviteit als een juichwoord, een hoerabegrip, waarmee hij zoiets bedoelt als: het klinkt wel leuk, maar het is eigenlijk heel gevaarlijk. Dit kwam ook tot uiting in de gedachtewisseling in deze sessie tot nu toe. Ook hier weer de waarschuwing 'pas toch op voor de rechtszekerheid, pas toch op voor de rechtsgelijkheid!'. De kwalificaties 'juichwoord' en 'hoerabegrip' zijn geen vorm van argumentatie, maar scheppen eigenlijk meer een bepaald sfeertje. Dus, Lukas, welke rol spelen die kwalificaties nu in jouw preadvies? De reden dat ik hiernaar vraag, is dat er volgens mij een breuklijn door het preadvies loopt, namelijk tussen de paragrafen 1 tot en met 4 enerzijds en 5 en 6 anderzijds. De paragrafen 3, 4 en 5 vormen de kern van het onderzoek,

¹¹ Staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

met een micro-, meso- en macroniveau. Ik heb het preadvies nu deze week voor de tweede keer gelezen en ik kom telkens op de signalering dat in paragraaf 5 ineens wordt overgeschakeld van een heel kritische toon op 'meejuichen', met name bij de bespreking van besluitcentrisme en de toetsing op maat. Op zich verwelkom ik Lukas' benadering hier zeer: we zitten op dezelfde tribune, maar ik ben wel benieuwd naar de weegschaal in zijn hoofd. Wat is zijn balans, nu hij zowel kritisch is op meer responsiviteit als kiest voor het toelaten van meer responsiviteit?

2. Lukas verwijst geregeld naar de klassieker van Van der Hoeven uit 1989, *Drie dimensies van het bestuursrecht*. Ik zie diens beschrijving als één permanente lijn van emancipatie van de burger. Daarbij wordt de aandacht voor de burger steeds fijnmaziger. Hier gaat het mij om die toenemende fijnmazigheid, die dan waarschijnlijk logischerwijs uitmondt in responsiviteit. De vrees voor de druk op rechtszekerheid en -gelijkheid is begrijpelijk en zeker ook voor een deel terecht, maar vormt volgens mij geen definitief antwoord meer.
3. Dit item gaat over de vraag hoe we de systeem- en leefwerelden moeten verenigen. Hoe gaan we om met de waarschuwende vinger die wordt geheven als voor responsiviteit wordt gepleit? Responsiviteit is hierbij de leefwereld en rechtszekerheid en -gelijkheid de systeemwereld. In mijn proefschrift heb ik in navolging van het proefschrift van Iris van Domselaar, *The Fragility of Rightness*, vooral een deugdenethische weg gevolgd. Bij een dergelijke aanpak kom je tot de conclusie dat algemene regels eigenlijk als papa's jas om een klein kind zitten: ze zijn veel te ruim. Bij een deugdenethische benadering focus je op wat zich hier en nu aandient, en je bespreekt in dat kader ook het concept van de *civic friend*. Iris van Domselaar en ik redeneren daarbij in feite één kant op, door algemene regels terug te dringen naar de plek die hun toekomst en ze niet dominant te laten zijn.

Recentelijk las ik de scriptie van Lise Mitsinga.¹² Zij bewandelt daarin de omgekeerde richting, door niet de verwachting van wat algemene regels kunnen brengen te temperen, maar de responsiviteit op te waarden naar systematische arbeid. Daarbij hanteert ze een *common law principle*, genaamd *principle against fettering of discretion*, en vraagt zich af welke plek dit beginsel in het Nederlands bestuursprocesrecht kan krijgen. Het *principle* vergt dat een bestuursorgaan in de uitoefening van een hem toekomende discretionaire bevoegdheid beleidsregels niet blindelings mag toepassen maar maatwerk moet leveren. De eerste grondslag die zij daarvoor bespreekt, is de bedoeling van de wetgever, die soms flexibiliteit bij de uitvoerende macht vergt en dan tot een uitzonderlijke beslissing noopt. De tweede grondslag ligt meer in de pragmatische sfeer: het voorkomen van fouten vergt een flexibiliteit waarbij de beslissende ambtenaar gewoon kan kijken wat zich aandient. Hierin is te herkennen dat de ambtenaar en vervolgens ook de rechter juist de precieze details van het geval moet onderscheiden om de goede beslissing te

12 Naar een responsieve rechtsstaat Een onderzoek naar de principle against fettering of discretion ten behoeve van responsiviteit en maatwerk bij de opstelling, toepassing en toetsing van beleidsregels, Master-scriptie Staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden, 2020.

nemen. Naarmate je meer onderscheidt, kun je als het ware meer op de millimeter beslissen.

Lise Mitsinga geeft in haar scriptie aan welke beslisriteria in verband met het *principle against fettering of discretion* zouden kunnen worden gehanteerd. Deze criteria heb ik gisteren aan Lukas van den Berge gemaïld. Ik ga ze nu niet opsommen, maar hoop wel dat hij ze in zijn reactie kan betrekken; op mijn beeldscherm zie ik hem knikken. Mijn vraag aan hem is: kunnen we met deze benadering de aandacht voor responsiviteit systematiseren? Van sommige dingen kunnen we zeggen dat we die al doen, andere dingen krijgen nu minder aandacht. Hoe staat Lukas hier-tegenover?

Het mooiste van de synthese die Lise Mitsinga wil bereiken, vind ik het volgende. Als je op de door haar beschreven manier verschillen kunt onderscheiden, is er eigenlijk geen spanning meer tussen aandacht voor responsiviteit enerzijds en rechtszekerheid/rechtsgelijkheid anderzijds. Zo ontmoeten de deugdenethische benadering van Iris van Domselaar en Lise Mitsinga's benadering elkaar. Heel graag hierop de reactie van Lukas.

Lukas van den Berge

Ik geloof dat Lise Mitsinga aan deze videosessie deelneemt en ik merk dat dit wordt bevestigd. Het zou mooi zijn als zij zich straks ook nog in de discussie kan mengen.

Mijn reactie op de interventie van André Verburg is als volgt. In het bestuursrecht hebben we tot mijn grote vreugde iets bereikt wat in het burgerlijk recht sinds Paul Scholten al *gefundenes Fressen* was. Wanneer iemand, bijvoorbeeld als rechter, een oordeel over een bepaald probleem velt, kan zo'n beslisser zich niet verschuilen achter een regeltje, maar moet kunnen worden aangegeven welke algemene regel op het concrete geval wordt toegepast, terwijl met die regel zelf het oordeel nog niet is geveld. Ook als die toepassing in technisch opzicht een kwestie van appeltje-eitje is, moet de beslisser kunnen zeggen: ik ga deze regel in dit geval toepassen, hier sta ik, ik kan niet anders, dit is mijn beslissing. Maar als de regel in een concreet geval onrechtvaardig uitpakt, moet het mogelijk zijn dat de beslisser, bijvoorbeeld een rechter, na aan de systeemkant van het recht te hebben geconstateerd dat een algemene regel geldt, te kennen geeft die regel in het concrete geval niet te zullen toepassen omdat toepassing gezien de concrete omstandigheden van het geval onrechtvaardig zou uitpakken. Ik denk dat we daarvoor helemaal geen artikel 3:4a Awb nodig hebben en ik hoop dat het bestuursrecht naar een rechtscultuur toe beweegt waarin zoiets normaal is. Ook dit is iets waarvoor ik sterk pleit.

Dit brengt mij op de responsiviteit als juichwoord. We moeten beseffen dat niet-toepassing van een regel in bepaalde concrete omstandigheden pijn doet aan de systeemkant van het recht. Kiest de beslisser voor de systeemkant van het recht, onder het motto 'ik kan niet anders, dit is mijn beslissing', dan doet dat omgekeerd pijn aan de kant van individuele gerechtigheid. Dit is nu volgens mij precies het probleem waarover Iris van Domselaar heeft geschreven; in haar boek, dat niet voor niets *The Fragility of Rightness* heet, wijst ze er geregeld op dat juridische beslissingen pijn doen, linksom of rechtsom. Probleemloze juridische beslissingen bestaan niet. Er is alleen een rechtscultuur nodig waarin beslissers zich niet achter de regeltjes verschuilen en zich niet beperken tot wat ik altijd 'basisrechtspraak' noem:

ik heb het niet gedaan, de regels hebben het gedaan! In de rechtscultuur waarop ik hoop, wordt onpersoonlijke regeltoepassing niet meer als alleenzalmakend gezien, maar kan in een bepaald geval een regel buiten toepassing worden gelaten en wordt daarbij niet net gedaan alsof dat nergens pijn doet; het doet namelijk pijn aan de systeemkant van het recht.

Waar komen we nu, hopen op die nieuwe rechtscultuur, vandaan? We komen van een autonome rechtsopvatting, een klassiek-rechtsstatelijk concept; Michiel Scheltema spreekt met enig dedain van een bureaucratische rechtsstaat en je zou ook de term paarsekrokodillenbestuursrecht kunnen gebruiken. Het grootste probleem van dat model is een zeker formalisme, met een cultuur van het zich verschuilen achter regels. We zien dat heel sterk in de leer van de marginale toetsing. Van dat model nemen we langzamerhand afscheid, maar het model dat ervoor in de plaats komt heeft zijn eigen problemen. Dat is wat ik probeer te agenderen. Daarom zeg ik dat het nieuwe paradigma niet onder de vlag 'responsiviteit' als juichwoord vaart. Het gaat om een stijl van juridische ordening, een manier van kijken naar het recht, een meer op de omstandigheden van het geval georiënteerde rechtsopvatting die haar eigen problemen met zich brengt. Als ik dat constateer, wil ik daarmee niet zeggen dat ik erop tegen ben.

André Verburg en ik zitten, zoals hij dat zei, op dezelfde tribune: we zijn medestanders. Hij is daarbij misschien een burgervriend, maar ik ben van het responsieve model een kritische vriend. Wat ik heb geprobeerd te doen in mijn preadvies is de responsieve gedachte van Michiel Scheltema en van André Verburg, samen met de nieuwe zaaksbehandeling en al die andere prachtige vernieuwingsbewegingen, van binnenuit kritisch te doordenken, juist om ze meer bestand te maken tegen mogelijk misbruik voor een eenzijdig fundamentalistische en instrumentalistische benadering.

Iris van Domselaar schrijft over het idee dat het recht resultaat is van verschillende waarden. Wie zegt dat het beginsel van de dienende overheid ook bij de essentie van de rechtsstaat hoort, moet beseffen dat de rechtsstaat bestaat uit verschillende juridische waarden die onderling tegenstrijdig zijn. In dit verband heb ik enige kritiek op de titel van het proefschrift van André Verburg: de diverse juridische waarden kunnen nooit helemaal ten opzichte van elkaar in een probleemloze balans worden samengebracht. Iets soortgelijks geldt voor het proefschrift van Iris van Domselaar. Zij volgt een deugdenethische benadering, door te betogen dat de rechter diverse deugden moet beheersen. Hij heeft rechterlijke moed nodig, kennis van het regelsysteem en nog een aantal andere dingen. Ik praat daar wel eens met Iris over en dan wijs ik erop dat die deugden ook weer onderling tegenstrijdig zijn. Er geldt een aantal waarden die een rechter allemaal tegelijkertijd moet behartigen, maar waaraan nooit allemaal tegelijkertijd helemaal recht kan worden gedaan. Ik kom dan weer terug bij Paul Scholten: het is nodig dat er een rechtscultuur is waarbij een juridische beslisser – als ambtenaar, rechter of anderszins – zich ervan bewust moet zijn dat er twee mogelijkheden zijn: óf de regel wordt toegepast zoals hij is, met voorbijgaan aan de omstandigheden van het geval, óf de regel wordt buiten toepassing gelaten dan wel heel indringend aan het evenredigheidsbeginsel getoetst. In beide gevallen zou de beslisser moeten kunnen zeggen: dit is mijn beslissing en hier sta ik helemaal achter, maar ik realiseer me ook dat mijn beslissing problematisch is.

Voorzitter: Ik denk dat je dit punt wel gemaakt hebt. In de chat van deze sessie melden zich mensen die vervolgvragen willen stellen. Wil André Verburg nog kort reageren?

Verburg: Geef het woord vooral door!

Caroline Raat¹³

Bij responsiviteit in het recht geldt wat mij betreft dat je eigenlijk bezig bent een vrij wezensvreemd rechtssociologisch begrip in de juridische theorie te proppen. Dat gaat altijd wel een beetje wringen. Het concept *responsive law* is door Nonet en Selznick bedacht om een sociale ontwikkeling aan te geven en daar zit ook veel wensdenken bij. Je kunt het ook lezen als een politiek pamflet, waarmee overigens op zich niets mis is, maar wat we wel moeten beseffen. Deze auteurs waren van de zogenoemde communitaristische school. In Nederland is dat vooral een christen-democratisch begrip, maar in Amerika waren de aanhangers van die school socialisten. In het Amerika van die tijd was het heel revolutionair als je schreef dat het recht meer moet doen dan *law and order* handhaven, maar dat het er bijvoorbeeld ook is om sociale ongelijkheid te corrigeren.

Als ik zie hoe responsiviteit nu in het bestuursrecht wordt gepropageerd, dan denk ik: dit is gewoon heel iets anders! Dat geeft helemaal niks, maar we moeten het ons wel realiseren. In mijn proefschrift heb ik betoogd dat bij rechtsstatelijkheid aan de ene kant responsiviteit hoort, maar aan de andere kant ook altijd tegelijkertijd ouderwetse bureaucratische waarden als objectiviteit, onafhankelijkheid, afstandelijkheid en neutraliteit. Wanneer je die waarden loslaat, zet je de deur wagenwijd open voor willekeur en dat willen we met zijn allen niet. Eigenlijk kun je als organisatie, als ambtenaar, als rechter of als wetgever pas responsief zijn als je die bureaucratische waarden volledig beheerst. Ga je ze loslaten, dan begeef je je op drijfzand. Niet voor niets zijn deze waarden op een gegeven moment zo belangrijk geworden. Ze vormen een heel sterk beschermingsmechanisme tegen willekeurige machtsuitoefening door de overheid.

Voorzitter: Lukas knikt: hij is het helemaal met je eens. Hij vindt dus in jou een pleitbezorger.

Raat: Ik ben bang van wel. Ik probeer nu een vraag te formuleren in plaats van nog eens een pleidooi te houden. Vindt Lukas niet dat er een beter, puur juridisch begrip zou kunnen bestaan dan responsiviteit? Is er niet een rechtsbeginsel of een ander bestuursrechtelijk begrip dat veel beter beschrijft wat wij bestuursrechtjuristen met ons allen beogen?

Voorzitter: Met het oog op het tijdschema een korte reactie van Lukas.

¹³ Specialist staats- en bestuursrecht en rechtssociologie.

Lukas van den Berge

Caroline Raat vraagt aandacht voor de herkomst van de theorie van responsiviteit. Ook in de politieke theorie en in de bestuurskunde speelt dat begrip een rol. Ze heeft er helemaal gelijk in dat de *responsive law*-gedachte bij Nonet en Selznick georiënteerd is op sociale rechtvaardigheid. Het is dus een doelgeoriënteerde benadering, maar naar mijn idee heeft *responsive law* een bredere betekenis dan de socialerechtvaardigheidsgedachte die bij Nonet en Selznick zelf sterk op de voorgrond staat. Wat zij autonoom recht noemen, zet een knip tussen het recht aan de ene kant en de socialebelangenstrijd in de maatschappij aan de andere kant. Het recht wordt dan voorgesteld als iets dat losstaat van politiek, beleid, belangen et cetera: het gaat in het recht om onpersoonlijke regeltoepassing. *Responsive law* heet zo omdat het zijn voelsprietten uitsteekt naar wat er in de maatschappij leeft, bij wat er in de maatschappij nodig is, bij allerlei sociale belangen en bij sociale rechtvaardigheid. De term *responsive law* heeft een brede betekenis en geeft naar mijn mening aan dat moet worden aangesloten bij de sociale realiteit waarop het recht betrekking heeft. Het begrip omvat meer dan iets in de socialeacademiesfeer van de jaren zeventig, waar deze theorie misschien wel haar wortels heeft. Ik zie geen enkele noodzaak om tot een andere terminologie te komen, nog even afgezien van de speciale context waar de theorie vandaan komt.

Ymre Schuurmans¹⁴

Hebben we niet een nogal Nederlandse invulling van het begrip responsiviteit en gooien we maatwerk en responsiviteit niet te veel als twee termen op één grote hoop? De achtergrond van deze vraag is dat ik in het voorjaar een tijd in Zuid-Afrika heb gezeten, waar responsiviteit niet een vaag sociaal concept is, maar een publieke norm in de constitutie die je in het bestuursrecht prima kunt inroepen. Moeten we niet wat meer ons best doen om te kijken hoe responsiviteit ook een juridische notie kan zijn? Is het misschien niet iets anders dan alleen maar maatwerk?

In Zuid-Afrika gaat het ook wel om *individual justice*, maar daarnaast vooral om het centraal stellen van de belangen van de bevolking. Als je met een responsieve blik en een responsieve norm naar je bestuursrechtelijke normen kijkt, kun je misschien best een stuk verder komen. Om een beeld te geven van wat ik mij hierbij kan voorstellen wijs ik op artikel 7:12 Awb en op de manier waarop we omgaan met financiële besluiten. Die past misschien prima in het normenstelsel van de Awb, maar als je responsiviteit als rechtsnorm erop plakt, is een kritische beschouwing mogelijk. Als een overheid in al haar handelen de belangen van de burger centraal moet stellen, kun je je afvragen waarom we zo'n heel algemene uitzondering op de hoorplicht in bezwaar maken. Wat heeft dat nu precies met de belangen van de burger te maken, of heeft het eigenlijk vooral met de belangen van de overheid van doen?

¹⁴ Hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

Tegen de achtergrond van mijn beginvraag lijkt het mij goed ook heel kritisch naar onze Awb als geheel te kijken, niet alleen in het ene individuele geval, maar door ons af te vragen hoe we onze bestuursrechtelijke normen met een burgerperspectief kunnen invullen.

Lukas van den Berge

Ook met de interventie van Ymre Schuurmans ben ik het eigenlijk helemaal eens. Zonder een specialist op het gebied van de Zuid-Afrikaanse constitutie te zijn, vermoed ik dat responsiviteit in dat rechtsstelsel vooral wordt begrepen zoals in de politieke theorie en de bestuurskunde. In de politieke theorie betekent responsiviteit dat tot de overheid doordringt wat de mensen nodig hebben. Misschien komt dat wel enigszins overeen met wat Michiel Scheltema aanduidt als het beginsel van de dienende overheid. Dringen de noden van de bevolking een beetje door tot het politieke systeem en welke vormen van representatie heb je daarvoor dan nodig? In de bestuurskunde staat responsiviteit sterk in het teken van output en efficiency. In hoeverre is de overheid ertoe in staat dingen aan burgers te leveren die zij nodig hebben?

Ik denk dat deze twee vormen van responsiviteit ook doordringen in responsiviteit als juridisch begrip. Zoals ik responsiviteit begrijp, heeft het niet alleen te maken met maatwerk, maar ook met de mate waarin ons rechtsstelsel faciliteert dat de overheid een goede overheid voor de mensen kan zijn. Ik denk dan onder meer aan efficiënt besturen en aan het leveren van goede output. In die zin past juridische responsiviteit wel bij de notie van outputlegitimiteit. Het aspect van de presterende overheid vind ik wel degelijk van groot belang en ik denk dat we ook zeker een systeem nodig hebben dat voldoende faciliteert dat de overheid aan de noden van de samenleving tegemoet komt. Wél ben ik bevreesd voor een benadering van responsiviteit die de output en de efficiency van het overheidsbestuur centraal stelt.

Voorzitter: Dat is een mooie laatste zin! We hebben als programmapunt nog de opname van de bekendmaking van de winnaar van de VAR-scriptieprijs, en we hebben al veel tijd verbruikt. Bijna zijn we toe aan de afsluiting van de discussie, met een laatste interventie.

Liesbeth Berkouwer¹⁵

Als eenvoudige toepasser van het recht wil ik Lukas van den Berge, de eenvoudige wetenschapper, verleiden nog even in de richting van de toepassing te gaan. Ik heb hem in deze bijeenkomst heel vaak horen zeggen dat we ons bewust moeten zijn van allerlei spanningsvelden. Heeft hij op basis van eigen onderzoek of onderzoek van anderen kunnen vaststellen bij de toepassing van welke rechtsgebieden bestuursorganen dat bewustzijn van spanningsvelden nu vooral missen? Ik grijp

¹⁵ Advocaat bij Stibbe.

hiermee terug op de vraag die hier eerder is gesteld, namelijk waar het toe zou leiden als dat bewustzijn er meer zou zijn.

Lukas van den Berge

Bij het reageren op de interventie van Liesbeth Berkouwer neem ik het strafrecht als voorbeeld en zoek ik de analogie daarmee. Op dat rechtsgebied valt een roep om informalisering te bespeuren en is men bezig met de hervorming van het strafprocesrecht. In het strafrecht wordt door iedereen begrepen dat heel fundamentele discussies op hun plaats zijn. Dan gaat het, onder veel meer, om de vraag of slachtoffers al dan niet inspraak moeten hebben. Van belang is ook het idee dat de rechtvaardigheid van procedures niet per se hetzelfde is als ervaren procedurele rechtvaardigheid. Evenzo is een rechtvaardig bestuursprocesrecht niet per se een bestuursprocesrecht dat de mensen als rechtvaardig beleven doordat het tegemoetkomt aan de wensen en behoeften van burgers. Aan strafrechtjuristen hoeven we niet uit te leggen dat spreekrecht voor slachtoffers raakt aan fundamentele discussies en dat je over dat soort dingen eigenlijk een gesprek moet voeren dat je moeilijk uit de weg kunt gaan. Kijk ik naar het bestuursrecht als wetenschapsgebied – dat is het enige waarover ik echt kan oordelen – dan denk ik dat het bestuursrecht in dit opzicht nog een lange weg te gaan heeft, vergeleken met bijvoorbeeld het strafrecht en het privaatrecht.

Voorzitter: Ik ontvang een app-bericht van een technisch moderator van deze bijeenkomst – dat app-medium is een geheime *stream* naast onze sessie! – waarin duidelijk wordt dat we nog ruimte moeten maken voor één interventietje, namelijk van Lise Mitsinga.

Lise Mitsinga⁶

Lukas van den Berge sprak zojuist over een inherente spanning: rechtsbeginselen als het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zijn in zijn ogen eigenlijk niet te verenigen met responsiviteit. Nu onderkent het *principle against fettering of discretion* dat rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie enerzijds en responsiviteit anderzijds belangrijke waarden in de rechtsstaat zijn die naast elkaar kunnen bestaan, deels door het toestaan van algemene regels, deels door het stellen van eisen aan die regels. Denkt Lukas dat het overnemen in het Nederlandse bestuursrecht van de eisen die uit het *no fettering*-beginsel voortvloeien, de door hem gesignaleerde spanning zal wegnemen, of zal die spanning in zijn ogen blijven bestaan?

⁶ Werkzaam bij de Universiteit Leiden. Zie ook noot 14.

Lukas van den Berge

Deze vraag van Lise Mitsinga herinnert mij eraan dat ik in mijn reactie aan het adres van André Verburg iets ben vergeten te zeggen. Het idee dat je je moet inspannen om recht te doen aan de concrete omstandigheden van het geval is een kant van het recht die je niet kunt codificeren of systematiseren. Je zou kunnen zeggen: de onsystematische kant van het recht. André en naar ik meen ook Lise verwachten dat incorporatie van het *no fettering*-beginsel in ons bestuursrecht tot een oplossing van het probleem zal leiden, maar volgens mij kun je dit onsystematische aspect – Scholten spreekt van een irrationeel aspect – niet in regels vangen. Je weet niet wat voor uitzonderlijke omstandigheden zich kunnen voordoen waardoor een regel niet van toepassing zou moeten zijn.

Wat ik graag zou zien, is dat we dit soort beginselen – bijvoorbeeld het beginsel dat Lise noemt – in het bestuursrecht kunnen gaan hanteren zonder het perse onder te brengen in het systeem van het recht. Je zou een vergelijking kunnen maken met mijn reactie op het voorstel van Michiel Scheltema om een hardheidsclausule in de Awb in te voeren. Mij lijkt het wenselijk dat we bewegen naar een bestuursrechtelijke cultuur waarin het niet nodig is dit soort dingen in een systeem onder te brengen. In plaats van te proberen er via een algemene regel vat op te krijgen, kunnen we beter toegeven dat er omstandigheden kunnen zijn waarin we regels anders toepassen, niet toepassen, buiten toepassing laten of vatbaar voor een uitzondering laten zijn, zonder dat we het maken van die uitzondering vooraf willen vangen in systematisering of codificatie. Dat is namelijk niet mogelijk.

Bespreking van mr. dr. M.F. Vermaat,¹ Garbage in? Garbage Out! Maatwerk in het sociaal domein

Voorzitter: Bert Marseille

Voorzitter: Van harte welkom bij de bespreking van het preadvies van Matthijs Vermaat. Mijn naam is Bert Marseille, en ik ben hoogleraar bestuurskunde in Groningen. Aan mij is gevraagd deze bijeenkomst voor te zitten. Ik weet eigenlijk niet waarom, want ik ben wel lid maar geen functionaris van de VAR. Overigens vond ik het leuk dat ik ben gevraagd, en ik doe het heel graag.

Nog veel leuker is het volgende. Een van de mooiste dagen van 2019 was voor mij de dag dat ik hoorde dat Matthijs Vermaat een preadvies voor de VAR zou gaan schrijven over maatwerk in het sociaal domein. Hij is namelijk iemand die twee dingen combineert: hij heeft enorm veel zicht op het geheel in abstracto, het systeem, maar hij weet ook hoe de praktijk werkt. Wat mij betreft heeft hij een heel mooi preadvies geschreven en ik ben blij dat we daarover vanmiddag met veel belangstellenden en ook wel deskundigen gaan praten.

Aanstonds beginnen we met een video waarin Matthijs nog kort uitlegt wat hij in zijn preadvies heeft opgeschreven. Daarna laten we kort zijn stellingen zien, en we sluiten de behandeling van het preadvies na vrij ruime gelegenheid tot discussie af met stemmingen over de stellingen.

Inleiding door de preadviseur (eerder opgenomen)

De centrale vraag hoe maatwerk moet worden gerealiseerd, is eigenlijk makkelijk te beantwoorden: je moet gewoon doen wat de wetgever van je vraagt. De wetgever heeft immers in de wet keurig geregeld hoe je een onderzoek moet uitvoeren en dat dit dan uiteindelijk tot een passende bijdrage voor het individu leidt. Maar toch zijn er problemen; ik ga daarover straks wat meer zeggen. Voordat ik dat ga doen, is het verstandig even te bepalen wat maatwerk, met name in het verband van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), nu precies is. We spreken vandaag over het sociaal domein, een ruimer begrip dan het terrein van de Wmo. Ook de Jeugdwet (Jw) valt eronder, je zou daarnaast de schuldhulpverlening en de Participatiewet

¹ Advocaat te Amsterdam.

(Pw) eronder kunnen scharen, en misschien ook nog wel de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Wet langdurige zorg (Wlz) en andere wettelijke regelingen. Per gemeente kan men anders naar het sociaal domein kijken, maar veelal worden tot dat begrip de Jeugdwet, de Wmo en de Participatiewet gerekend. Het doel is dat een burger krijgt wat hij² nodig heeft.

Wat is nu in de Wmo ‘maatwerk’? Maatwerk moet ertoe leiden dat de burger kan participeren, dat hij zelfredzaam is en dat hij zo lang mogelijk zelfstandig kan wonen. Meedoen in de samenleving staat voorop, maar dat komt er niet altijd even gemakkelijk van. Met name als mensen ouder worden, stapelen de problemen zich langzamerhand op.

Een voorbeeld: een ouder iemand komt erachter dat het steeds moeilijker wordt de boodschappen geregeld te krijgen en te realiseren dat er eten op tafel staat, hij voelt zich eenzaam en ook het verplaatsen in de omgeving wordt steeds lastiger. De betrokkene meldt zich bij de gemeente met de vraag hoe het allemaal voor elkaar te krijgen. In het kader van de Wmo begint de procedure op die manier: je meldt je met een probleem. In het onderzoek dat vervolgens van start gaat, wordt, nadat de problematiek in kaart is gebracht, nagegaan wat betrokkene zelf kan, hoe met mensen uit de omgeving tot oplossingen kan worden gekomen en wat algemene voorzieningen kunnen betekenen. Pas aan het eind van het verhaal komt er eventueel een maatwerkvoorziening, waarvoor je dan nog een aparte aanvraag moet doen. Dit is allemaal niet zo slecht, maar de wetgever heeft hiermee de ambitie tot uiting gebracht dat maatwerkvoorzieningen – individuele aanspraken – pas aan het eind van het verhaal aan bod komen.

Belangrijk is dat het hele arrangement waartoe de cliënt en de gemeente samen moeten komen, een maatwerkoplossing vormt. De maatwerkvoorziening, bijvoorbeeld een scootmobiel, kan er onderdeel van uitmaken, maar alles moet maatwerk zijn. Zo niet, dan heeft de gemeente volgens de wetgever haar werk niet goed gedaan. In het voorbeeld dat ik net gaf, zou de uitkomst van het onderzoek, het gesprek aan de keukentafel, het volgende kunnen zijn:

- de boodschappen worden door de grootgrutter thuisbezorgd;
- maaltijden worden door Tafeltje Dek Je, Meals on Wheels of een andere organisatie verzorgd;
- eenzaamheidsbestrijding via het buurthuis waar ontmoetingsmogelijkheden zijn.

Langs deze weg is dan al een groot deel van de problematiek opgelost. Nu we het vervoerprobleem overhouden, kan het heel goed zijn dat de gemeente tot de conclusie komt dat het busje als maatwerkvoorziening de beste oplossing is. Of misschien moet er wel een scootmobiel komen. Wil je zo’n maatwerkvoorziening toegekend krijgen, dan moet je daarvoor een aanvraag indienen.

Maar is daarmee ook maatwerk geleverd? Dat is de vraag. Telt alleen het eindresultaat, of geldt ook dat de weg ernaartoe een vorm van maatwerk moet zijn? Het belangrijkste in dit verband is eigenlijk wel dat de betrokken meneer of mevrouw

2 Naar o.a. ‘iemand’, ‘de burger’ en ‘de rechter’ wordt in dit geredigeerd-woordelijke verslag met een genderneutraal bedoeld voornaamwoord ‘hij’ verwezen. Red.

zich gehoord moet voelen. De betrokkene moet het gevoel hebben dat het verhaal kon worden verteld. Een ander aspect is dat ook de kwaliteit van de uitvoering goed moet zijn. Als het busje niet op tijd rijdt of vaak te laat komt, zou je kunnen zeggen dat er geen maatwerk is geleverd.

Natuurlijk kan het zo zijn – en het is zelfs niet onwaarschijnlijk – dat de problemen langs de zojuist geschetste weg zijn opgelost. Het grootste gedeelte van de vraagstukken die bij de gemeente op het bordje komen, wordt keurig netjes opgelost, tot volle tevredenheid van de burger. Maar dat is niet altijd zo, en ik wil dan ook een paar problemen doornemen die bij het bieden van maatwerk kunnen ontstaan.

Een van die problemen, een probleem dat zich in het voortraject bevindt, is de onderlinge afstemming van de verschillende wetten. Veel mensen maken bijvoorbeeld gebruik van de Zvw als het gaat over geneeskundige zorg, bijvoorbeeld de wijkverpleging, maar maken ook gebruik van wat er in de Wmo aan ondersteuning wordt geboden. Die twee wetten zijn in zekere zin communicerende vaten. Nu is de bedoeling dat de gemeente en de zorgverzekeraar achter de schermen regelen dat de burger daar geen last van heeft terwijl hij wel krijgt wat hij nodig heeft, maar in de praktijk krijgen we met de kastje-muursituatie te maken: de gemeente verwijst naar de zorgverzekeraar en de zorgverzekeraar naar de gemeente, en de burger zit met de handen in het haar. Die onderlinge afstemming kan en moet beter.

Een tweede probleem is dat de burger vaak ten opzichte van de gemeentesconsulent niet in een gelijkwaardige positie zit. De gemeenteambtenaar heeft dagelijks met soortgelijke problemen van doen en is een *repeat player*. De burger is echter veelal een *single shooter* die voor het eerst komt kijken. Dat levert een zekere ongelijkheid in positie op. De wetgever heeft daarin voorzien door in de wet voor de gemeente de verplichting op te nemen om cliëntondersteuning beschikbaar te stellen. Het punt is alleen dat veel burgers daarvan geen weet hebben. Waarschijnlijk hebben gemeentes de goede bedoeling de burger van de ondersteuningsoptie op de hoogte te stellen, maar die optie is niet bekend. Ook dit moet zeker beter. De onafhankelijkheid laat nog wel eens te wensen over.

Het derde probleem is de rechtsbescherming. Wie in ogenschouw neemt welke wetten er allemaal zijn en door wie die worden uitgevoerd, ziet een enorme hoeveelheid bestuursorganen. De gemeente voert de Wmo, de Jeugdwet, de Participatiewet en de schuldhulpverlening uit, de zorgverzekeraar houdt zich bezig met de uitvoering van de Zvw en de Wlz, de zorgkantoren gaan over de persoonsgebonden budgetten (pgb's), het Centraal AdministratieKantoor (CAK) behartigt de eigen bijdrage, de Sociale VerzekeringsBank (SVB) betaalt dan weer de pgb's uit aan de hulpverleners et cetera, et cetera. Dit is lastig, zeker als je bedenkt dat Zvw en Wmo communicerende vaten zijn waarbij beide partijen zouden kunnen worden aangesproken. Het zou al een enorme verbetering zijn als de zorgverzekeraar met het oog op individuele rechten van burgers weer bestuursorgaan zou worden. Dan heb je bij de rechtsbescherming in ieder geval alles in één hand en kun je alles bij één rechter aanbrengen.

Een vierde probleem is de heel bijzondere procedure die de wetgever in de Wmo heeft opgenomen. Je begint niet met een aanvraag, zoals in de Jeugdwet of de Participatiewet, maar met een melding. Is dat erg? Nu, het is vooral lastig, want de melding is vormvrij, maar ligt buiten het bereik van de Awb. In de

aanmeldingsprocedure wordt het onderzoek gedaan en aan het eind kun je een aanvraag indienen. Dat moet je weten – het wordt vaak wel verteld – maar het is wel een extra stap. Daarnaast kan een gemeente heel veel tijd gebruiken om het onderzoek uit te voeren. Normaal gesproken kun je bij te lange duur van een onderzoek de gemeente in gebreke stellen en behoort een dwangsomprocedure tot de mogelijkheden. Bij de Wmo kan dat allemaal niet omdat de dwangsomprocedure alleen maar na een aanvraag van toepassing is en niet in de meldingsfase. Hierdoor wordt het voor de burger lastiger opereren. Het is veel beter de procedure net als vroeger gewoon weer met een aanvraag te beginnen en na goed onderzoek te laten eindigen met een besluit.

Een volgend probleem dat ik wil bespreken, is het zogeheten resultaatgericht indiceren. Er is bij gemeenten een enorme behoefte om zo min mogelijk besluiten te nemen en eigenlijk alleen maar dan besluiten te nemen als daar expliciet om wordt gevraagd. Uit de praktijk van de Jeugdwet is wel bekend dat met aanbieders wordt besproken wat iemand gaat krijgen en dat daarop geen specifiek besluit volgt, tenzij je een pgb zou willen. Lastiger nog is dat die besluiten, als ze worden genomen, vaak heel vaag zijn. Een berucht voorbeeld is dat iemand z'n huis niet meer schoon kan krijgen 'een schoon en leefbaar huis' toegekend krijgt. Wie wil zo'n huis niet, maar hoe wordt dat resultaat bereikt? De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft hier al eens een streep doorheen gezet. 'Een schoon en leefbaar huis', aldus de Raad, is veel te onbepaald, je moet vaststellen wat iemand naar aard en omvang nodig heeft. Het gaat dan om de soort ondersteuning en hoeveel uur daarmee gemoeid dient te zijn.

Deze uitspraak heeft nogal wat stof doen opwaaien, met name in gemeenteland, want daar wil men toch heel graag resultaatgericht indiceren. Het voordeel zou zijn dat heel snel kan worden opgeschaald, afgeschaald en geschakeld. Dat kan zijn, maar die souplesse kan ook op andere manieren worden bereikt. Toch is een wetsvoorstel in voorbereiding waarin het resultaatgericht indiceren wordt vastgelegd. Ik ben benieuwd, ik heb alleen in de consultatiefase van die voorbereiding kennisgenomen, maar ik ben hier niet heel gerust op. Ik denk dat het ook helemaal niet nodig is nieuwe wetgeving tot stand te brengen om resultaatgericht indiceren mogelijk te maken of tot maatwerk te komen. Alle oplossingen liggen volgens mij al in de huidige wet- en regelgeving besloten. Ik wijs bijvoorbeeld op het compensatiebeginsel dat in de Wmo zit en dat inhoudt dat men iemand altijd concreet moet bieden wat hij nodig heeft. In artikel 18 lid 1 Pw staat vervolgens de mogelijkheid om sterk te individualiseren. Ook de Awb is een wet die zo haar verplichtingen kent. Met name artikel 3:4 lid 2 Awb biedt mogelijkheden om in het individuele geval maatwerk te leveren.

Nog veel belangrijker is misschien dat wordt geïnvesteerd in de kwaliteit van de consulenten die het werk doen. Zij moeten enerzijds vertrouwen krijgen en anderzijds veel meer dan nu op de hoogte zijn van alle ins en outs van de regelgeving. Hierin is eigenlijk het vertrouwen het allerbelangrijkst: kwaliteit aan de balie en niet aan de achterkant van het onderzoek.

Laat ik mijn conclusies kort samenvatten:

- Schrap de meldingsprocedure.
- Versterk de cliëntondersteuning.
- Ga niet resultaatgericht indiceren (het is veel te vaag en biedt veel te weinig rechtszekerheid).
- Geef ambtenaren meer ruimte en oefen hen in het benutten daarvan.

Voorzitter: We laten na deze boeiende en knappe uiteenzetting de stellingen van Matthijs zien.

Stellingen Matthijs Vermaat

1. Eerst melden en dan aanvragen is een onding en zorgt voor onnodige ongelukken.
2. Met goede en onafhankelijke cliëntondersteuning wordt het vertrouwen in de overheid vergroot.
3. Wmo, Jeugdwet en Participatiewet bieden ook nu al voldoende ruimte voor maatwerk. Er is wel durf voor nodig om die ruimte te pakken. Ook bij de rechterlijke macht.
4. Integrale geschilbeslechting maakt een einde aan de versnippering van de rechtsbescherming.

Voorzitter: Over deze stellingen gaan we over een uur stemmen. Maar eerst zijn ze voorwerp van discussie, waarbij ik nu de eerste interveniënt het woord geef.

Gedachtewisseling

Frank Schulmer³

Ik feliciteer Matthijs Vermaat met zijn preadvies, dat heel interessant was om te lezen. Hier stel ik nu de twee vragen die het meest op het puntje van mijn tong liggen.

1. De preadviseur betoogt dat ook de weg naar het besluit toe uit maatwerk moet bestaan. In hoeverre heeft de bestuursrechter tools om dat te waarborgen? Hoe kan de bestuursrechter er een bijdrage toe leveren?
2. Gesteld dat het resultaat niet wordt bereikt, bijvoorbeeld doordat het busje te laat komt, hoe kan de bestuursrechter dan het resultaat bewaken?

Matthijs Vermaat

Eerst iets over het uit maatwerk opgebouwde onderzoek op weg naar de voorziening. Uit de Wmo-wetsgeschiedenis leid ik af dat de eindoplossing tot stand moet komen in goed overleg tussen de burger en de gemeente. Er komt een melding, je gaat eerst

³ Juridisch adviseur bij de Centrale Raad van Beroep.

in een informele setting overleggen en dan ga je kijken wat het beste bij de burger past. Nu kan het gebeuren dat de informele setting ouderwets gekleurd is en neerkomt op het afwerken van een afvinklijstje waar iets uit komt rollen. Dat is geen maatwerk. Zoals ik al eerder zei, moet de burger zich gehoord, serieus genomen en gelijkwaardig voelen. Als dat niet het geval is, kun je niet goed genoeg inventariseren wat de beste manier is om het voorliggende probleem op te lossen.

De bestuursrechter kan, als daartoe aanleiding is, constateren dat de klagende burger iets toegekend heeft gekregen waarmee hij niet tevreden is, en kan in dat verband willen weten hoe goed het bestuursorgaan zijn best heeft gedaan om het onderzoek te doen. Is op tijd kenbaar gemaakt dat de burger met een eigen plan kan komen, dat er cliëntondersteuning is et cetera, et cetera. Als die stappen goed zijn gezet – ze zijn geformuleerd in de bekende uitspraak van de CRvB –, kan de rechter goed verifiëren of er in de procedure maatwerk is betracht. Zeker als een burger geen rechtsbijstand heeft, is het de rol van de rechter actief naar zulke aspecten te vragen.

Als het busje niet op tijd komt of het huis niet schoon is, doet zich voor de bestuursrechter een moeilijker probleem voor. Zulke constatering betreft immers de uitvoering, een fase waarop de rechter niet zo veel greep heeft. Hij zou het bestuursorgaan kunnen vragen waaruit tegenover de klachten van de betrokkene dan eigenlijk blijkt dat het goed gaat, maar hij kan daarmee nog niet zo veel bereiken. Als het voorstel van Scheltema voor een wetswijziging erdoor komt, ligt een oplossing meer binnen bereik.

Voorzitter: Is soms niet het omgekeerde het geval? Frank en Matthijs lijken van gedachten te wisselen met als uitgangspunt dat de beoordeling niet breed genoeg is. Nadat iemand zich met een probleem heeft gemeld, kijkt de gemeente heel smal wat er aan de hand is. Van mijn kant heb ik weleens het gevoel dat er een risico van overkill kan zijn. Iemand wil bijvoorbeeld alleen maar een handgreep in de douche, maar vervolgens komt er een meneer of mevrouw aan de keukentafel zitten die het hele hebben en houwen van de melder uitvraagt. Of doet zich zoiets veel minder voor dan dat er juist te smal wordt gekeken?

Vermaat: Voor mij is dit een nogal lastig te beantwoorden vraag, want ik zit niet zo erg aan die keukentafel. Ik word er pas bij gehaald als er problemen zijn: als mensen niet krijgen wat ze willen hebben. In het bijzonder heb ik dan vaak te maken met mensen die een pgb willen. De brede groep van Wmo-cliënten ken ik niet zo. Uit onderzoek dat naar de gang van zaken aan de keukentafel is gedaan, komt overigens wel enigszins het beeld naar voren dat jij schetst. Soms vinden mensen inderdaad dat er een veel te ruim onderzoek in gang wordt gezet. Daar zit ook wel iets in, want de wetgever heeft beoogd dat alles op een rijtje wordt gezet. Maar als iemand meteen zegt dat het hem alleen om een aangepaste badkamer gaat, dan staat er weinig aan in de weg om het verder alleen bij de aanpassing van de badkamer te houden. Aan de andere kant: doorvragen is ook een kunst. Daarom is het juist zo belangrijk dat de kwaliteit aan de voorkant goed genoeg is. Als je je afvraagt of er een verkapte hulpvraag in het spel is, moet je daarop doorvragen. Het verschilt per geval.

Voorzitter: Dus ook hier weer een kwestie van maatwerk. Als je de betrokken ambtenaar bent, moet je kunnen aanvoelen: dit is het, of dit is het juist niet.

Eline Linthorst⁴

Ook mijnerzijds dank en felicitaties aan het adres van Matthijs. Hij heeft volgens mij knap weten in te zoomen op het microniveau van het positieve recht om de knelpunten op het punt van maatwerk inzichtelijk te maken. De verleiding is vaak groot het onderwerp groots te benaderen en maatwerk te beschrijven als een nieuw fenomeen dat allerlei spanningen met fundamentele waarden oproept. De preadviseur heeft ons weer met beide benen op de grond gezet. Zijn betoog heeft wel beschouwd een optimistische en bijna opbeurende teneur: als men de wet volgt, komt het met dat maatwerk wel goed!

Daarbij heb ik van mijn kant twijfels. Biedt ons huidige stelsel nu werkelijk voldoende gereedschap voor de uitvoering om de nieuwe manier van werken te volgen? En welke uitleg geven we daarbij aan het begrip maatwerk? Bepaalde knelpunten die in het preadvies worden genoemd, zijn naar mijn idee te relateren aan dubbelzinnigheid van de wetgever bij de uitleg van het maatwerkbegrip.

Ik noem een voorbeeld. Op bladzijde 81 van het preadvies lees ik: 'Het bieden van voldoende maatwerk houdt op daar waar de gemeente haar eigen keuzes maakt.' Gemeenten nemen vaak in hun verordeningen bepalingen over de goedkoopst adequate voorziening op, iets wat volgens regelgeving en jurisprudentie toegestaan is.

Een soortgelijke spanning zien we terug bij de verlening van pgb's. Enerzijds willen we dat er een passende ondersteuning komt en dat iemand wordt gecompenseerd, maar is dat mogelijk als tegelijkertijd een keuze voor de goedkoopst adequate voorziening vereist is? Soms is er voor de pgb-houder geen keuzevrijheid.

Matthijs Vermaat

Vanmorgen heb ik het mooie artikel van Eline Linthorst in het NTB gelezen. Ik ben dus helemaal bij! De vraagstelling gaat over de vraag of de wetgever dubbelzinnig is geweest.

Al heel lang wordt over het micro-, meso- en macroniveau maatwerk van gedachten gewisseld. Reeds onder de Wet voorzieningen gehandicapten heeft het Rathenau Instituut erop gewezen dat de doelstellingen van de overheid om via maatwerk tot individuele genoegdoening te komen op verschillende niveaus verschillend uitwerken. Voor de gemeente is bijvoorbeeld maatwerk dat de begroting sluitend is, en dat is iets heel anders dan maatwerk op microniveau.

De wetgever zit in een vergelijkbare spagaat. Aan de ene kant is het doel dat iedereen heel tevreden is en zijn problemen opgelost krijgt, maar de budgetten zijn niet eindeloos. Dat zie je heel mooi terug in het begrip 'goedkoopst adequaat'. Je kunt mensen voor hun vervoer een bruikleenauto geven, maar je kunt ook een busje laten rijden. Iedereen wil natuurlijk die auto, maar je krijgt het busje. Inschikkelijkheid is geboden, en daarmee is net niet helemaal sprake van maatwerk.

⁴ Onderzoeker en docent op het gebied recht en gezondheidszorg aan de Erasmus Universiteit.

Bij de persoonsgebonden budgetten zien we dit nog sterker terug. Pgb's zijn begrijpelijkerwijs gerelateerd aan wat het de gemeente kost, maar je hebt ook gemeenten die het heel mooi en goed voor zichzelf regelen, waarbij een rolstoel dan bijvoorbeeld € 1.000 kost. Vraagt iemand nu een pgb aan voor een wat ingewikkelder rolstoel die € 3.000 kost, dan krijgt hij toch maar € 1.000. Is dat dan maatwerk? Hier hebben we te maken met de wal die het schip keert. De rechtspraak heeft uitgemaakt dat de pgb-houder het heeft te doen voor wat het de gemeente en daarmee de gemeenschap kost, onder verwijzing naar het gegeven dat men niet verplicht is een pgb te nemen en dat een pgb-houder er zelf voor heeft gekozen. Wie voor een pgb kiest, heeft daarmee ook met de nadelen ervan te maken. Dat kan wel eens heel wrang zijn, maar strikt genomen is er wel sprake van maatwerk in het individuele geval als je in natura de rolstoel kunt krijgen die je nodig hebt. Als dat überhaupt niet kan, doet zich een heel andere situatie voor. Er kan dan niet worden geleverd en de betrokkene moet een budget krijgen waarmee hij een wél geschikte rolstoel kan aanschaffen.

Linthorst: Is Matthijs Vermaat het met mij eens dat het prettig zou zijn geweest als de wetgever minder om de hete brij had heen gedraaid? Er ligt gewoon een bezuinigingsopdracht en het lijkt alsof men zich daar niet aan heeft willen branden.

Vermaat: De regering heeft ons inderdaad destijds een streek geleverd door heel veel heel dure dingen naar de gemeenten over te hevelen en er vervolgens een efficiencykorting op toe te passen. Ergens in de memorie van toelichting staat dan dat men de goedkoopste adequate oplossing kan kiezen en dat deze toereikend zou moeten zijn. Als goede wetgever moet je zo iets niet ergens in de memorie van toelichting zetten. Een dergelijk criterium was in de oude Wmo opgenomen, maar je komt het in de nieuwe Wmo niet meer tegen.

Joke de Wit⁵

Ik sluit mij graag aan bij de complimenten van andere sprekers voor het preadvies. Matthijs Vermaat geeft een mooi overzicht van de huidige stand van zaken in het sociaal domein, waarbij hij de dingen die op dit moment nog niet goed lopen zeker niet uit de weg is gegaan. Wel moet mij van het hart dat ik van de titel niet direct enthousiast werd, maar deze heeft mij er niet van weerhouden te gaan lezen, en dat heb ik met veel plezier gedaan.

Voorzitter: Maar waarom was je niet direct enthousiast over de titel?

De Wit: Als het over vuilnis gaat, denk ik: vind ik dit nou leuk?

Aan het slot van het preadvies lezen we dat de gemeente zal moeten uitleggen dat de wet is toegepast zoals de wetgever deze heeft bedoeld. Eline Linthorst heeft al duidelijk gemaakt dat de bedoeling van de wetgever niet altijd even duidelijk uit de wet en de wetsgeschiedenis valt te destilleren, wat de vraag of deze bedoeling

5 Universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

eenduidig is natuurlijk direct rechtvaardigt. Het ontbreken van eenduidigheid zou ik graag nog wat verder problematiseren, en dan op een wat abstracter niveau. Ik doel nu op de eenduidigheid en congruentie van de diverse wetten in het sociaal domein, of misschien nog wat ruimer van het wettelijk systeem als geheel. In zijn preadvies geeft Matthijs Vermaat een voorbeeld van het niet vlekkeloos samengaan van de verschillende wetten die er in het sociaal domein zijn. Ik doel op de casus die op bladzijde 88 wordt beschreven, het geval van een bijstandsgerechtigde die op een zorgboerderij woont. Er blijkt een groot verschil te zijn tussen aan de ene kant de Participatiewet, die aan de uitvoering weinig ruimte laat, en aan de andere kant de Wmo, die veel ruimte voor een eigen invulling lijkt te bieden. In dat verband wijst Matthijs op artikel 18 lid 1 Pw, de individualiseringsbepaling die dan toch nog ruimte zou geven. In 2017 heb ik daarover samen met Hanneke Nummerdoor een artikel geschreven. Uit de rechtspraak die wij daarin bespreken, komt heel duidelijk naar voren dat de betrokkene aannemelijk moet maken dat hij in zeer bijzondere omstandigheden verkeert, iets wat niet zo heel snel wordt aangenomen. De ruimte die de bepaling uit de Participatiewet biedt, blijft dus heel erg beperkt.⁶ Om dit nog iets ruimer te trekken: in het sociaal domein is ook andere wet- en regelgeving van toepassing, waarbij we met name aan de Awb kunnen denken.

Dit alles speelt zich dan ook nog af in een wereld waarin de hulpvragen en de problemen die moeten worden getackeld steeds complexer worden, zeker ook in de huidige coronatijd, terwijl het gemeentebestuur, dat belast is met de uitvoering, er de afgelopen jaren in financiële zin zeker niet op vooruit is gegaan. Ik vrees dat dit de komende jaren niet beter zal worden.

Tegen deze achtergrond moeten we erg blij zijn met de onafhankelijke rechter, die doet wat hij kan om waar nodig echt bij te sturen. Ik begrijp dat individuele ambtenaren en bestuursorganen hier niet altijd vrolijk van worden, maar het is de vraag of zij hun ongenoegen hierover niet beter kunnen terugkoppelen naar de wetgever van wie zij, als ik het oneerbiedig zeg, door de genoemde niet eenduidige bedoelingen in de afzonderlijke wetten en in het wetgevingssysteem als geheel, een onmogelijke opgave hebben gekregen. Ik vraag me af hoe Matthijs Vermaat hier naar kijkt, en ik zal graag zijn mening erover horen.

Matthijs Vermaat

Ik heb het door Joke de Wit aangehaalde voorbeeld niet voor niets gegeven. Die situatie ben ik een paar keer tegengekomen, ook nog in een uitspraak van de CRvB. Het tijdschriftartikel dat Joke noemde, is mij niet bekend, maar het probleem wél. De vraag is of artikel 18 lid 1 Pw niet veel te beperkt wordt opgevat. Deze bepaling biedt de mogelijkheid om de bijstand in een individueel geval af te stemmen op de omstandigheden, maar in de rechtspraak is tot uiting gekomen dat zich wel heel bijzondere omstandigheden moeten voordoen, wil men van deze mogelijkheid gebruik kunnen maken. Zulke omstandigheden doen zich niet snel voor; eigenlijk zie ik ze haast nooit. Maar wat let nu een college van burgemeester en wethouders

6 Spreekster vermeldde later in de sessie de vindplaats: mr. H. Nummerdor-Buijs en mr. dr. J.C. de Wit, 'Het individualiseringsbeginsel: actueel of achterhaald?', Gst. 2017/44.

of de rechter om uit te gaan van de ontwikkelingen in de richting van een meer op maatwerk gerichte samenleving, met responsieve rechtspraak, en dan te constateren dat er onder in de gereedschapskist een waterpomptang in de vorm van artikel 18 lid 1 Pw zit? We zien in het aangehaalde geval een probleem van iemand die volstrekt te goeder trouw is, het probleem ook niet heeft opgezocht en wél moet worden geholpen, iemand die in feite in moeilijkheden is gekomen door een maatschappelijke ontwikkeling. Voor het komen tot een oplossing is een beetje durf en een vorm van *out of the box*-denken voldoende. Nieuwe wetgeving is niet nodig. Je zou natuurlijk het voorstel van Scheltema kunnen gebruiken, door generiek een hardheidsclausule in te voeren, maar ook dan zal je per situatie moeten bekijken of die zó sneu, vervelend of oneerlijk overkomt, dat aan de keukentafel toch een iets ander besluit wordt genomen dan misschien op grond van de wet vereist is, met als doel het probleem op te lossen. Er doen zich steeds allerlei ontwikkelingen voor – ik heb bijvoorbeeld op ‘omgekeerd toetsen’ gewezen – die laten zien dat we eigenlijk nu al aan dit soort problemen een einde zouden kunnen maken. Je moet het alleen wel durven. De uitspraak van de CRvB in deze casus stelde mij teleur. Terwijl het heel goed anders had gekund, kijkt de Raad alleen naar de Participatiewet en niet over de schutting. De Raad had zich kunnen afvragen of zich hier niet nog een ander probleem voordoet, dat hij had kunnen oplossen. We moeten waarschijnlijk nog een tijdje wachten voordat er weer zo’n zaak aan de orde komt. Daarin zou dan wat responsievere rechtspraak een feit kunnen worden.

Op de positie van de lokale overheden ben ik zojuist ook al ingegaan. Zij hebben op het sociaal domein een grote kat in de zak gekregen. Ik zou er sterk voor zijn dat zij met een hardere opstelling gaan klagen bij de rijksoverheid. Er doet zich bijvoorbeeld in de gemeente Amsterdam iets voor dat ik niet goed vind. Daar is het budget op en worden mensen die om huishoudelijke hulp vragen op een wachtlijst gezet, met de mededeling dat ze na 1 januari aan de beurt zijn. Ik denk dan: men kan beter uit zichzelf die mensen een zak geld geven waarmee ze hulp moeten proberen te regelen. Hier heeft de burger op microniveau ergens last van, op mesoniveau wordt besloten ‘wij stoppen ermee tot 1 januari’, maar in feite ligt de oorzaak op macroniveau. Eigenlijk moeten we met bussen naar het Malieveld om de regering duidelijk te maken wat er gebeurt als zij de eigen bijdrage op zo’n manier vaststelt. Ik treed hiermee een beetje buiten de vraag, maar ik kan me heel goed voorstellen dat gemeenten hierover de pest in hebben.

De Wit: Ik ben het er helemaal mee eens dat er moet worden gedemonstreerd om meer geld te krijgen, maar ik denk dat er dan ook aandacht moet zijn voor de op het abstractere niveau niet-eenduidige wetgeving.

Kees-Willem Bruggeman⁷

Ik heb een vraag die zowel betrekking heeft op het antwoord van zojuist als ook nog wel op de beantwoording van de eerste vraag. In een zaak waarover de preadviseur zo-even sprak en die hij in zijn stuk aan de orde heeft gesteld, was een

7 Docent en adviseur gemeentelijk sociaal domein.

soort spagaat ontstaan tussen de uitvoering van de Participatiewet enerzijds en die van de Wmo anderzijds. In het kader van de Wmo werd volledig Wmo-conform gehandeld door vast te stellen dat het sociaal netwerk mooi kon bijdragen aan de te bieden oplossing, maar de persoon die de ondersteuning onbetaald aan het leveren was, kreeg heibel, misschien wel met hetzelfde college van burgemeester en wethouders, over zijn uitkering op grond van de Participatiewet. In dat laatste verband werd geconstateerd dat de betrokkene dingen aan het doen was waar in principe geld tegenover zou moeten staan. Het ging om zogeheten op geld waardeerbare activiteiten, waarvoor de betrokkene dan maar geld had moeten vragen. Het college ging de inkomsten die hij naar het veronderstelde had kunnen genereren, fictief korten. Deze twee wetten, die nota bene door hetzelfde bestuursorgaan worden uitgevoerd, vaak zelfs in dezelfde gemeente, kunnen dus enorm met elkaar botsen. De bestuursrechter van zijn kant moet zoiets dan toetsen. Het eerste deel van mijn vraag is nu: hoe gaan we dit oplossen? Ik ben bang dat ik het antwoord al weet, maar misschien heeft Matthijs een antwoord dat mij kan overtuigen van het tegenovergestelde van wat ik nu denk. Het tweede deel van mijn vraag is: hoe kan de bestuursrechter zelf in zo'n zaak voorzien zonder dat hij daarmee, als het om de rechter in eerste aanleg gaat, heel veel narigheid over zich afroept aangezien de grenzen van zelf in de zaak voorzien redelijk strak afgebakend zijn?

Matthijs Vermaat

Ik heb een beetje provocerend gezegd: als de rechter nu gewoon in de wet zou kijken en wat durf zou tonen, komen we er wel! Natuurlijk begrijp ik dat zo'n rechter niet het risico wil lopen dat zijn uitspraak wordt vernietigd, maar waarom zou hij niet kunnen constateren dat een beslissing in het kader van de Participatiewet voor een individu zó ingrijpende gevolgen heeft, dat het doel van die wet niet wordt bereikt, zodat de gemeente tot een hogere vaststelling had moeten komen. Er is in de door mij behandelde casus een verschil tussen het leefgeld en het te betalen huurbedrag, waardoor een probleem ontstaat dat volgens mij heel simpel op te lossen is. Misschien hebben Kees-Willem en ik een verschillend voorbeeld voor ogen. Van mijn kant denk ik aan het geval waarin iemand in een instelling zit waarbij een zak- en kleedgeldregeling geldt, terwijl hij in het kader van de Wmo met de beschermdwoningensetting te maken heeft en huur moet betalen. Wie betaalt die huur dan? De uitkering van slechts € 250 is niet hoog genoeg en een pgb biedt in dit opzicht geen mogelijkheid. Het geld moet ergens vandaan komen. De oplossing kan zijn dat het college van burgemeester en wethouders, dat beide wetten uitvoert, de bijstand omhoog brengt. Zo zijn we er immers, en ik denk dan bij mezelf: dat moet toch kunnen! Vanuit het bestuur moet voor die oplossing kunnen worden gekozen, en als het bestuur dat niet doet, moet het maar een stapje hogerop gebeuren. Ik zie weinig risico's, maar misschien onderschat ik dit; ik ben geen rechter.

Bruggeman: Er is een spanningsveld. De rechter zou in eerste aanleg zijn nek moeten uitsteken. In hoeverre zou er dan ook een omslag bij de CRvB moeten optreden, zodat de rechter in eerste aanleg meer recht van spreken heeft? De praktijk wijst nu uit dat de CRvB in dit opzicht strak stuurt, door terugzenden in plaats van zelf doen te vereisen.

Vermaat: Er zal een omslag moeten zijn. Als advocaat probeer je zoiets zes keer en dan krijg je zes keer niks, en de zevende keer denk je: hé, het is anders! Het is een kwestie van proberen. Voor een rechter geldt misschien hetzelfde. Een rechter kan tot de conclusie komen dat hij voldoende aanleiding heeft om zelf in de zaak te voorzien, onder het motto 'we zien wel waar het schip strandt'. Misschien komt er een prachtig artikel over dit onderwerp in het NTB, waarna men denkt: eigenlijk een heel goed idee.

Voorzitter: Van mijn kant een enigszins onbevangen, naïeve vraag. Als buitenstaander – want dat voel ik me toch wel een beetje – vraag ik me af wat nu eigenlijk het verschil tussen de Participatiewet en de Wmo is. Waarom staat bij de Wmo dat maatwerk zo centraal en bij de Participatiewet niet? De aanspraken die mensen op grond van de beide wetten hebben, zijn min of meer vergelijkbaar, en waarom wordt artikel 18 Pw, dat blijkbaar een mooi instrument biedt om het ideaal van maatwerk vorm te geven, zo terughoudend uitgelegd? Als ik Matthijs zo hoor, lijkt mij dit een geval van 'de omgekeerde wereld'. De gemeente is in het kader van de Wmo aan zet, moet uitzoeken wat er aan de hand is en moet op de burger af gaan. Bij artikel 18 Pw ligt dan ineens de bewijslast bij de burger! Is dat te verklaren, of niet? Ik zal deze vraag aan Matthijs als preadviseur voorleggen, maar er zijn veel deelnemers aan deze sessie die volgens mij precies weten hoe het zit. Zij mogen zich in de chat melden.

Vermaat: Misschien staat er iets in het artikel waarvan zojuist de vindplaats is doorgegeven!

De verklaring ligt, denk ik, bij het tijdsgewricht waarin de Wmo tot stand is gekomen, namelijk in het vorige decennium, terwijl de Bijstandswet, de voorloper, van veel langer geleden dateert en alle kenmerken van een vangnet in zich draagt. De uitvoering is helemaal dichtgeregeld met normen. Wat iemand kan krijgen, staat precies vast en slechts in bijzondere omstandigheden kan daarvan worden afgeweken. Als dan de rechtspraak inhoudt dat 'bijzondere omstandigheden' met hoofdletters en uitroepteken wordt geschreven, is er een dichtgeregelde situatie ontstaan die zal moeten veranderen. Dat neemt niet weg dat de wet een mogelijkheid biedt. Als een gemeentebestuur langs die weg het probleem oplost en een goede motivering geeft, kan het, denk ik, zelfs accountants ervan overtuigen dat er een goed besluit is genomen.

Voorzitter: Ik begrijp dat naar jouw mening artikel 18 Pw zou moeten worden uitgelegd in de geest van het maatwerk op grond van de Wmo.

Vermaat: Ik bepleit maatwerk in het sociaal domein: een veel ruimer begrip dan het domein van alleen de Wmo en de Jeugdwet. Het omvat ook al die andere wetten die door de gemeenten worden uitgevoerd. Daarbij is overal dezelfde welwillendheid, of zo men wil responsiviteit, in de benadering geboden, ook vanuit de gedachte van de ombudsman: de meeste mensen deugen en zijn er niet op uit de boel te belazeren. Als je wilt dat het probleem wordt opgelost, zul je het op die manier moeten benaderen.

Overigens nog een opmerking terzijde: er zijn in gemeenteland samenwerkingsverbanden die niet aansluiten op de lokale bevoegdheidsverdeling. Dat maakt het alleen maar ingewikkelder.

Voorzitter: Kees-Willem Bruggeman heeft zojuist gereageerd op opmerkingen van Matthijs, maar zal nu als interveniënt van zijn kant een vraag stellen.

Kees-Willem Bruggeman

Ik heb een vrij technische vraag, die volgens mij echter alles te maken heeft met de wijze waarop maatwerk nu precies moeten worden geleverd. Het leveren van maatwerk komt gezien de systematiek van de wet neer op het leggen van een puzzel. Dat is aan de ene kant een mooie opdracht, met zo hier en daar spannende momenten, waaraan de meeste gemeentebesturen zich met verve proberen te wijden, maar op één specifiek punt is de puzzel wel heel moeilijk: het punt van de afbakening met andere wetgeving. Alleen de Wlz krijgt in de Wmo en de Jeugdwet afbakening. Voor het overige wordt alles in de grote grabbelton van artikel 2.3.5 Wmo en artikel 2.3 Jw gegooid. Ik denk dat met name de afbakening met de Zvw heel lastig is. Daarbij doel ik speciaal op de persoonlijke verzorging. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was het de bedoeling dat dit element voor 100% onder de gemeenten zou vallen, maar door niet nader geduide omstandigheden in het parlementaire proces is dat idee plotseling teruggetrokken en is het in twee domeinen terechtgekomen, de Zvw enerzijds en de Wmo/Jeugdwet anderzijds. Daarbij is niet altijd even duidelijk wanneer dit element nu wáár thuishoort. In de praktijk lost zich dit op doordat de wijkverpleegkundige als het de Wmo betreft en de jeugd- of kindverpleegkundige als het de Jeugdwet betreft een soort 'bindend advies' afgeeft, maar de basis voor de heel ingewikkelde afbakening blijft ook dan wankel. Soms is de ene partij aangewezen, soms de andere en soms allebei een beetje. Het is niet gemakkelijk op overtuigende wijze tot besluitvorming te komen.

Ziet Matthijs Vermaat dit ook zo? Zo ja, moet er door de wetgever over dit onderwerp dan niet meer worden opgeschreven dan een kleine passage in de memorie van toelichting?

Matthijs Vermaat

Een mooie vraag van Kees-Willem Bruggeman. De afbakening tussen de Zvwen de gemeenten is heel bijzonder; volgens mij staat er trouwens ook wel iets over in de wet zelf. Krachtens artikel 2.3.2 lid 4, aanhef en onder f Wmo moet tussen zorgverzekeraars en gemeenten overleg worden gepleegd, ook in het individuele geval, over de onderlinge afstemming. Het grappige is dat wij het laatste jaar op kantoor ineens allerlei zaken te behandelen krijgen waarin zorgverzekeraars te kennen hebben gegeven dat de betrokkenen niet bij hen maar bij de gemeente moeten zijn. Dat zijn ook heel toevallig allemaal pgb-zaken. Er ontstaat ineens discussie tussen gemeenten die zeggen dat men voor persoonlijke verzorging toch echt bij de zorgverzekeraar moet zijn en zorgverzekeraars die zich afwijzend opstellen. Degene die de persoonlijke verzorging nodig heeft, staat dan in de kou. In dat verband zou het een goed idee zijn meer uitvoering te geven aan de bedoeling van de wetgever, die

erop neerkomt dat men dit achter de schermen moet regelen. In het kader van de Wmo moet in kaart worden gebracht wat iemand naar aard en omvang nodig heeft, terwijl in het vervolg van de procedure de vraag moet worden beantwoord of een maatwerkvoorziening nodig is. Het is uitdrukkelijk de bedoeling geweest dat de gemeente zelf met de zorgverzekeraar tot afspraken over de kostenverdeling komt. De vraag wie de activiteiten uitvoert, is uitdrukkelijk een andere dan de vraag wie de kosten draagt. Zorgverzekeraars die zonder dat met zoveel woorden te zeggen van het pgb af willen, roepen nu heel vaak dat dingen toch bij de gemeente horen. Daarmee zadelen ze dan de individuele burger met het probleem op, terwijl die toch al genoeg aan z'n hoofd heeft.

Ik vraag mij af of ik hiermee de vraag goed heb beantwoord.

Bruggeman: Ik probeer het antwoord nog op me te laten inwerken, maar ik meen er in ieder geval in te kunnen ontwaren dat ook door Matthijs de afbakening als lastig en in de praktijk niet uitgekristalliseerd wordt ervaren.

Vermaat: Dat klopt, want er zijn nog weinig zaken over geweest, omdat het, zoals je net zelf zei, altijd goed ging. Pas de laatste tijd ontstaan er problemen, waarbij het topje van de ijsberg langzaam mijn kant komt opdrijven. Toch zijn die problemen volgens mij makkelijk op te lossen als gemeenten en zorgverzekeraars om de tafel willen gaan zitten. Als ik dat zeg, wijs ik niet met de vinger naar de gemeenten, want mij is bekend dat zorgverzekeraars, als het over de vraag gaat wie wat gaat doen, niet goed zijn in contacten leggen en onderhouden.

Voorzitter: In de chat lees ik het volgende, ingebracht door **Gjalt Schippers**.

‘Er is geen regievoering, wat maakt dat beide wetten naast elkaar worden uitgevoerd in plaats van in samenhang met elkaar. Kan in dit verband worden gereageerd op de suggestie van de regering, inhoudende dat men door de coördinatieregeling van de Awb in te zetten tot samenhang zou kunnen komen?’

Vermaat: Over de coördinatieregeling, die ik niet precies voor ogen heb, kan denk ik beter iemand anders iets zeggen. Wat de regievoering betreft: uit de memorie van toelichting blijkt dat de regering uitdrukkelijk de bedoeling heeft gehad dat de zorgverzekeraars en de gemeenten het samen oplossen. De regievoering is dus als het ware wel geregeld en is belegd bij de gemeenten, maar als dat niet opgepakt wordt, wordt er ook niets georganiseerd.

Voorzitter: Jouw reactie lijkt mij: hoe die coördinatieregeling er ook uit ziet, eigenlijk heb je die niet nodig om het probleem op te lossen.

Vermaat: Je hebt zo iets niet nodig. Uitgangspunt moet zijn dat je je werk goed wilt doen, even los van de financiering en allerlei andere dingen. Een logische gang van zaken lijkt me dan de volgende. Je hebt te maken met iemand die zich met een probleem meldt. Als je daarbij de indruk krijgt dat de zorgverzekeraar onvoldoende doet, klim je in de telefoon, vanuit de opdracht in de Wmo, en zorg je dat het geregeld wordt.

Voorzitter: Dus als je naar de tekst van de Wmo kijkt, vind je daarin geen belemmering, maar juist een aansporing om zo te werk te gaan.

Vermaat: Ja.

Gjalt Schippers⁸

Graag van mijn kant nog een reactie op de gedachtewisseling naar aanleiding van mijn chat over het komen tot meer samenhang in de uitvoering van twee wetten. Wellicht is het goed de oplossing te zoeken in een hogere laag. Als we zien dat, ondanks de beste intenties van de wetgever, in de uitvoeringspraktijk de regievoering niet tot stand komt, is er dan niet vooral behoefte aan iets als een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur, waardoor de rechter eventueel ook achteraf zou kunnen zeggen dat er onvoldoende is samengewerkt? Moeten we niet proberen op dat niveau tot verbinding te komen? De Nederlandse Mediatorsvereniging heeft in een advies al eens eerder gepleit voor invoering van de norm ‘inverbindingstelling’, die het mogelijk zou maken dat de rechter achteraf controleert of de betrokken bestuursorganen ook echt met elkaar hebben samengewerkt. Langs deze weg kan het belang van de klant centraal worden gesteld.

Matthijs Vermaat

We zouden kunnen denken aan een soort regieautoriteit, op een hoger niveau binnen het bestuur, die de vraag beantwoordt of de gemeente haar werk wel heeft gedaan, maar ik acht het onwaarschijnlijk dat Schippers in die richting denkt. Het oordeel van de rechter komt te laat, omdat daaraan een lange procedure vooraf moet gaan. Het gaat er juist om dat iemand aan de voorkant weet hoe het werkt en zo nodig in de telefoon durft te klimmen. Kwaliteit bij de gemeentelijke medewerkers is een vereiste, en het inschakelen van advocaten zou niet nodig moeten zijn.

Voorzitter: In aansluiting hierop vraag ik Maurits Ippel – die straks ook nog als interveniënt aan het woord komt – de vraag te stellen die hij in de chat heeft gezet.

Maurits Ippel: Ik voel me enigszins uitgedaagd om hier iets in te brengen, ook omdat ik als wetgevingsjurist de Participatiewet in mijn portefeuille heb en nogal eens over artikel 18 van die wet van gedachten wissel. In het bijzonder wil ik een vraag stellen over een conceptwetsvoorstel dat in internetconsulatie is geweest, gericht op de totstandkoming van een Wet aanpak meervoudige problematiek sociaal domein. Die wet zou moeten regelen dat in het onderzoek op grond van de Wmo ook de behoefte aan schuldhulpverlening en ondersteuning via de Participatiewet wordt betrokken. Bij een hulpvraag op grond van de Wmo of via het loket van de Participatiewet zal men tot één integraal onderzoek gaan komen. Het resultaat zal dan een werkplan zijn dat de basis voor gecoördineerde dienstverlening vormt.

⁸ Opleider en mediator.

Volgens mij kan hierin een mogelijkheid worden gevonden om zorgverzekeraars te laten aanhaken. Het wetsvoorstel is geboren uit het probleem dat gegevens die voor een ander doel zijn verkregen niet mogen worden verwerkt.

Zou een dergelijke procedure uitkomst kunnen bieden?

Vermaat: Ik ken het conceptwetsvoorstel dat in internetconsultatie is geweest niet. Misschien is het een tekortkoming dat ik er in mijn preadvies niet op ben ingegaan.

Wat ik steeds betoog, is dat zich altijd noodgedwongen versnippering kan voordoen, maar dat die in één behandeling moet worden opgelost. 90% van de gevallen levert geen problemen op, het gaat natuurlijk om de 10% moeilijke gevallen. Of de procedure van het wetsvoorstel dat in internetconsultatie is geweest een goede oplossing zal bieden, kan ik niet goed beoordelen. Zelf volg ik altijd een werkwijze waarbij ik alles bij elkaar veeg en in één keer probeer tot een goed resultaat te komen. In de Awb en in de individuele materiewetten bevindt zich naar mijn idee wel degelijk toereikend gereedschap.

Voorzitter: Een dergelijke wet is dus heel misschien niet eens nodig.

Maurits Ippel⁹

De maatwerkgedachte uit de Wmo is ouder dan de brede discussie over maatwerk in het bestuursrecht die voor vandaag het onderwerp van bespreking vormt. In de Wmo is het maatwerk een soort beperkingsmechanisme, waarbij wordt nagegaan waarin iemand nog zelf kan voorzien, om ten slotte niet tot een standaardoplossing maar tot een aanvulling op maat te komen. De brede discussie over maatwerk daarentegen is gericht op een remedie tegen de beperkende werking die soms van dwingende regelgeving uitgaat. Ik denk hier aan het toeslagensysteem, aan uitkeringswetten et cetera.

- a. Herkent de preadviseur dit?
- b. Welke lessen kunnen we uit maatwerk in het kader van de Wmo trekken voor de maatwerkgolf die we nu gaan krijgen? Ik wijs op de nieuwe Wet inburgering, het nieuwe toeslagenstelsel, de activiteiten van de ministeriële commissie uitvoeringsvraagstukken en op gedachtevorming in de Tweede Kamer. Welke ervaringen kunnen we uit de Wmo-praktijk meenemen?

Matthijs Vermaat

De grootste les die we sinds ongeveer 2007 uit de Wmo-praktijk kunnen trekken, kan volgens mij als volgt onder woorden worden gebracht. Als je werkelijk met de maatwerkgedachte uit de voeten wilt kunnen, moet degene die een melding in behandeling neemt een brede blik hebben. Een betrokken bestuursorgaan moet zijn burgers en zijn ambtenaren vertrouwen, en moet niet tegelijkertijd in het oude systeem blijven hangen. Arrangementen die op een bepaalde manier in elkaar gestoken zijn, moeten meer plaatsmaken voor een terugkeer, onder het motto van

⁹ Wetgevingsjurist bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

maatwerk, naar een soort afvinkstelsel, waarbij op basis van mogelijkheden en onmogelijkheden bij de melder, tot een toekenning wordt gekomen. Dit vergt een andere manier van denken, waarbij je niet als het ware op twee paarden kunt wedden.

Vanuit de rechtszekerheidsgedachte en de budgetbeheersingsgedachte wil men natuurlijk heel graag financiële besluiten nemen waarbij men van tevoren precies weet hoe het zit, en heeft men voorkeur voor verordeningen die duidelijkheid vooraf bieden. We hebben hier te maken met twee bewegingen die tegen elkaar in werken. We willen allemaal gelijk behandeld worden als we zelf vinden dat we in dezelfde positie verkeren als een ander. Dat is een probleem dat ook ik nog niet heb opgelost.

Voorzitter: Er staan nog interventies van Rens Koenraad en Pim Huisman op het programma. Met het oog op de tijd verzoek ik Matthijs bij zijn reactie op hun inbreng een interessante vraag te betrekken die in de chat is geplaatst. Het betreft de volgende vraag van **Eric Helder**:

‘Als de wetgever een grondslag gaat bieden voor resultaatgericht beschikken, gaat een verzoekschriftprocedure, die beoogt een tekort in het systeem van rechtsbescherming te dichten, dan wel bijdragen aan effectieve rechtsbescherming?’

Pim Huisman¹⁰

Allereerst complimenten aan het adres van Matthijs. Zijn preadvies bevat een mooie beschrijving van de problematiek rondom maatwerk op het terrein van het sociaal domein, met veel rake observaties waarmee je het eigenlijk niet anders dan eens kunt zijn. Wel leidt het preadvies tot de vraag hoe we het algemene bestuursprocesrecht nu verder kunnen brengen. Rens Koenraad en ik zullen in dit verband vragen stellen over de algemene bestuursrechtelijke vormgeving van integrale geschilbeslechting.

Ik trap af en wil het hebben over de verzoekschriftprocedure als rechtsingang bij de bestuursrechter in geval van geschillen over uitvoeringshandelingen. De discussie over uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter heeft zoals bekend een breed algemeen-bestuursrechtelijk karakter. In 2013 kwamen Van Ommeren en ik in ons preadvies voor de VAR tot de conclusie dat het wenselijk is de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden met handelingen ter voorbereiding en handelingen ter uitvoering van appellabele besluiten. Tegen appellabele besluiten staat al beroep open bij de bestuursrechter en de processuele route om uitvoeringshandelingen die met appellabele besluiten samenhangen aan de bestuursrechter voor te leggen, is naar onze mening die van de verzoekschriftenprocedure. Daarbij is het wenselijk de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter op deze procedure toe te snijden. Een groot voordeel van deze laagdrempelige, eenvoudige procedure is dat het mogelijk is de gehele rechtsbetrekking aan de bestuursrechter voor te leggen in één procesgang. Het is namelijk mogelijk om hangende

¹⁰ Universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Vrije Universiteit.

het beroep tegen het besluit een verzoek te doen met betrekking tot de daarmee samenhangende uitvoeringshandelingen.

Dit algemene model leent zich ook, en zelfs heel goed, voor het sociaal domein, zoals Van Ommeren en ik later in 2018 in een NTB-special over geschilbeslechting in het sociaal domein hebben betoogd. In het sociaal domein worden stappen gezet om te komen tot innovatie van het bestuursprocesrecht, en het zou heel goed kunnen dat de daar gemaakte keuzes op een later moment worden gebruikt voor de verdere vormgeving van het algemene bestuursprocesrecht in de Awb.

In het oog springt het ambtelijk ontwerp van het wetsvoorstel wijziging Wmo 2015 inzake het beschikken op het resultaat en het vereenvoudigen van de geschilbeslechting, welk ontwerp begin dit jaar ter internetconsultatie is neergelegd. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk over de uitvoering van de bij besluit toegekende maatwerkvoorziening te klagen bij het college van burgemeester en wethouders, ook als de uitvoering wordt verricht door een private zorgaanbieder. De reactie van het college op de klacht, de kennisgeving, wordt in het wetsvoorstel voor beroep gelijkgesteld met een besluit. De uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter worden niet uitgebreid.

In de literatuur worden verschillende knelpunten geschetst. Het beroep kan op grond van het wetsvoorstel alleen betrekking hebben op een tekortkoming in de uitvoering, hetgeen in concrete gevallen aanleiding kan geven tot een juridisch debat over de vraag of de bestuursrechter wel een inhoudelijk oordeel kan vellen. Bovendien is niet uitgesloten dat nog steeds verschillende naast elkaar staande procedures blijven bestaan. Het is de vraag of de in het wetsvoorstel gekozen procedurele inkleding wel gelukkig is. Waarom niet de keuze voor een verzoekschriftprocedure voor het geschil over de uitvoering naar het model van de verzoekschriftprocedure over schadevergoeding, zoals geregeld in Titel 8.4 van de Awb? Dit wordt in de literatuur en in de reactie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak op het wetsvoorstel geopperd. Op deze manier wordt voorkomen dat onnodig procedures naast elkaar worden gevoerd. Aan de rechter kunnen passende uitspraakbevoegdheden worden toegeedeeld en de procedure is eenvoudiger.

Dan nu mijn twee vragen aan Matthijs Vermaat.

1. Hoe kijkt hij aan tegen het wetsvoorstel dat gericht is op vormgeving van integrale geschilbeslechting bij de bestuursrechter in het sociaal domein, en meer in het bijzonder: hoe kijkt hij aan tegen de verzoekschriftprocedure als rechtssingang bij de bestuursrechter tegen uitvoeringshandelingen in het sociaal domein? Ik vraag dit omdat de stappen die in het sociaal domein worden gezet, van belang zijn voor de verdere inrichting van het algemene bestuursprocesrecht.
2. In het verlengde hiervan: zouden integrale geschilbeslechting en het bij de bestuursrechter onderbrengen van uitvoeringshandelingen niet beter algemeen in de Awb kunnen worden geregeld? De achtergrond van deze vraag is dat in eerste instantie het advies van Scheltema uit 2017 over integrale geschilbeslechting in het sociaal domein hierop aankoerste en breder is dan het recente wetsvoorstel dat specifiek ziet op een regeling in de Wmo 2015.

Voorzitter: Omdat ik ook nog heel graag Rens Koenraad wil horen, vraag ik Matthijs zijn antwoord beknopt te houden. We komen namelijk in tijdsproblemen. Dat heeft tevens tot gevolg dat ik nu als voorzitter beslis dat we niet over de stellingen gaan stemmen. We zullen dus nooit weten hoe iedereen daarover denkt, maar dat maakt mij niet zo veel uit, want ik heb liever de vraag van Rens Koenraad dan de stemming over de stellingen.

Matthijs Vermaat

Het voorstel van Scheltema heb ik met interesse gelezen omdat ik mij in mijn dagelijkse praktijk vaak heb geërgerd aan allerlei procedures die gemeenten hebben opgetuigd voor burgers die over de kwaliteit van het schoonmaken willen klagen: ze moesten met hun klachten naar de aanbieder toe. Daar komt bij dat gemeenten nu in het kader van de Jeugdwet helemaal geen besluiten meer nemen. Men handelt alleen op aanvraag, met als gevolg dat je weer terug moet naar de oude voor beroep vatbare beschikking.

Of nu de weg van een verzoekschrift of de weg van een klachtprocedure moet worden gekozen, kan ik niet goed beoordelen; het gaat mij erom dat mensen bij de gemeente zelf bezwaar kunnen maken. Wat de gemeente in het kader van de Wmo als beste oplossing met de melder heeft besproken, is iets waarop ook de gemeente zelf aanspreekbaar moet zijn. Ik wil gewoon een klacht aan de orde kunnen stellen en de burger wil dat zijn klacht bij de gemeente aan de orde kan worden gesteld. Hoe hij dat dan moet doen, zal van minder belang zijn. Om dezelfde reden pleit ik ervoor van de meldingsprocedure af te stappen en naar de oude aanvraagprocedure terug te gaan. Als men het inbrengen van bezwaren tegen de uitvoering binnen de kaders van de huidige Awb brengt, zijn we al een heel eind op streek.

Voorzitter: Je antwoord komt er volgens mij op neer dat je het graag aan de specialisten overlaat hoe dit procedureel wordt geregeld, maar dat er in ieder geval een laagdrempelige rechtsbeschermingsprocedure moet zijn.

Vermaat: Ja.

Huisman: Matthijs en ik zijn het erover eens dat er één procedure moet zijn, liefst zo gemakkelijk mogelijk. Zelf zou ik dan voor een verzoekschriftprocedure kiezen. Rens Koenraad en ik, die ook op één lijn zitten, hebben onze bijdragen van tevoren op elkaar afgestemd.

Rens Koenraad¹¹

Ik zal het punt waarvoor Pim Huisman en ik aandacht vragen wat meer concretiseren. Daarbij stel ik de rol van de zorgaanbieder centraal. Ik denk dan meteen aan het busje dat niet op tijd komt en het huis dat vies achterblijft. In de consultatieversie

¹¹ Universitair docent bestuursrecht aan de Universiteit Tilburg en aan de Open Universiteit.

van het wetsvoorstel wijziging Wmo 2015 zit de zorgaanbieder in de procedure bij de bestuursrechter altijd aan tafel als partij van rechtswege ex artikel 8:26 Awb. Dit brengt mij op de volgende stelling van Vermaat:

4. *Integrale geschilbeslechting maakt een einde aan de versnippering van de rechtsbescherming.*

Mijn commentaar hierop is: dat hangt ervan af. Als we naar de zorgaanbieder kijken, poppen allerlei vragen op die tijdens deze sessie al eerder aan de orde zijn gekomen. Schulmer heeft zich afgevraagd of de bestuursrechter tools heeft om te borgen dat de uitvoering op orde is of komt. De Wit spreekt over sturing, Bruggeman over financiering in de vorm van zelf in de zaak voorzien. Als ik dat, met de verzoekschriftprocedure in het achterhoofd, allemaal bij elkaar neem, kom ik tot een eigen stelling die ik aan Vermaat wil voorleggen:

Het is wenselijk dat de bestuursrechter rechtstreeks aan de zorgaanbieder een opdracht kan verstrekken.

Is Vermaat het met deze stelling eens? Zo ja, hoe gaan we dat dan regelen?

Matthijs Vermaat

Het is heel verleidelijk de eerste vraag ontkennend te beantwoorden, want dat scheelt een antwoord!

Eigenlijk ben ik er geen voorstander van dat de aanbieder rechtstreeks een opdracht van de bestuursrechter krijgt. De gemeente is de probleemeigenaar en moet zorgen dat het voor elkaar komt. Het is ook de gemeente die afspraken met de aanbieder heeft gemaakt, bijvoorbeeld over het busje dat op tijd moet komen, of het huis dat schoon moet zijn. Als dergelijke klachten bij een rechter terechtkomen, is het de gemeente die verantwoordelijk is. Ik vind het prima als de aanbieder erbij zit omdat die dan een goede uitleg kan geven, maar de gemeente is verantwoordelijk. In mijn preadvies maak ik een vergelijking met het consumentenrecht. Een autokoper maakt afspraken met de dealer en als er problemen zijn moet die het oplossen. Stel dat een aanbieder niet kan leveren wegens tekort aan personeel of materiaal, dan moet aan de gemeente worden gevraagd hoe zij het probleem van de aanbieder die niet kan leveren gaat oplossen.

Rens Koenraad

Ik zie het punt van Vermaat. Er is als het ware een aannemer en een onderaannemer. Voor de gemeente geldt dan: jij bent de probleemeigenaar en jij lost het ook maar op. In veel gevallen zal het nuttig zijn de bal terug te leggen bij de gemeente, maar het zal goed zijn als de rechter de bevoegdheid heeft om onder omstandigheden de aanbieder rechtstreeks aan te spreken. Op die manier ontbreekt de communicatieve stap tussen de gemeente en de aanbieder, wat voordeel kan hebben in het kader van doorschakelen, rechtstreeks oversteken en zo veel mogelijk finaliseren. Het is wenselijk dat de rechter zijn bijdrage kan leveren tot een snelle oplossing

op maat. Daarvoor moet hij van de door mij bepleite bevoegdheid gebruik kunnen maken.

Matthijs Vermaat

Ik ben niet zo voor die bevoegdheid, maar dat is meer gevoelsmatig. De aanbieder heeft een relatie met de gemeente. Een rechter moet dan kunnen zeggen wat die aanbieder voortaan moet doen. Kan hij dan niet net zo goed tegen de gemeente zeggen: zorg dat die aanbieder dat gaat doen?

Voorzitter: We gaan de behandeling van het preadvies bijna afsluiten, maar voor mij blijft de vraag van belang of die integrale geschilbeslechtsprocedure nog wel nodig is als de wetgever een grondslag gaat bieden voor resultaatgericht beschikken. Kun je daarover nog heel kort iets zeggen?

Vermaat: Ik ben niet zo happig op dat resultaatgericht indiceren. Het biedt meer ruimte aan vage termen in plaats van dat men weet waar men aan toe is.

Voorzitter: Dat begrijp ik, maar als het er toch doorkomt?

Vermaat: Dan hebben we nieuwe problemen en dan zien we wel weer.

Voorzitter: Die bewaren we voor de toekomst.

Ik ga afsluiten. De stellingen skippen we, maar eerlijk gezegd denk ik dat de stemming daarover een overweldigende overwinning voor jou, Matthijs Vermaat, zou zijn geworden.

Bespreking van mr. dr. M. Lurks & mr. N.A. van Renssen,¹ Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet

Voorzitter: Kars de Graaf

Voorzitter: Hartelijk welkom iedereen bij deze online deelsessie van de jaarvergadering van de VAR. Mijn naam is Kars de Graaf en ik ben werkzaam aan de Rijksuniversiteit Groningen als hoogleraar bestuursrecht en duurzaamheid. Omdat ik zeer geïnteresseerd ben in het omgevingsrecht, mag ik als lid van het VAR-bestuur deze sessie voorzitten. Ik heet in het bijzonder de preadviseurs welkom. Marco Lurks en Nienke van Renssen werken bij de VNG in het Programma Omgevingswet, en hebben samen heel veel ervaring met het omgevingsrecht. Marco kennen we als de expert van de VNG en als iemand die spanningen in het omgevingsrecht opzoekt: vroeger tussen decentralisatie en centralisatie en nu tussen specialisatie en integratie. Nienke is een bekend figuur in VNG-land, maar is ook jarenlang in het omgevingsrecht werkzaam geweest als advocaat. Zij is – nu we het toch over omgevingsplannen en wat dies meer zij hebben – ook nog eens raads-lid in Amsterdam, waar ze in de praktijk met de Omgevingswet zal gaan werken.

Inleiding door de preadviseurs (eerder opgenomen)

Van Renssen: Hallo. Ik ben Nienke van Renssen en achter mij op een beeldscherm ziet u Marco Lurks, die deze presentatie vanuit huis doet.² Ons preadvies gaat over maatwerk in het omgevingsrecht. Wij pleiten voor doelgericht maatwerk, als een brug tussen flexibiliteit en rechtszekerheid. Nu zult u zeggen: doelgericht maatwerk; al het maatwerk moet toch doelgericht zijn? Nu, daarover kun je dus een boek schrijven.

Lurks: In het omgevingsrecht is er een voortdurende spanning tussen integratie en specialisatie. Een van de doelen van de Omgevingswet is een integrale benadering

¹ Beide auteurs zijn verbonden aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten als jurist in het Programma Omgevingswet.

² Een live opname van Marco Lurks was ten tijde van de registratie van deze inleiding vanwege quarantaine niet mogelijk.

van de fysieke leefomgeving. Een ander doel van die wet is het vergroten van de voorspelbaarheid en de inzichtelijkheid van de regels: dit vergt juist specialisatie. Tussen beide doelen bestaat dan ook een spanningsveld. Een integrale norm, zoals bijvoorbeeld 'een goede fysieke leefomgeving' heeft als nadeel dat zij te vaag en onbepaald is. Dat leidt tot rechtsonzekerheid en lastige handhaafbaarheid. Het voordeel van sectorale normstelling is een duidelijke afbakening van de bestuursbevoegdheden, maar een sectorale norm kan nooit verder reiken dan haar eigen belang en staat daarmee op gespannen voet met een integrale benadering van de fysieke leefomgeving. Alle sectoren staan immers met elkaar in verband en beïnvloeden elkaar.

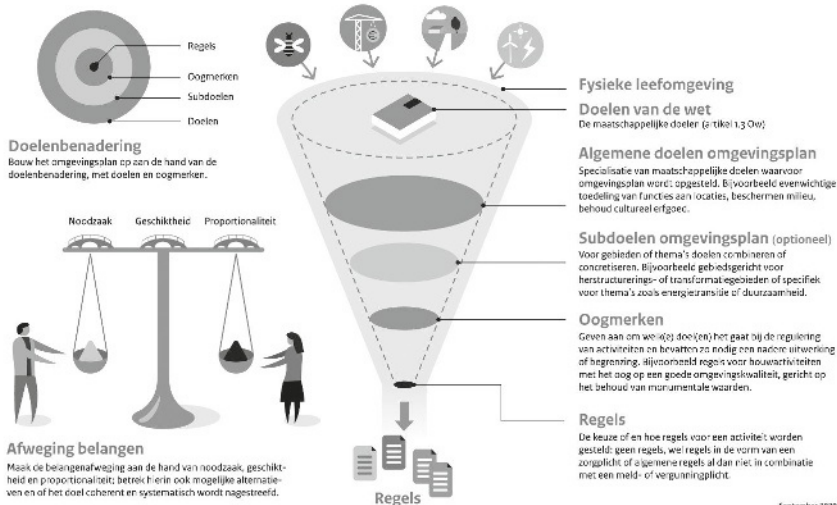
In de Omgevingswet is niet gekozen voor materiële integratie. Er blijven verschillende regelingen voor sectorale belangen, zoals voor geluid, externe veiligheid en luchtkwaliteit. We houden dus net als bij de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) specifieke toetsingskaders per activiteit. De vraag blijft: hoe bereik je bij een duurzame gebiedsontwikkeling dan toch een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving? Het antwoord is: maatwerk. Met maatwerk kan een verbinding worden gelegd tussen integratie en specialisatie. Maatwerk komt in vele vormen voor. Het kan plaatsvinden via bestuurlijke afwegingsruimte in de regel zelf, maar het kan ook tot uiting komen als van de regel via bestuurlijke afwijkingsruimte wordt afgeweken.

Indien aan de voorkant, bij de normstelling, veel afwegingsruimte wordt gelaten, bijvoorbeeld door het gebruik van open normen, is er minder ruimte nodig voor maatwerk aan de achterkant. Een concrete en gesloten norm zal nadat de regels zijn vastgesteld, juist leiden tot de behoefte aan meer ruimte voor afwijking aan de achterkant. Hoe ver mag die bestuurlijke afwijking aan de achterkant nu gaan? Veelvuldige afwijking leidt tot een onvoorspelbaar stelsel, en dit was nu juist niet de bedoeling. Wij richten ons daarom op de vraag 'welke materiële en procedurele pijlers voor maatwerk aan de achterkant zijn nodig voor een stabiele brug tussen integratie en specialisatie?' Ons antwoord is: doelgericht maatwerk.

Maatwerk in de Omgevingswet



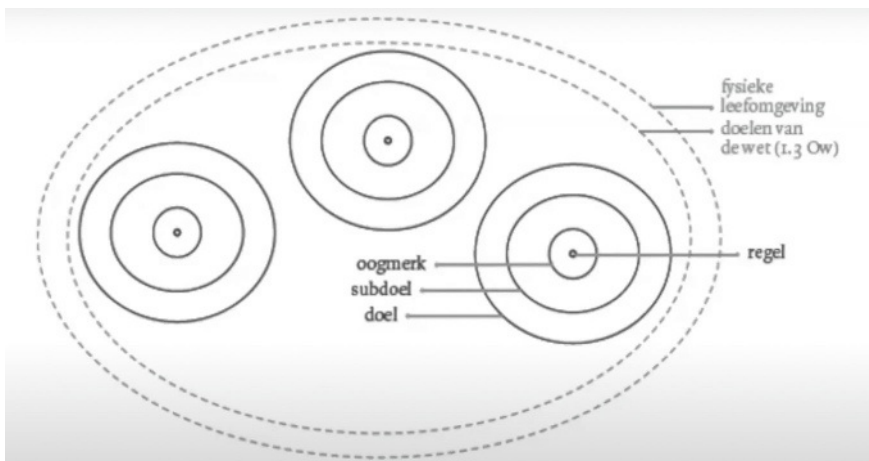
Aanbevelingen voor raad en college bij toepassing van de maatwerk bij het omgevingsplan



September 2020

Met de doelenbenadering biedt de Omgevingswet een kader voor een samenhangende benadering. De belangenafweging die ten grondslag ligt aan de regels van het omgevingsplan moet zo helder, concreet en eenduidig mogelijk zijn. Dit kan men bereiken door de verschillende doelen te benoemen waarvoor het omgevingsplan wordt opgesteld. Aan die doelen worden vervolgens oogmerken verbonden waarmee de strekking en de reikwijdte van de betreffende regels worden bepaald. Door de verschillende doelen op elkaar af te stemmen, formuleert men een samenhangend omgevingsplan. Als zich na de vaststelling een initiatief aandient dat niet binnen de regels van het omgevingsplan past, kan aan de hand van de doelen en oogmerken in het omgevingsplan goed worden achterhaald waar en in hoeverre het initiatief afwijkt.

Van Rensen: Als je de trechter van de doelenbenadering kantelt, zie je het kringenmodel dat wij in ons preadvies hebben beschreven.



In het hart bevindt zich de regel, daaromheen zien we de oogmerken, eventueel de subdoelen en ten slotte, naast de buitenste cirkel, de doelen. Feitelijk is het kringenmodel drie keer een gekantelde trechter, voor drie verschillende regels.

Het kringenmodel laat zien hoe ver de afwijking afstaat van de oorspronkelijke regel, de oogmerken en de doelen. Dit kan helpen als men moet bepalen of en, zo ja, in hoeverre een afwijking gerechtvaardigd is. Het uitgangspunt dat naarmate de afwijking groter is, de eisen aan de onderbouwing zwaarder zullen zijn, blijft uiteraard gelden. Dit sluit aan bij de jurisprudentie onder de Wabo.

Het principe dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de Omgevingswet (Ow) aanvult, is ook van belang. De geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen moeten bij het maatwerk worden betrokken. Hoe groter de afwijking, des te beter en uitgebreider de onderbouwing moet zijn. De belangenafweging en de motivering kunnen uit elkaar worden gehaald aan de hand van de doelen en oogmerken, zoals we in het kringenmodel hebben gezien. Voor de praktijk zijn echter de feitelijke onderbouwing en de toetsing daarvan door de rechter van belang.

De belangenafweging kan inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van drie elementen, afkomstig uit de Europese jurisprudentie, van oorsprong uit de Duitse jurisprudentie, over het begrip evenredigheid. Dit gaat verder dan de Nederlandse interpretatie van het evenredigheidsbeginsel. De drie elementen zijn:

- de noodzakelijkheid;
- de geschiktheid;
- de proportionaliteit.

We kennen dit ook van de uitspraak *Appingedam*. Om de criteria goed te kunnen toepassen is het uiteraard van belang dat gemeenten consistent beleid hebben, maar nóg belangrijker is dat ze ook consistent en stelselmatig volgens dat beleid handelen. Voor ons staat voorop dat maatwerk altijd een uitzondering moet zijn. Volgens de beleidscyclus moet men het beleid regelmatig evalueren en monitoren. Als regelmatige afwijking dreigt, moet het omgevingsplan worden aangepast. Daarover gaan we graag met de toehoorders in gesprek.

Voorzitter: Bij deze op zichzelf heel indrukwekkende presentatie bekwam wellicht de toehoorders het gevoel dat het bij een nogal theoretische uiteenzetting van de doelenbenadering bleef en dat het misschien wel aardig zou zijn in de praktijk te bekijken hoe deze benadering uitpakt. De preadviseurs zullen nu een en ander concreter maken aan de hand van een casus.

Vervolgens zullen wij de gedachtewisseling met het aanwezige publiek laten plaatsvinden aan de hand van stellingen. Daarbij moeten de deelnemers aan deze sessie actief worden en meestemmen over stellingen die de preadviseurs hebben bedacht. De preadviseurs zullen hun stellingen telkens toelichten. Enkele vragenstellers hebben zich tevoren aangemeld. Hun bijdragen zullen we min of meer laten aansluiten bij de stellingen.

Kortom, er is in de behandeling van het preadvies een soort structuur. De toehoorders moeten zich daardoor echter niet laten weerhouden een vraag te bedenken. Zij kunnen die stellen na aanmelding door de microfoon aan te zetten of door de vraag in de chat te stellen.

Casus

Van Renssen: Heel fijn om iedereen in deze videosessie te zien! Wij zijn heel blij dat we eindelijk aan het verdedigen van ons preadvies toekomen. We hoopten dat in mei al te mogen doen, maar het kan dan nu in november alsnog.

Het leek ons goed de inhoud van ons preadvies, zoals zojuist samengevat, toe te lichten aan de hand van een casus met enige plaatjes. Ons voorbeeld gaat over een rustige woonwijk. De doelen van het geldende omgevingsplan zijn zorg dragen voor een goede woonomgeving en ruimte bieden voor voldoende energievoorziening. Als oogmerk nemen we daarbij het in stand houden van een goed woonklimaat en eventueel mogelijk maken van recreatie in het groen. Activiteiten die worden gereguleerd zijn wonen, groenonderhoud en recreatie.

Doelen:

- *zorgdragen voor een goede woonomgeving*
- *ruimte bieden voor voldoende energievoorziening.*
- *Het oogmerk voor de regels in de woonwijk: in stand houden van een goed woonklimaat, recreatie in het groen*
- *activiteit wonen, groenbeheer en recreatie*



In deze context doet zich het geval voor dat het bestuur beoogt een windturbine te laten oprichten. De locatie daarvan is gelegen in de strook groen die langs de rustige woonwijk ligt.

De activiteit 'oprichten van een installatie voor windenergie' is niet toegestaan; het bestuur wil afwijken van het omgevingsplan. Wat ons betreft zou aan de hand van het kringenmodel nu eerst moeten worden bekeken welke stappen kunnen worden gezet om te constateren hoe groot de afwijking überhaupt is. De eerste vraag is dan: past het oprichten van de windturbine binnen de oogmerken van de regel waarvan wordt afgeweken? De regeling is geschreven met het oogmerk het in stand houden van een goed woonklimaat en eventueel recreëren in het groen. Je kunt je voorstellen dat de afwijking eventueel binnen het oogmerk 'in stand houden goed woonklimaat' past, bijvoorbeeld als de windturbine zo wordt neergezet, dat deze aan de geluidsnormen voldoet en geen onnodige slagschaduw veroorzaakt, waardoor geen afbreuk aan het goede woonklimaat wordt gedaan. Wanneer mensen dan ook nog steeds in de groenstrook kunnen wandelen en de hond kunnen uitlaten zonder gevaar voor de veiligheid, past de oprichting van de installatie ook binnen het oogmerk recreatie in het groen.

De volgende stap zou kunnen zijn: het beantwoorden van de vraag of de oprichting van de installatie binnen de beoordelingsregels voor inherente afwijking past. In dit geval hebben we zulke regels voor een windturbine niet opgenomen, zodat we die stap overslaan.

De vervolgstap aan de hand van het kringenmodel is het beantwoorden van de vraag of de oprichting van de installatie binnen de doelen van het omgevingsplan past. U ziet dat voldoende energievoorziening een van de doelen is, zodat die vraag bevestigend kan worden beantwoord. Verder kan onder bepaalde voorwaarden, bijvoorbeeld ten aanzien van geluid, slagschaduw en veiligheid, ook worden voldaan aan het doel van een goede woonomgeving.

Aan de orde komt hierna of wordt voldaan aan de evenwichtige toedeling van functies aan locaties, want die eis geldt voor elke afwijking van het omgevingsplan. Nu we al naar de oogmerken en de doelen hebben gekeken, is het onderbouwen van de evenwichtige toedeling van functies aan locaties gemakkelijk. Als er nog steeds sprake is van een goed woonklimaat en als nog steeds gebruik kan worden gemaakt van de groenstrook en bijvoorbeeld van de naastgelegen weg, kan tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties worden geconcludeerd.

Hieruit blijkt dat, in verband met een initiatief tot een activiteit die buitenplans afwijkt van het geldende omgevingsplan, aan de hand van het kringenmodel een vergunning zou kunnen worden verleend. In dit geval kan worden volstaan met drie stappen, omdat de activiteit binnen de doelen van het omgevingsplan past. Met dit voorbeeld laten wij tevens zien dat de belangenafweging en de motivering van besluiten aan de hand van het kringenmodel uit elkaar kunnen worden getrokken.

Bij dit alles teken ik nog aan dat voor de uitvoeringspraktijk ook de feitelijke onderbouwing van belang is. Het gaat om het feitelijke doel, in dit geval de energievoorziening, maar ook om de wijze waarop dit wordt nagestreefd en de vraag of er mogelijke alternatieven zijn, terwijl tevens moet worden stilgestaan bij de manier waarop binnen de gemeente energievoorziening wordt nagestreefd, bijvoorbeeld in het licht van de vraag of dat stelselmatig en consequent gebeurt en in het licht van het beleid in de regio.

Dit voorbeeld willen we de deelnemers aan de discussie meegeven.

Voorzitter: Dit maakt de materie concreter. De toehoorders merken dat we al diep in de Omgevingswet en de omgevingsplannen verzeild zijn geraakt. De beoogde inwerkingtredingsdatum voor de wet is er nog niet, maar we zijn al wel ver in de materie gedoken. Het gaat over maatwerk en over afwijken van het omgevingsplan. Ik denk dat de doelen waarover Nienke van Renssen heeft gesproken, dan ook daadwerkelijk in het omgevingsplan zelf worden opgeschreven. Klopt dat?

Van Renssen: Ja, dat klopt. De doelen staan concreet in het omgevingsplan, specifiek voor het betrokken gebied, de rustige woonwijk.

Gedachtewisseling

Voorzitter: We zullen nu een stelling van de preadviseurs zichtbaar maken en de deelnemers daarover laten stemmen.

Stelling 1A

‘Het brede begrip “veilige en gezonde fysieke leefomgeving en goede omgevingskwaliteit” zal leiden tot een meer samenhangende benadering dan verschillende sectorale doelen zoals “een goede ruimtelijke ordening” of “bescherming van het milieu”.’

Lurks: In artikel 1.3 van de Omgevingswet worden de verschillende doelen van 26 sectorale wetten verenigd in twee maatschappelijke hoofddoelen. Het eerste hoofddoel gaat over het waarborgen van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving en het tweede hoofddoel gaat over het benutten van de fysieke leefomgeving door de mens. De Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur heeft opgemerkt dat er geen objectieve maatstaf is voor een juiste balans tussen deze twee hoofddoelen van de wet. We hebben te maken met een politiek-bestuurlijke afweging die gemotiveerd en democratisch gelegitimeerd moet zijn binnen de eisen van de wetgeving.

De stelling die nu aan de orde is, heeft betrekking op het eerste hoofddoel, de waarborgkant van het recht. Wij stellen dat het comprimeren van 26 sectorale wetelijke doelen tot twee maatschappelijke integrale hoofddoelen zal leiden tot een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving. Met name denken wij aan de mogelijkheden om een goede ruimtelijke ordening en de bescherming van het milieu beter te integreren. Deze bieden kansen voor een meer samenhangende benadering.

Oordeel

Bij de stemming over stelling 1A spreekt 68% zich vóór de stelling uit.

Voorzitter: Op verzoek van de preadviseurs brengen we nu meteen stelling 1B in stemming.

Stelling 1B

Artikel 2.1 lid 2 Ow: *'Het bestuursorgaan houdt [bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden] rekening met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen.'*

De tekst van artikel 2.1 lid 2 Ow vereist een verdergaande belangenafweging dan artikel 3:4 lid 1 Awb (afweging van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen).

Van Rensen: Wij zijn benieuwd naar de uitslag van de stemming over deze stelling. Nadat die bekend is geworden, zullen we nader commentaar geven. Bij de stemknoppen zit overigens ook nog de mogelijkheid om aan te geven dat men geen mening heeft.

Oordeel

Bij de stemming over stelling 1B spreekt 51% zich vóór de stelling uit.

Van Rensen: Ik vind deze uitslag interessant. 51% is een krappe meerderheid. Een grotere meerderheid was het tot onze vreugde met stelling 1A eens. Wat stelling 1B betreft: artikel 2.1 lid 2 Ow gaat naar onze mening wel degelijk verder dan artikel 3:4 Awb. Van belang is dat het in de Omgevingswet vooral gaat om rekening houden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten. Dit gaat, vinden wij, verder dan het afwegen van de rechtstreeks betrokken belangen als bedoeld in de Awb, omdat het ook betrekking heeft op indirect betrokken relevante aspecten die samenhang vertonen. In de Omgevingswet is overigens sprake van 'rekening houden met', maar dit stuurt blijkens de toelichting ook de belangenafweging. In wezen gaat het in de Omgevingswet om hetzelfde als het afwegen in artikel 3:4 Awb. Met name de samenhang van de onderdelen en aspecten is van belang, en de opdracht om daarmee rekening te houden is van groot gewicht. Deze samenhangende of integrale benadering is een van de uitgangspunten voor ons preadvies.

Voorzitter: Marloes Brans heeft te kennen gegeven dat zij een vraag zou kunnen stellen die in ieder geval te maken heeft met stelling 1A.

Marloes Brans³

Dank aan de preadviseurs voor hun mooie en interactieve inleiding. Ik wil een vraag stellen over het brede begrip ‘veilige en gezonde fysieke leefomgeving en goede omgevingskwaliteit’.

In het preadvies wordt de conclusie getrokken dat het hier om een integrale norm gaat die naar verwachting tot meer flexibiliteit zal leiden. Ik meen dat er in de stemming van zojuist enige consensus over het leiden tot een meer samenhangende benadering bleek te zijn. Die benadering staat dan tegenover de rechtszekerheid die de sectorale benadering biedt, een tegenstelling die in het preadvies tot uiting komt. Is volgens de preadviseurs een tussensysteem denkbaar, laten we zeggen een systeem van rechtszekere flexibiliteit? Ik denk aan een systeem waarin een gemeente aan de hand van een vastgestelde prioritering in omgevingsonderwerpen – waarbij je je op grond van de omgevingsvisie iets kunt voorstellen – en met behulp van bijvoorbeeld een puntenmatrix probeert het heel brede begrip ‘veilige en gezonde fysieke leefomgeving en goede omgevingskwaliteit’ op een meer kwantitatieve manier in te vullen en op die manier ook meer rechtszekerheid te realiseren. Ter toelichting op de puntenmatrix: aan bepaalde onderdelen zouden meer of minder punten kunnen worden toegekend.

Is er volgens de preadviseurs ruimte voor een dergelijke tussenweg?

Marco Lurks

Marloes Brans komt met een mooie vraag. Het leuke is dat we haar voorstel inderdaad hebben gezien. We kwamen echter tot de conclusie dat met name die puntenmatrix weliswaar een goed hulpmiddel is, maar dan eerder bij de omgevingsvisie dan bij het omgevingsplan. In ons preadvies verwijzen wij naar het proefschrift van Susanne Stoter.⁴ Zij heeft opgemerkt dat het specialiteitsbeginsel tot een onderlinge prioritering van de betrokken belangen noopt. Bij het opstellen van de regel moet je al aangeven aan welk belang je het meeste gewicht toekent. Als het omgevingsplan wordt opgesteld, moet de prioritering in de beleidsdoelen dus al worden aangebracht en inzichtelijk worden gemaakt. Een matrix kan helpen bij het inzichtelijk maken, maar de keuze zul je volgens ons al in het omgevingsplan moeten doen. Wel hebben we voorzien in een mogelijkheid tot maatwerk in de vorm van een bestuurlijke afwijking.

Nienke van Renssen

Een aanvulling op de reactie van Marco aan het adres van Marloes Brans. Wij zien een gevaar waarvan ik me afvraag of ook Marloes het ziet. Als je een puntenmatrix opneemt of op een andere manier ‘flexibel rechtszeker’ bezig bent, zal er

³ Advocaat bij Houthoff.

⁴ W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever: een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000.

uiteindelijk toch nog voor innovatieve of andere projecten aan de achterkant moeten worden afgeweken. Dan kun je aan de voorkant nóg zo'n mooi systeem hebben bedacht, in het omgevingsrecht blijken zich aan de achterkant altijd weer casussen en zaken voor te doen die toch weer een afwijking wenselijk maken.

Ook wij hebben hierover nagedacht. In VNG-verband is aandacht besteed aan de vraag hoe tot een integrale toetsing te komen. In het kader van de omgevingsvisie met accent op het toetsingskader hebben we, ook in overleg met de Commissie m.e.r., onderzocht of je aan de hand van het alternatievenonderzoek dat je in een milieueffectrapportage moet opnemen, tot prioritering voor de omgeving kunt komen. Er is toen een handreiking voor het opstellen van een omgevingsvisie geschreven. In de omgevingsvisie wordt het beleid geformuleerd en naar aanleiding van de prioritering leg je dan in het omgevingsplan de regels vast.

Marloes Brans

De toelichting is helder en begrijpelijk. Het is interessant, te vernemen dat de m.e.r.-matrix mede wordt gebruikt om de omgevingsvisie vorm te geven. Dat lijkt mij een goede werkwijze.

Ik benader de materie met name vanuit het oogpunt van de rechtzoekende, de gebruiker van de Omgevingswet aan de andere kant. In die context zou ik mij kunnen voorstellen dat een bepaalde vorm van matrix ook op planregelniveau kan helpen bij het nader invullen van de afweging.

Voorzitter: Als in de omgevingsvisie allerlei matrices en puntenstelsels zijn opgenomen, is dat toch relevant voor de vraag of een buitenplanse omgevingsactiviteit toegestaan wordt? Kan dat niet wat meer rechtszekerheid creëren voor de rechtzoekende op het moment dat hij wil voorspellen of hij die omgevingsplanactiviteit al dan niet vergund zal krijgen?

Van Rensen: Die relevantie is er zeker. Wij pleiten voor een consequent, stelselmatig en samenhangend beleid. Dat heb je als je maatwerk gaat inzetten juist nodig om rechtszekerheid te kunnen waarborgen. Er moet een omgevingsvisie zijn met een duidelijke prioritering en duidelijke doelen, waarin onderscheid wordt gemaakt om aan te geven welk doel boven een ander doel gaat en waar de prioriteit ligt. Dat is essentieel, wil men op een goede manier maatwerk kunnen leveren. Men kan niet volstaan met acht gelijkwaardige doelen die men in de gemeente wil bereiken.

Hanna Tolsma⁵

Mijn complimenten voor de preadviseurs. Ik heb hun verhandeling met veel plezier gelezen en ik zal die vermoedelijk de komende tijd vaak ter hand nemen om me in te lezen.

Met stelling 1B was ik het echter niet eens.

5 Universitair docent bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Dat komt doordat ik anders aankijk tegen de verhouding tussen de Awb en de Omgevingswet op dit punt. In mijn beleving is het helemaal niet mogelijk dat in een bijzondere wet een verdergaande belangenafweging wordt vereist dan artikel 3:4 Awb voorschrijft. Dat artikel bevat een plicht voor het bestuur om binnen de ruimte die de wet laat alle relevante belangen te wegen. Als een bijzondere wet beleidsvrijheid biedt, moet het bestuursorgaan belangen afwegen: dat is het vertrekpunt. Een volgende vraag is dan hoeveel ruimte de bijzondere wet het bestuursorgaan laat. Daarbij speelt het specialiteitsbeginsel een rol: het bestuursorgaan moet nagaan met welk specifiek doel het van de wetgever een bevoegdheid heeft toegekend gekregen.

In de context Omgevingswet is die vraag wat moeilijker te beantwoorden, want daarin hebben we met brede maatschappelijke doelen te maken, en artikel 2.1 Ow geeft gelukkig een beetje richting. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat de taken en bevoegdheden worden uitgeoefend met het oog op de maatschappelijke doelen van de wet, tenzij daarover specifieke regels zijn gesteld. Dat laatste zal vaak het geval zijn.

Artikel 2.1 Ow speelt, kortom, bij het bepalen van de reikwijdte van de belangenafweging bij het uitoefenen van een bevoegdheid op grond van de Omgevingswet een belangrijke rol, en het bestuursorgaan is verplicht tot die belangenafweging te komen op grond van artikel 3:4 Awb. Hoe zien de preadviseurs de verhouding tussen de Awb en de Omgevingswet op dit punt?

Nienke van Rensen

Dank aan Hanna Tolsma voor haar complimenten en haar heldere vraag. Zij roept een interessante discussie op: is de Awb op dit punt niet altijd verdergaand dan de bijzondere wet? Misschien is het kernpunt in die discussie wel de mate van vergaandheid waarmee we artikel 3:4 lid 1 Awb moeten interpreteren.

Bij de analyse van artikel 2.1 lid 2 Ow viel ons op dat de wetgever heeft gemeend met het oog op de belangenafweging binnen de fysieke leefomgeving een specifieke opdracht aan het bestuur te moeten meegeven. Omdat bij zo'n afweging méér betrokken is dan de rechtstreeks betrokken belangen, menen wij dat het om een verdergaand type afweging gaat dan in de Awb, waarin het woord 'rechtstreeks' is opgenomen omdat het bestuursorgaan niet een oneindige hoeveelheid belangen in de beschouwing hoeft te betrekken. In de Omgevingswet daarentegen is ook de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving aan de orde.

De formuleringen in de Omgevingswet zijn zeer breed; ik denk dan uiteraard met name aan artikel 1.3 Ow. Het is de bedoeling geweest een groot aantal maatschappelijke doelen als grondslag van de bevoegdheid op te nemen. Dat is het interessante aan deze wet. Tegen deze achtergrond en gezien artikel 2.1 lid 2 Ow, in combinatie met artikel 1.3 Ow, denken wij dat de opdracht tot belangenafweging wellicht verder gaat dan die in artikel 3:4 Awb.

Marco Lurks

Ik onderschrijf de reactie van Nienke op de interventie van Hanna Tolsma. De bestuursorganen krijgen in artikel 2.1 lid 2 Ow echt de opdracht zich gemotiveerd rekenschap te geven van de samenhang van de relevante onderdelen van de fysieke leefomgeving. Het bewerkstelligen van een samenhangende benadering is verplicht. Daarbij gaat het dan niet meer om een optelsom van de sectorale taken en bevoegdheden, maar om ‘integrale omgevingszorg’. De samenhangende benadering waar dat begrip voor staat, komt op diverse plekken in de Omgevingswet terug, en is ook nog gekoppeld aan een beleidscyclus voor het opstellen van beleid, het maken van regels, het monitoren en het aanpassen.

Hanna Tolsma

Ik ben nog niet helemaal overtuigd. Zoals ik dit als bestuursrechtjurist zie, kan de bijzondere wetgever geen verdergaande belangenafweging eisen dan artikel 3:4 lid 1 Awb.

Voorzitter: Beide standpunten zijn helder, maar ze liggen niet op één lijn. Ik zie overigens dat door een van de andere deelnemers het woord is gevraagd.

Aletta Blomberg: Ik heb inderdaad mijn digitale hand opgestoken, in de hoop dat het zou worden opgemerkt!

Zojuist heb ik bij deze stelling 1B op ‘eens’ geklikt, maar ik deed dat eigenlijk omdat ik aan die stelling de interpretatie gaf dat artikel 2.1 lid 2 Ow als een verbijzondering van artikel 3:4 lid 1 Awb moet worden gezien. Ik denk dat artikel 2.1 lid 2 Ow ook inderdaad zo’n verbijzondering is. Misschien is in de stelling het woord ‘verdergaand’ enigszins ongelukkig gekozen. Artikel 3:4 Awb geeft de normstelling voor de bestuurlijke belangenafweging, maar de bijzondere wetgever kan natuurlijk wel sturing en invulling geven als het om de vraag gaat welke belangen worden meegewogen en welk gewicht zij krijgen. Zo zie ik artikel 2.1 lid 2 Ow. Je kunt een vergelijking maken met de beginselplichtjurisprudentie in het handhavingsrecht. De rechter heeft daar op een bepaald rechtsgebied invulling gegeven aan wat er in het kader van de belangenafweging moet worden gedaan.

Volgens mij sluit dit aan bij wat door zowel de preadviseurs als door Hanna Tolsma naar voren is gebracht.

Voorzitter: Ik ben blij met deze verzoenende opmerking; zelf heb ik op ‘oneens’ geklikt.

Blomberg: Ik ben het met Hanna eens dat de bijzondere wetgever niet iets verdergaands kan bepalen dan wat uit artikel 3:4 Awb voortvloeit. Het woord ‘verdergaand’ in de stelling kan ter discussie staan. Ik was van een andere interpretatie uitgegaan, maar als ik de stelling 1B heel letterlijk opvat, ben ook ik het er niet mee eens. Mij gaat het erom dat de bijzondere wetgever invulling kan geven aan de manier waarop de belangenafweging vorm moet krijgen. Dat is volgens mij wat er

in artikel 2.1 Ow gebeurt, en dat is niet verdergaand dan artikel 3:4 Awb of in strijd daarmee.

Voorzitter: Bij onze gedachtewisseling zijn we nu toe aan stelling 2. Ook deze komt, op verzoek van de preadviseurs, eerst direct in stemming.

Stelling 2

‘De onderbouwing van een besluit aan de hand van noodzaak, geschiktheid, proportionaliteit (gelet op de doelen en oogmerken) helpt de afweging inzichtelijk te maken en biedt een helder kader voor toetsing door de rechter.’

Oordeel

Bij de stemming over stelling 2 spreekt 81% zich vóór de stelling uit.

Voorzitter: Is er eigenlijk wel een goede reden om tegen deze stelling te zijn?

Van Renssen: Wellicht wel. Je kunt natuurlijk de opvatting hebben dat de onderbouwing aan de hand van noodzaak, geschiktheid en proportionaliteit redelijk vergaand is, maar ik ben blij met de uitslag van de stemming. Aan maatwerk moet natuurlijk een belangenafweging ten grondslag liggen die sowieso aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoet. De Awb vereist dat bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel in acht worden genomen. Bij een toets van de verhouding tussen doel en middel kom je al vrij snel op het terrein van het evenredigheidsbeginsel. Nu is dat beginsel in het omgevingsrecht altijd redelijk terughoudend toegepast, maar ons standpunt is dat voor toetsing van de doelenbenadering de door ons genoemde elementen uit Europese jurisprudentie aanknopingspunten bieden.

Hirsch Ballin heeft in zijn preadvies uit 2015 al gepleit voor een integrale toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid, criteria die we tegenwoordig kennen uit de Dienstenrichtlijn en uit de recente uitspraak *Decathlon Schiedam*. Bij ‘noodzakelijkheid’ gaat het om de vraag of het middel het doel dient en of het noodzakelijkerwijs moet worden ingezet om het doel te bereiken, bij ‘evenwichtigheid’ komt aan de orde of er inbreuk wordt gemaakt op de oorspronkelijke regel en, zo ja, of dit in verhouding staat tot het doel, en met ‘geschiktheid’ wordt bedoeld op de vraag of er alternatieve mogelijkheden zijn, opdat de maatregel niet verder gaat dan nodig is, en op de wijze waarop het doel wordt nagestreefd. Het nastreven van het doel moet juist, coherent en systematisch verlopen. De rechter hoeft als hij wil toetsen niet in hoge mate op de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten, want toetsing kan plaatsvinden aan de hand van objectieve en analytische gegevens en kan nog steeds een procedureel karakter hebben. Wat ons betreft is een dergelijke benadering bij uitstek zinvol voor discretionaire bevoegdheden, zoals de bevoegdheid tot toepassing van maatwerk in het omgevingsrecht. Het gaat om een heel dynamisch en flexibel stelsel. Vandaag hebben we al het devies ‘maatwerk vereist maatwerk’ kunnen horen, dat referent Peters naar aanleiding van het preadvies van Van den Berge ten tonele heeft gevoerd. Ook maatwerk van de rechter is geboden: als de wetgever terugtreedt, moet de toetsing door de rechter indringender

worden. Juist in dit geval gaat het om samenhang tussen een veelheid van aspecten en diverse belangen, waarbij de toets aan noodzaak, geschiktheid en evenwichtigheid wat ons betreft een oplossing kan bieden.

Voorzitter: Veel dank voor de toelichting op de overwegingen die we bij het stemmen hadden kunnen hebben. Zelf had ik nog de gedachte dat het woord ‘besluit’ in de stelling bijzondere aandacht verdient.

Overigens zijn er veel mensen die iets over deze stelling willen zeggen. De eerste die daarvoor een goede reden heeft is Frans Tonnaer. Hij heeft namelijk in het NTB als recensent op het preadvies gereageerd en heeft daar niet al zijn kruit verschoten. Helaas kan hij niet aan deze sessie deelnemen, maar hij heeft zich laten verleiden een filmpje van zijn interventie te maken.

Frans Tonnaer⁶ (eerder opgenomen interventie)

Goedemiddag, aanwezigen bij deze bijzondere jaarvergadering van de VAR. Het is een voorrecht dat ik via deze weg de mogelijkheid heb in deze vergadering een inbreng te leveren. Natuurlijk wil ik de preadviseurs op de eerste plaats feliciteren met hun degelijk uitgewerkte, goed gestructureerde en breed gekozen benadering van de problematiek. De door hen creatief ontwikkelde interessante alternatieve driekringenleer als onderdeel van de doelenbenadering kan in de praktijk een welkom instrument zijn. Het model kan goede diensten bewijzen voor in casu het gemeentebestuur bij de invulling van beleidsruimte bij besluiten op basis van het omgevingsplan. De Omgevingswet beoogt die ruimte te vergroten, waardoor aan zo’n drieslag meer dan voorheen behoefte bestaat. Mijn compliment, Marco en Nienke, voor jullie bijzondere preadvies in het algemeen en voor de vondst van de driekringenbenadering in het bijzonder. Top!

De mogelijkheid tot het stellen van een vraag is voor mij aanleiding om een onderwerp aan te snijden waarvoor geen gelegenheid was in mijn recensie die is gepubliceerd in het NTB van juli dit jaar. Het betreft de driekringenbenadering in relatie tot het evenredigheidsbeginsel. Die benadering is van belang nu de wetgever er in het nieuwe systeem voor heeft gekozen dat in principe steeds van een omgevingsplan moet kunnen worden afgeweken. Het model zal bestuur en burgers bij het gebruik van die afwijkingsbevoegdheid het nodige houvast moeten bieden, zowel binnen als buiten het plan. De buitenste kring – het meest ruime kader – betreft uiteindelijk de hoofddoelen van de Omgevingswet, en die doelen zijn het beschermen en het benutten van de fysieke leefomgeving.

In paragraaf 5,5 van het preadvies wordt het evenredigheidsbeginsel van stal gehaald. Het tweede lid van artikel 3:4 van de Awb bevat de formulering van dat beginsel: de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen. De auteurs gaan vervolgens tamelijk uitgebreid in op de wijze waarop de Nederlandse

6 Wetenschappelijk onderzoeker, docent en adviseur; emeritus-hoogleraar omgevingsrecht aan de Open Universiteit. Heeft het preadvies van Lurks en Van Renssen gerecenseerd: NTB 2020/135.

bestuursrechter en het Europese Hof van Justitie dit beginsel hebben toegepast. Zij behandelen daarbij elementen als geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Dat roept bij mij de vraag op naar de relatie van de doelenbenadering uit het driekringenmodel met die van het evenredigheidsbeginsel. Maakt dit beginsel van het driekringenmodel deel uit c.q. is het daarin in te passen, of staat het erbuiten en heeft de toepassing van het beginsel gevolgen voor de wijze waarop het model wordt toegepast? Als het beginsel onderdeel van het model uitmaakt, is mij de plaats in het model niet duidelijk. Staat het beginsel buiten het model, dan is de invloed van het beginsel op het model voor mij onduidelijk. Wordt de driekringenbenadering door het beginsel centraal overkoepelend overruled? Dat zou waar kunnen zijn.

Nienke van Rensen

Wij willen Frans Tonnaer heel hartelijk bedanken voor de vraag die hij stelt. Ook waren wij erg verheugd over het mooie overzicht dat hij in zijn NTB-bespreking heeft gegeven. Hij vraagt nu naar de verhouding tussen het kringenmodel en het evenredigheidsbeginsel. Dat model is echter alleen een model en geen beginsel. Wat daarin staat, zal in werkelijkheid ook vaak over en weer overlappend zijn of een veel grilliger patroon vertonen. Het kringenmodel dient vooral als een manier om de 'trechter' te kantelen en te kunnen laten zien hoever je met een bepaalde afwijking of met maatwerk af staat van de oorspronkelijke regel. Uiteindelijk moet die afstand worden overbrugd met een belangenafweging. Voor die belangenafweging hebben wij het evenredigheidsbeginsel, met de elementen die we in de stelling hebben benoemd, van stal gehaald, maar dat overruled niet het kringenmodel. Ik zei al dat dit puur een model is en geen beginsel; de elementen van het evenredigheidsbeginsel dienen als aanvulling. Voor ons staat als uitgangspunt voorop dat zo min mogelijk moet worden afgeweken, dus dat zo veel mogelijk maatwerk moet worden geleverd dat binnen het plan past. Van de afwijkingsbevoegdheid moet terughoudend gebruik worden gemaakt.

Marco Lurks

Bij het opstellen van de omgevingsplanregels wordt natuurlijk ook gebruikgemaakt van de verschillende onderdelen van het evenredigheidsbeginsel. Je gaat eerst kijken of de regel wel geschikt is om het oogmerk te bereiken, waarbij je je dan ook moet afvragen of er sprake is van een logische en systematische aanpak van het betrokken doel in het omgevingsplan. Je zult je verder moeten afvragen of de te stellen regel wel noodzakelijk is, en of eventueel een minder ingrijpend alternatief mogelijk is. Wellicht kun je volstaan met een melding in plaats van een vergunning, of met algemene regels zonder vergunnings- of meldingsplicht. Ten slotte zul je je moeten afvragen of de te stellen regel proportioneel is in verhouding tot de te dienen doelen. Zijn voor- en nadelen evenwichtig verdeeld en zijn eventueel compenserende mechanismen nodig?

Deze elementen van het evenredigheidsbeginsel vinden we dus ook al terug bij het vaststellen van de regel zelf.

Voorzitter: We kunnen niet aan Frans Tonnaer vragen of hij tevreden is, maar hij zag er in de opname uit als een tevreden man. Ik denk dat het wel goed komt!

Tijn Kortmann⁷

Ook van mij complimenten aan de preadviseurs; ik heb hun preadvies met plezier gelezen. Stelling 2 is een leuke stelling, zij het dat zij misschien een enigszins voor de hand liggende bewering inhoudt. Met het Nederlandse evenredigheidsbeginsel werd een beetje rommelig omgegaan, zodat het heel goed is dat de preadviseurs voorstellen gestructureerder te werk te gaan.

Ik heb de volgende vraag. Deze aanpak van de belangenafweging kan veel breder worden toegepast dan alleen in het omgevingsrecht, net zoals artikel 3:4 Awb over de hele linie van het bestuursrecht geldt. Specifiek in het omgevingsrecht wordt door de een geklaagd over een feit waarnaar de ander met tevredenheid kijkt: de belangenafweging wordt door de rechter heel terughoudend getoetst. Wat is nu de wens en wat is de verwachting van de preadviseurs met betrekking tot de toetsing van deze belangenafweging? Gaat daar iets in veranderen, zou dat moeten, of bereikt men straks met een andere formulering hetzelfde resultaat?

Marco Lurks

Na deze interventie van Tijn Kortman eerst een korte aftrap van mijn kant. In het preadvies van Lukas van den Berge wordt de wens uitgesproken dat de rechter in het kader van een responsief bestuursrecht tot een indringender toetsing gaat komen. Wij sluiten ons daar helemaal bij aan.

Nienke van Rensen

Veel dank, Tijn Kortmann, voor je compliment. Op de vraag wil ik als volgt reageren. Wij hebben geprobeerd te zoeken naar wat je een brug tussen rechtszekerheid en flexibiliteit zou kunnen noemen, hoewel je in plaats van over een brug ook bijna over koorddans kan spreken. Ik kan bijna geen rechtsgebied noemen waarin afwijken van de norm zo zeer de regel is geworden als in het omgevingsrecht. Op dit rechtsgebied is afwijken niet puur een uitzondering, zoals wel voor andere rechtsgebieden geldt. Ik ben van mening dat het juist in het omgevingsrecht goed zou zijn als de rechter iets meer gestructureerd-inzichtelijk uiteindelijk de belangenafweging toetst. Tijn ziet dat de toetsing tot nu toe nogal tot een rommeltje leidt. In onze visie is iedereen die van de fysieke leefomgeving gebruikmaakt – denk daarbij niet alleen aan de burgers in het algemeen of aan de omwonenden, maar ook aan bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden – erbij gebaat als er helderheid is over de koers die wordt gevaren. Daartoe kunnen we komen aan de hand van de doelenbenadering en daarnaast door de belangenafweging inzichtelijk te maken. Lukas van den Berge heeft in zijn preadvies de mooie formulering

⁷ Advocaat bij Stibbe, en docent aan de Universiteit Utrecht.

gebruikt dat de overheid soms een kritische gesprekspartner nodig heeft. Aan de hand van de criteria noodzaak, geschiktheid en proportionaliteit, die we eigenlijk al kennen van de Dienstenrichtlijn-toetsing, kan die kritische gesprekspartner naar onze mening worden geboden. Wij pleiten dus voor een iets indringender toetsing.

Kortmann: Een zeer duidelijk antwoord, zeker voor juristen. De preadviseurs zeggen zonder voorbehoud: ja, indringender móét!

Joyce Esser⁸

Dank aan Nienke van Renssen en Marco Lurks voor hun mooie preadvies. Ook ik heb een vraag over stelling 2. In hoeverre passen elementen als noodzaak en geschiktheid bij de materiële evenredigheidstoets? Moeten die elementen niet ook een rol spelen als meer aan zorgvuldigheid en motiveringsplicht wordt getoetst? Is het in het Nederlandse bestuursrecht niet eigenlijk al zo dat je niet zomaar besluiten kunt nemen die niet noodzakelijk of geschikt voor het doel zijn?

Voor mijn promotieonderzoek ben ik veel over rechtsvergelijking met Amerika aan het lezen. Daar is men wel eens boos omdat wordt gezegd dat er niet zo'n ontwikkelde evenredigheidstoets is. Er wordt vaak naar literatuur over Duitsland verwezen. Onderdelen als noodzaak en geschiktheid worden bij ons al gehanteerd, zij het heel duidelijk in het procedurele moment. Over wat we op het punt van de materiële evenredigheidstoets van de rechter verwachten, kan een afzonderlijke discussie worden gevoerd. Je zou zelfs kunnen zeggen dat er juist een minder overzichtelijke rechterlijke toetsing is als je de drie door de preadviseurs genoemde elementen onder evenredigheid schaart. Er kan makkelijk invulling aan de politieke vraag worden gegeven door die drie elementen een beetje door elkaar te rommelen. Ik vraag mij af hoe de preadviseurs hierover denken.

Nienke van Renssen

Ik ben heel benieuwd naar de ervaringen van Joyce Esser met de Amerikaanse rechtsbeginselen en de toepassing daarvan. Inderdaad vereist ook het zorgvuldigheidsbeginsel al dat er iets over noodzaak en geschiktheid van de betrokken maatregel wordt gezegd, hoewel dit in Nederland naar mijn indruk lang niet altijd gebeurt. Wellicht kijken anderen daar anders tegenaan. Bij het zorgvuldigheidsbeginsel gaat het vaak om een formeel zorgvuldige voorbereiding en bij het motiveringsbeginsel om de vraag of er een motivering is die het besluit kan dragen. Op de verhouding tot het doel, op de ingrijpendheid van het middel en op de vraag of er andere manieren zijn om hetzelfde doel te bereiken, gaat men bij een dergelijke toetsing meestal niet in. Met het oog daarop hebben we de door Joyce bedoelde elementen onder de evenredigheid geschaard. Het Nederlandse evenredigheidbeginsel heeft in hoge mate betrekking op de vraag of de maatregel geen nadelige gevolgen heeft voor één of meer belanghebbenden, waarmee de benadering in onze

8 Promovenda aan de Universiteit Leiden.

ogen te beperkt is. Elementen als noodzaak en geschiktheid moeten niet op één hoop worden gegooid; je kunt ze juist heel goed uit elkaar trekken, wat tot een heldere besluitvorming zal bijdragen.

Voorzitter: De preadviseurs sluiten aan bij de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel op Europees niveau wordt ingevuld. Zo heb je direct een goede en gewichtige onderbouwing achter je stelling! Volgens mij komt hun benadering trouwens ook al in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak tot uiting. Wie weet krijgen ze helemaal gelijk en zijn we die richting zelfs al ingeslagen.

Gelet op de tijd en op de vragenstellers die nog zitten te wachten, ga ik nu – als de preadviseurs dat mij toestaan – stelling 3 voorlopig overslaan. Ik zie dat de preadviseurs ermee instemmen dat nu stelling 4 aan de orde komt.

Stelling 4

‘Voor de reikwijdte en het beschermingsbereik van de regel is het van belang om duidelijke doelen en oogmerken te verbinden aan de regels in het omgevingsplan. Het omgevingsplan biedt daarvoor betere mogelijkheden dan het bestemmingsplan.’

Voorzitter: Zou een wetgever niet altijd duidelijke doelen bij een regel moeten hebben?

Lurks: Zal ik dat na de stemming nader toelichten?

Oordeel

Bij de stemming over stelling 4 spreekt 47% zich vóór de stelling uit.

Voorzitter: Dit is toch eigenlijk wel een kernstelling van het preadvies! De preadviseurs vinden dat in een omgevingsplan duidelijke doelen, oogmerken en subdoelen voor bepaalde regels moeten worden opgenomen. Toch merken we dat maar 47% het met deze stelling eens is. Hoe reageren de preadviseurs daarop?

Lurks: Waar het ons om gaat, is dat je aan de hand van doelen meer samenhangend over de fysieke leefomgeving kunt nadenken. Met het formuleren van concrete doelen geeft de gemeenteraad de kaders weer waarbinnen de regels van het omgevingsplan zich bewegen. Dat schept de mogelijkheid tot een zekere flexibiliteit van de regels, zolang de concrete doelen en de daaraan verbonden oogmerken maar op een juiste manier worden gediend. In vergelijking met de huidige situatie lijkt ons dat een verbetering. In het bestemmingsplan geldt namelijk maar één doel: een goede ruimtelijke ordening. Met de duidelijke doelen en oogmerken beogen wij het omgevingsplan concreter, flexibeler en tegelijkertijd meer kaderstellend te maken.

Gelet op de verschillende bronnen die er zijn, zoals omgevingsvisies, programma's, gemeentelijke verordeningen en algemene maatregelen van bestuur, is het van belang alle doelen te identificeren en op basis daarvan een omgevingsplan vast te stellen. Die doelen vormen de gecondenseerde redenen waarom regels in het omgevingsplan worden opgenomen. Door de doelen expliciet in het omgevingsplan te benoemen, creëert men inzicht in de consistentie.

Een tweede voordeel van de doelenbenadering is dat zij de uitlegbaarheid en de voorspelbaarheid van de regels in het omgevingsplan vergroot. Er kan over de regels makkelijker verantwoording worden afgelegd. Ook bij het beschermingsbereik en de relativiteit van de concrete rechtsnormen en de verbodsbepalingen kunnen de doelen en de oogmerken een heel belangrijke rol spelen. Ten slotte vermeld ik dat de doelenbenadering bijdraagt tot het op coherente en systematische wijze toepassen van het beleid. Dat speelt ook een rol bij de beantwoording van de vraag of een maatregel wel geschikt is om het doel te bereiken.

Ik hoop dat wij hiermee van 47 naar 81% gaan!

Voorzitter: Dat gaan we als je het goed vindt niet testen!

Gerrit van der Veen⁹

Ik ben over de stemmingsuitslag bijzonder verbaasd, maar ik wil beginnen met de preadviseurs van harte te feliciteren met het bereikte resultaat. Hun preadvies is een hartstikke mooi verhaal, heel doordacht en goed voor de ontwikkeling van het omgevingsrecht. De vervolgvraag is natuurlijk of hun benadering ook gaat werken voor het omgevingsplan.

Het omgevingsplan beoogt het bestemmingsplan op te volgen en moet tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties leiden. Is daarmee voldoende gezegd? Uit het gloedvolle betoog van Marco Lurks van zojuist blijkt dat het antwoord volgens de preadviseurs ontkennend moet luiden: het omgevingsplan moet ook voldoen aan de twee maatschappelijke hoofddoelen die aan het begin van de Omgevingswet worden genoemd (artikel 1.3 Ow). Die hoofddoelen betreffen het waarborgen van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving en het benutten van de fysieke leefomgeving door de mens. Als men zich zou beperken tot de fysieke leefomgeving zelf, zou er een weinig gestructureerd en doelloos omgevingsplan komen, zonder dat wordt aangegeven in hoeverre het plan de maatschappelijke doelen dient.

Hoe reëel is het nu daadwerkelijk doelen en oogmerken voor gebieden en activiteiten te formuleren naast of in aanvulling op de toedeling van functies aan locaties? Zoals ik de wet lees, verlangt deze immers alleen de toedeling van functies aan locaties. Als het erom gaat dat een plan langs de bestuursrechter komt, zou ik zelf zo weinig mogelijk doen met de lastige formulering van doelen en oogmerken, want het is al moeilijk genoeg de toedeling van functies aan locaties voor elkaar te krijgen. In dat verband zou ik de preadviseurs willen vragen welke richting dan echt van die doelen en oogmerken uitgaat. Omstreeks 15 minuten vanaf de aanvang van deze sessie hebben de preadviseurs gesproken over de windturbine in de groenstrook naast een rustige woonwijk. Via de vraag of de windmolen past bij de doelen – antwoord: ja, want de molen draagt bij aan de energievoorziening – komt volgens mij uiteindelijk de toetsing dan toch uit bij de evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Dan denk ik: ja, ook best, maar dat was zonder zo'n tussenstap niet

⁹ Hoogleraar milieurecht aan de Rechtsuniversiteit Groningen.

anders geweest. Enigszins provocerend zeg ik dan – ik zie Kars al lachen, want ik doe dit op de universiteit wel vaker –: dit voegt dus eigenlijk helemaal niks toe, want het gaat toch weer om die toedeling van functies aan locaties. Of zie ik dit dan toch te simpel? Ik hoop natuurlijk dat we op een nuance uitkomen.

Voorzitter: Ik lachte niet alleen maar om de vraag, hoor. Ik lachte ook gewoon het leven toe.

Marco Lurks

Wij danken Gerrit van der Veen voor zijn mooie betoog. Mijn reactie daarop, en in het bijzonder op zijn vraag, is de volgende.

Ik lees de Omgevingswet anders. De wet verplicht in artikel 2.1 bij het uitoefenen van taken en bevoegdheden de maatschappelijke doelen in acht te nemen. Er staat dus met zoveel woorden in de wet dat het bestuursorgaan dat moet doen als het om taken en bevoegdheden in het kader van de Omgevingswet gaat. Nu bepaalt het derde lid van artikel 2.1 Ow dat het bestuursorgaan mag specificeren zolang de doelen maar bijdragen aan het vervullen van de twee maatschappelijke hoofddoelen in artikel 1.3 Ow. Artikel 4.2 Ow eist dan dat het omgevingsplan in ieder geval regels moet bevatten met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Uit die zinsnede kunnen we afleiden dat het niet de bedoeling is dat men met zulke regels volstaat; er staat immers ‘in ieder geval’.

Het is niet de bedoeling dat de niet-ruimtelijke aspecten van de wenselijke regels geen plek in het omgevingsplan krijgen. Wat doe je als opsteller van een omgevingsplan met de milieubelastende activiteiten die straks bijvoorbeeld niet meer in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) voorkomen? Ik denk aan horeca-activiteiten en aan de milieubelastende gevolgen van sportfaciliteiten, detailhandel en kantoorgebouwen. Zou je die niet in het omgevingsplan moeten regelen omdat ze niet onder de evenwichtige toedeling van functie aan locaties vallen? Dat lijkt niet de bedoeling; ook niet ruimtelijk relevante regels neem je op in het omgevingsplan. Het gaat dus om méér dan alleen het evenwichtig toedelen van functies aan locaties.

Waarom zouden de gemeenten bij het komen tot omgevingsplannen eigenlijk niet op de door ons bepleite manier te werk moeten gaan? Anders zou het meer gaan om het overzetten van het bestemmingsplan met de ruimtelijk relevante regels naar het omgevingsplan. Als je daarmee volstaat, is dat een beetje zonde. Ik maak de volgende vergelijking. Iemand heeft tien jaar gespaard voor het kopen van een dure camera waarop allerlei functies zitten en als hij die camera heeft aangeschaft, gebruikt hij alleen maar het knopje ‘automatisch’. Zo krijgt hij wel mooie plaatjes, maar hij kan heel veel meer met die camera! Iets dergelijks geldt eigenlijk ook als je het omgevingsplan alleen maar zou gebruiken voor die evenwichtige toedeling.

Van belang is ook nog dat het toedelen van functies aan locaties maar een deeltje van de middelen voor het bereiken van de evenwichtige toedeling van functies aan locaties vormt. Dat klinkt verwarrend, en dat is het ook. De wetgever heeft in de Invoeringswet duidelijk gemaakt dat een evenwichtige toedeling van functies aan locaties niet alleen kan worden bereikt met de toedeling van functies, maar dat dit doel ook kan worden bereikt met de in artikel 4.1 Ow bedoelde regels over

activiteiten. Bij de VNG zijn wij bezig met het maken van staalkaarten, waarbij we ons vooral van regels over activiteiten en werkingsgebieden bedienen. Men kan in dit verband denken aan de activiteit wonen, de activiteit exploitatie van een bedrijf, milieubelastende activiteiten en activiteiten met betrekking tot plant en dier. Deze activiteiten zijn via oogmerken gekoppeld aan de doelen, en om tot een locatiegerichte ordening te komen, kun je dan met werkingsgebieden of met functies gaan werken. Functies vormen niet meer dan een hulpmiddel om bij activiteiten locaties te etiketteren. Dat kan soms nodig zijn, bijvoorbeeld in verband met een monument, maar lang niet altijd. Tegen die achtergrond wordt bij de staalkaarten betrekkelijk weinig gebruikgemaakt van het toedelen van functies, maar wordt er meer met werkingsgebieden gewerkt.

Die specifieke doelen, oogmerken en daaraan gekoppelde activiteiten moeten in hun geheel een evenwichtige toedeling van functies aan locaties opleveren. Zo'n toedeling wordt niet zozeer als apart doel in het omgevingsplan opgenomen: het omgevingsplan als geheel moet de resultante vormen van de evenwichtige toedeling van functies aan locaties die door artikel 4.2 Ow wordt vereist.

Voorzitter: Eerst dachten we dat het stellen van regels ten behoeve van de evenwichtige toedeling aan locaties zelfstandig van belang was, maar eigenlijk gaat het alleen maar om het stellen van regels over de activiteiten. Gerrit van der Veen wil hierop natuurlijk graag reageren, maar hij moet dat doen binnen een tijdsbestek waarin hij ja of nee kan zeggen.

Gerrit van der Veen

Ik zal heel kort reageren. Het zal geen verbazing wekken dat ik niet overtuigd ben. Ik zie in dat de evenwichtige toedeling van functies aan locaties – in grote lijnen toch het eindpunt – argumentatie en een rationele keuze behoeft. Dan kan het prima zijn dat je daaraan een hele redenering ophangt, bijvoorbeeld met doelen en oogmerken. Het doel bij zo'n woonwijk zal bijvoorbeeld zijn dat deze niet wordt verstoord door een direct ernaast gelegen autocrossterrein.

Maar als puntje bij paaltje komt, als de zaak op scherp komt te staan, wordt natuurlijk toch wel gekeken naar het eindpunt, te weten de toedeling van functies aan locaties of activiteiten. Het hele voortraject kan dan op z'n best, als een en ander goed beargumenteerd in de stukken staat, een hulpmiddel zijn, maar ook niet meer dan dat en vaak waarschijnlijk echt maar een heel klein hulpmiddel.

Voorzitter: We gaan gezien het verdere programma weer een stelling overslaan.

Stelling 5B

'Maatwerk dat "onverenigbaar" is met het omgevingsplan moet niet worden verleend, daarvoor moet het omgevingsplan worden gewijzigd.'

Oordeel

De stemmen blijken vrij sterk verdeeld te zijn. Een meerderheid is het met de stelling eens.

Ben Schueler¹⁰

Deze stelling is voor mij meer een aanleiding voor het stellen van een vraag dan dat mijn vraag precies over de stelling gaat. Toch hebben ze wel iets met elkaar te maken.

De doelenbenadering van de preadviseurs lijkt mij sterk bepaald door het overheidsperspectief. Zelf denk ik bij maatwerk ook aan het perspectief van burgers. In dat verband vraag ik aandacht voor het volgende. De Omgevingswet moet meer ruimte gaan bieden voor bestuurlijke afwegingen; de afwegingsvrijheid wordt groter. De keerzijde daarvan is dat ook de onzekerheid over bijvoorbeeld de uitleg van een omgevingsplan groter kan worden. Ook de onzekerheid over de vraag of gebruik zal worden gemaakt van maatwerk- en afwijkmogelijkheden kan groot zijn. Het gevolg van een en ander zal zijn dat initiatiefnemers en soms ook derdenbelanghebbenden zoals omwonenden behoefte zullen hebben aan verduidelijking. Die stappen dan op de fiets of in de trein naar het gemeentehuis en gaan daar vragen hoe ze het omgevingsplan moeten opvatten. Mag ik op deze plaats, zal iemand bijvoorbeeld vragen, een bedrijf beginnen? Mag ik mijn huis vergroten, mag ik dit gebouw slopen? Dat soort vragen. De beantwoording van zo'n vraag zal dan vaak geen toezegging maar een andere uitleg opleveren. Professionele partijen zullen over zo'n onderwerp een overeenkomst sluiten. Ook zullen antwoorden op dit soort vragen vaak bestuurlijke rechtsoordelen opleveren, die op dit moment slechts bij hoge uitzondering voor beroep vatbaar zijn, iets waar misschien verandering in zal komen.

Laten we dit alles beschouwen in het licht van het vertrouwensbeginsel, dat in de jurisprudentie anderhalf jaar geleden enige verruiming heeft ondergaan. Hoe verhoudt zich nu het vertrouwen dat in zulke relaties van de kant van de overheid wordt opgewekt, tot de doelenbenadering en de proportionaliteitsafweging die in het preadvies worden beschreven? De burger van zijn kant moet iets met dat vertrouwen kunnen aanvangen, want hij verkeert vaak in een situatie van onzekerheid.

Van belang is hierbij ook de vraag of de behoefte aan maatwerk onder de Omgevingswet zal leiden tot meer kans van slagen bij een beroep op het vertrouwensbeginsel.

Voorzitter: Een duidelijke vraag vanuit het rechtsbeschermingsperspectief. Het vertrouwensbeginsel zou wellicht tot een vertaling in schadevergoeding kunnen leiden. Ik ben benieuwd wat de preadviseurs hierop gaan antwoorden.

Marco Lurks

Misschien is het goed dat ik met een korte inleiding begin en dat Nienke het dan overneemt.

De bedoeling van het werken met doelen en oogmerken is juist dat in vergelijking met de huidige situatie de concreetheid en de uitlegbaarheid sterk worden

¹⁰ Staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

vergroot. Dat geldt zeker nu we het ontwikkelen van helder en consistent beleid als belangrijk doel zien. In onze ogen zal de burger met de situatie onder de Omgevingswet veel meer gediend zijn dan met de huidige situatie. Hij zal uit de consistente doelenbenadering en het daarbij geformuleerde beleid beter kunnen afleiden waar hij aan toe is.

Dit ligt anders wanneer gebruik wordt gemaakt van open normen, die met beleid kunnen worden ingevuld. Bij die werkwijze wordt het nadere afwegingsmoment uitgesteld tot het moment waarop het initiatief zich voordoet. In specifieke gevallen waarin je bij het opstellen van het plan even niet verder komt, kan die weg worden gevolgd. Dat kan ook voorkomen dat je allerlei onderzoeken moet gaan instellen die eigenlijk geen nut hebben omdat je niet precies weet hoe een initiatief dat zich aandient eruit zal zien. Onze benadering met doelen, oogmerken en zeer 'nauwe' mogelijkheden van maatwerk die in principe binnen de doelen en oogmerken moeten passen, biedt naar onze mening veel meer duidelijkheid dan in de huidige situatie aanwezig is.

Nienke van Rensen

Dank aan Ben Schueler voor zijn vraagstelling. Ik zou mij geheel in zijn opstelling kunnen verplaatsen, ware het niet dat wij voor een helder en duidelijk omgevingsplan pleiten, met een opbouw waarbij niet elke ingezetene op de fiets hoeft te stappen om te weten te komen wat de strekking van de regels is. Hopelijk zullen de gemeenten ertoe in staat zijn met zulke omgevingsplannen te komen. Hoe duidelijker keuzen men maakt, hoe helderder de regelgeving zal zijn. Die duidelijke keuzen horen vooral aan de voorkant een plaats te krijgen.

Meer specifiek heeft Ben's vraagstelling betrekking op het vertrouwensbeginsel, ook in relatie tot het bestuurlijk rechtsoordeel. Wij hebben aan dit aspect natuurlijk aandacht besteed. Niet alleen het vertrouwensbeginsel, dat vaak in verband wordt gebracht met toezeggingen, is hier van belang, maar in ieder geval ook het rechtszekerheidsbeginsel, in het bijzonder het activerende deel daarvan, waarover Damen heeft geschreven en dat ook in de wet tot uiting komt. Uit het activerende rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort dat het beleid van een overheidsorgaan kenbaar en voorspelbaar moet zijn. Wij zien een grotere rol voor consistent beleid, waarmee we ook min of meer aansluiten bij de toetsing aan het consequent en samenhangend nastreven van bepaalde doelen. In de beleidscyclus moet tot aanpassing van de regels worden gekomen als het beleid niet goed blijkt te passen. Als een afwijking onverenigbaar is met het omgevingsplan, zou dat plan moeten worden gewijzigd in plaats van dat de afwijking wordt toegestaan. Een en ander kan in een relatief flexibel stelsel wel degelijk tot meer rechtszekerheid leiden. Als een overheid zo te werk gaat, is zij zó betrouwbaar, dat een verruiming van het vertrouwensbeginsel misschien niet nodig is.

Ben Schueler

Ik volsta met de constatering dat de door mij gesignaleerde problemen zich in een Utopia inderdaad niet zullen voordoen, maar misschien in de echte wereld wel. Overigens heb ik respect en bewondering voor de goede intenties achter de antwoorden van de preadviseurs.

Voorzitter: Ik zou kunnen afsluiten met de dooddoener: de toekomst zal het uitwijzen. Helaas ontbreekt ons de tijd hierop dieper in te gaan. Aan het eind van deze sessie gekomen, vertonen we nu het filmpje waarin de uitslag van de VAR-scriptieprijs bekend wordt gemaakt,¹¹ waarna er nog ruimte is voor een kort dankwoord.

[Volgt het afspelen van de eerder opgenomen bekendmaking van genoemde uitslag.]

Voorzitter: Nienke en Marco. Deze behandeling was waarschijnlijk anders dan jullie hadden verwacht toen jullie met instemming reageerden op het eervolle verzoek een preadvies te schrijven. Voor mij is ook het bedanken anders dan anders: in de reguliere situatie zou ik jullie omhelzingen, bloemen en allerlei andere versnaperingen hebben toegegooid, maar dat is nu allemaal niet mogelijk. Mijn welgemeende dank, ook namens de VAR, voor het prachtige preadvies dat jullie vandaag hebben verdedigd! Willen jullie tot slot nog iets zeggen? Was dit alles wat jullie ervan hadden verwacht?

Van Rensen: Het duurde wat mij betreft veel te kort, en ik had er aan de borrel nog graag verder over van gedachten gewisseld. Ik vond het vooral heel leuk het preadvies samen te mogen schrijven. Dank voor alle vragen!

Lurks: Datzelfde geldt voor mij. Het was een eer dit te mogen doen. Ik moet toegeven dat het proces een zoektocht blijft, ook bij het maken van verdere voorbeelden van een omgevingsplan in de vorm van staalkaarten. We proberen dat op een goede, inspirerende manier te doen, wat dan ook weer heel erg leuk werk is. Wij hopen de deelnemers aan deze sessie nog met enige regelmaat met mooie producten op basis van de Omgevingswet te kunnen verrassen.

11 Zie de neerslag daarvan aan het eind van dit verslag.

Bespreking van mr. S. van Heukelom-Verhage,¹ *Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?*

Voorzitter: Willemien den Ouden

Voorzitter: Welkom allemaal in deze deelsessie. We hebben nu een thema dat perfect bij deze digitale jaarvergadering past.

Inleiding door de preadviseur (eerder opgenomen)

Sandra van Heukelom

Het gaat vandaag over de gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Die samenleving is aanstaande, en misschien is zij er al wel. We zien dat banken en verzekeraars op dit moment eigenlijk allemaal al grote IT-bedrijven zijn, en ook de overheid beweegt die kant op. Het meest recente voorbeeld zien we in de coronacrisis, waarin we werken met dashboards, full data en gedigitaliseerde processen, zodat we beter zicht kunnen krijgen op de manier waarop die crisis kan worden bezworen. De coronamelder is daarvan een goed voorbeeld. De vraag is: als je zo'n applicatie voor de overheid ontwerpt, hoe zorg je er dan voor dat die voldoet aan alle eisen die wij in ons bestuursrecht hebben? Specifieker en los van de casus van de coronamelder: hoe zorg je ervoor dat de burger in het digitale proces geïndividualiseerd herkenbaar is? Over die vragen gaat mijn preadvies. Ik heb het geschreven vanuit de ervaring die ik de afgelopen jaren heb opgedaan met het toetsen van applicaties en technologieën die overheden op dit moment hanteren. Daarbij kun je denken aan *blockchain*, *smart contracts*, *artificial intelligence* en *IoT*,² allemaal toepassingen die erop gericht zijn de dienstverlening en de besluitvorming van de overheid te optimaliseren. Wat zo'n *blockchain* precies is, staat in de bijlage bij het preadvies;³ misschien moet men daar beginnen met lezen.

1 Advocaat bij Pels Rijcken.

2 *Internet of Things*.

3 Par. 9 'Beschrijving van een aantal technologieën'.

Wat heb ik gedaan? Ik heb de reis die ik heb gemaakt beschreven, door uiteen te zetten wat ik de afgelopen jaren heb meegemaakt op het gebied van technologie en innovatie. Het preadvies begint met een uitleg. Hoe toetsen we, en in het bijzonder: wat is het belang van ons bestuursrechtjuristen bij het ontwikkelen en toetsen van nieuwe technologieën en innovaties? In mijn overtuiging zijn wij juristen de komende jaren aan zet als het gaat om de ontwikkeling van IT die voldoet aan alle waarborgen die we in onze rechtsstaat kennen. Het is bijzonder belangrijk dat we ervoor zorgen dat al die technologieën voldoen aan een juridisch programma van eisen. Wat dat programma precies is, hangt af van de technologie, van de toepassing en natuurlijk ook van de mate waarin betrokken burgers daarmee hun voor- of nadeel doen. Die ontwikkeling, die ervaring, wordt gekenmerkt in de ontwikkelingen die we vandaag zien.

In ons bestuursrecht werken we met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat zal geen verrassing zijn, maar in de context van digitalisering, zo zegt ook de Raad van State, moeten die beginselen eigenlijk verscherpt worden geïnterpreteerd. Dat klinkt overtuigend, maar de beantwoording van de vraag hoe dat precies moet gebeuren, is een zoektocht naar de contextspecifieke invulling van de beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht en vooral in de gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Hoe werkt dat zorgvuldigheidsbeginsel bijvoorbeeld eigenlijk? En hoe werkt het gelijkheidsbeginsel als je miljoenen gevallen hebt die digitaal worden afgedaan? Hoe kun je dan gevallen met elkaar gaan vergelijken? Dat soort normen moeten we de komende jaren met elkaar goed gaan invullen om ervoor te zorgen dat wij als bestuursrechtjuristen, maar vooral ook de IT-ontwikkelaars houvast hebben. Er moet IT worden ontwikkeld die voldoet aan al die beginselen die wij zo belangrijk vinden.

Daarnaast ben ik ervan overtuigd dat technologie ons ook echt helpt meer maatwerk in het bestuursrecht te bieden. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) – Lukas van den Berge en Matthijs Vermaat hebben erover geschreven – zegt twee dingen:

- je moet de individuele en specifieke kenmerken en behoeften van de burger in kaart brengen;
- je moet zo nodig, vanwege het evenredigheidsbeginsel, voor de burger afwijken van de geldende wet- en regelgeving voor zover zijn belangen dat vereisen.

Kan technologie nu bijdragen aan het oplossen van dat probleem? Ik denk dat dat inderdaad kan en dat het ook moet. Enkelen van degenen die deze inleiding volgen, hebben al over dat onderwerp geschreven, maar gestandaardiseerde en gedigitaliseerde besluitvorming leidt er zo af en toe toe dat burgers in het systeem niet meer zichtbaar zijn. Dan gaan we uit van hun data, maar niet van hun specifieke individuele kenmerken. De vraag hoe technologie aan probleemoplossing kan bijdragen staat in mijn preadvies centraal.

Voordat ik toekom aan de vraag welke rol ik voor de technologie zie en welke specifieke technologieën ik dan graag met u deel, is het belangrijk om te kijken waarom we nog niet zo ver zijn. Waarom zijn we niet iedere dag bezig te proberen technologie in te zetten voor het bieden van maatwerk in een gedigitaliseerde omgeving? Volgens mij zijn er een paar obstakels die daarvoor zorgen. Het allereerste en belangrijkste is dat wij juristen de IT eigenlijk niet zo goed begrijpen. We doorgronden die technologie onvoldoende, met als gevolg dat we niet goed kunnen

adviseren, niet goed de kansen kunnen inzien en die kansen dus ook niet optimaal benutten. Wat wij bestuursrechtjuristen dus ten minste moeten doen, is zorgen dat we precies begrijpen hoe die technologie werkt, zodat zij kan bijdragen aan het bereiken van meer maatwerk.

Er zijn nog andere obstakels, maar die beschrijf ik in mijn preadvies. Kijk daar vooral naar.

Als we nu de potentie van technologie en van innovaties zien, hoe kunnen die dan bijdragen aan maatwerk? In mijn preadvies heb ik een groot aantal elementen genoemd die volgens mij kunnen bijdragen aan drie belangrijke principes die we aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen ontleen. Drie principes die eigenlijk bij het bieden van maatwerk aan de burger altijd centraal moeten staan. Ten eerste moet de mens natuurlijk altijd echt centraal staan: de burger staat centraal, niet de dienstverlening, niet de organisatie van het bestuursorgaan en niet de technologie, maar echt alleen de burger. Ten tweede moet transparantie worden geboden bij alles wat met technologie te maken heeft: transparantie van data, transparantie van de benodigde technologie en transparantie van de uitkomst. Die uitkomst is vaak een digitaal gegeven, door de overheid vastgesteld, dat gaat reizen naar heel veel andere plekken. Het is belangrijk dat de burger weet en ziet waar dat gegeven precies naartoe gaat. Ten derde moet er uiteraard ook technologie zijn om maatwerk werkelijk te kunnen identificeren. Ik sprak er al over: het gaat vaak over miljoenen besluiten die worden genomen, en in die miljoenen besluiten zit, zo zeggen de statistieken, ongeveer 3 tot 5% dat niet past binnen de kaders zoals die op voorhand zijn bedacht en geprogrammeerd. Ik zeg dit laatste bewust zo, want bedenken en programmeren zijn twee bijzondere stappen. We bedenken iets op papier, maar dan moet de IT-bouwer dat omzetten en die maakt keuzes, heel scherpe keuzes. Dan kan het gebeuren dat de burger daar niet in past. Technologie kan in mijn overtuiging helpen uit die heel grote bulk die paar procent te trekken waarnaar je met mensenogen moet kijken, die je niet met digitale technologie kunt afdoen.

Wat kunnen we nu doen en wat zijn sprekende voorbeelden? Ik noem er een paar.

De *Self Sovereign Identity*-ontwikkeling wordt de komende jaren extreem belangrijk. Een *Self Sovereign Identity* (SSI) is eigenlijk een digitale kluis, door de burger beheerd, waarin zijn identiteitsgegevens staan, maar ook de overige gegevens die voor hem relevant zijn. Denk aan een paspoortafschrift, maar ook aan alles wat hem, de burger, eigen maakt. Dat kan op het medische vlak liggen, het kan op het werknemersvlak liggen, het kan op het huurdersvlak liggen: gegevens die hem uniek maken. Die gegevens bewaart de burger zelf in zijn digitale portemonnee. Op het moment dat hij met de overheid communiceert of aan de overheid iets vraagt, kan hij portalen uit die portemonnee openzetten en zorgt hij er uiteindelijk voor dat er openheid bestaat over wat nodig is voor goede besluitvorming. SSI-ontwikkelingen vinden al wereldwijd plaats, ook in Nederland; ze vormen een fenomeen om in de gaten te houden. Wanneer we in een gedigitaliseerde en datagedreven omgeving maatwerk willen bieden, moeten we ervoor zorgen dat die *wallet* ook wordt gevuld met voor het bestuursrecht relevante elementen. Daarop moeten we de komende tijd inzetten.

Het volgende voorbeeld is transparantie. Transparantie van data snappen we, transparantie van de uitkomst ook redelijk, maar transparantie van de technologie

wordt ingewikkeld, want hoe leg je een zelflerend algoritme eigenlijk uit? Daarover moeten we gaan nadenken, want we zien zulke algoritmes hun intrede doen in het bestuursrecht. We zien overheden van algoritmen gebruikmaken om de besluitvorming voor burgers te bespoedigen en als dat gebeurt, moet naar mijn mening die technologie ook transparant worden gemaakt. Ik heb hierover met allerlei IT-architecten veel gesproken, en zij verzekeren mij dat je een foto van de technologie kunt maken, dat je die foto kunt opslaan en later opnieuw kunt pakken om ervoor te zorgen dat de burger weet wat er aan technologie bij hem is gebruikt. Zeker bij zelflerende algoritmes is dit heel belangrijk. We noemen dit proces *hashen*; het zorgt ervoor dat op een digitale drager een link komt te staan die uniek terugleidt naar de versie van de gebruikte technologie en in het geval van een zelflerend algoritme naar de stand van leren waarin dat algoritme zich op het relevante moment bevond. Dat gaat voor de toekomst helpen, want mijn verwachting is dat, anders dan nu, technologie dan niet langer statisch zal zijn, met iedere paar jaar een update, maar juist dynamisch zal worden, waardoor je ervoor moet zorgen dat je niet alleen de data kent, maar ook precies weet welke technologieversie je voor een concrete burger precies hebt gebruikt. Dat is te doen, de *hash-functie* is inmiddels beschikbaar, maar we moeten er nog heel veel over leren om haar in de geautomatiseerde besluitvorming goed te kunnen toepassen.

Het derde voorbeeld is de noodzaak om maatwerkgevallen goed te identificeren. In een groep van mensen in Nederland die zich met automatische besluitvorming bezighoudt, zijn we daarnaar aan het kijken. We gaan na hoe je in een heel grote hoeveelheid besluitvorming de maatwerkgevallen kunt opsporen. Maatwerk betekent niet automatisch dat alles ofwel digitaal ofwel niet-digitaal moet worden gedaan. Het betekent vooral dat je in staat bent de kenmerken van een burger tijdig te identificeren. Er zijn mensen die zeggen: dat doen we dan wel in bezwaar, of we wachten de beroepsprocedure wel af, want dan weten we tenminste wie voor een maatwerkonderzoek in aanmerking komt. Maar dat is misschien toch te makkelijk gedacht. Volgens mij moeten we onszelf uitdagen om te onderzoeken of we in de primaire fase al in staat zijn de relevante gegevens die specifiek in het digitale systeem worden gebracht te identificeren en bijeen te brengen. Hoe dat precies kan, staat in het preadvies.

Ik hoop op een goede gedachtewisseling.

Gedachtewisseling

Johan Wolswinkel⁴

Ik hoop dat we in deze digitale vergadering maatwerk per preadvies kunnen leveren. Bij de reguliere plenaire besprekingen schiet dat er bij ons een beetje bij in. Misschien bewijzen we vandaag wel het gelijk van digitaal vergaderen!

4 Hoogleraar bestuursrecht, markt en data aan de Universiteit Tilburg. Heeft het preadvies besproken in NTB 2020/137.

Het preadvies van Sandra van Heukelom heb ik met heel veel plezier gerecenseerd. Bij dezen nogmaals in haar richting mijn complimenten voor een mooi en heel toegankelijk werkstuk. Dit karakter van het preadvies is ook nu weer geïllustreerd met haar opgenomen inleiding. Als zij het kan, kunnen wij het ook! Het enthousiasme waarmee ze ons meeneemt, is altijd sprankelend.

Haar preadvies ademt ook transparantie in de keuzen die zij maakt, onder het motto ‘dit is hoe ik het doe’, ook een wezenskenmerk van gedigitaliseerd transparant handelen.

De vraagpunten die ik in mijn NTB-bespreking tot uiting heb gebracht, ga ik hier niet herhalen. Wat heb ik het afgelopen halfjaar gedaan? Ik heb een aanbeveling van Sandra ter harte genomen: de aanbeveling om een algoritme te ontwikkelen voor het identificeren van maatwerk. Ik zat namelijk boven op mijn zolderkamertje en hoefde toch niet naar Tilburg te reizen! Mijn algoritme analyseert de studieresultaten van mijn studenten, via gezichtsherkenning tijdens de onderwijs-Zoom-sessies. Verder volg ik hun socialemediagedrag. Dat pomp ik allemaal in mijn algoritme en uiteindelijk komen daar studenten uit die blijkens het algoritme net iets aan extra ondersteuning in deze moeilijke coronatijden nodig hebben. Die studenten benader ik dan. Ik vraag: klopt het dat je het lastig vindt in deze tijden te studeren? Vervolgens wordt dat door de student bevestigd. In feite werk ik met een algoritme: ik haal de gevallen eruit van studenten die het op het ogenblik met de studie extra moeilijk hebben.

Daarbij heb ik één groot probleem. Mijn algoritme functioneert optimaal, maar ik snap niet helemaal hoe het werkt en ik kan het ook nog niet helemaal uitleggen. Ik kan Sandra alle broncode geven, want ik heb het programma zelf geschreven, ik kan het zelfs *hashen* – ook dat heb ik het afgelopen halfjaar geleerd – om als het ware een fotoafdruk te maken van het verleden. Ik ben geschoold als bèta en ik heb ooit het vak Inleiding programmeren gevolgd, zodat ik de codetaal wel kan begrijpen, maar ik loop aan tegen wat men wel noemt de intrinsieke intransparantie van bepaalde algoritmen. Zelfs als je alle broncode hebt en als je de codetaal begrijpt, kun je nog moeilijk een uitleg geven. Vanwege de rekenkracht gaat er voor miljoenen aan gewicht in zo’n algoritme om.

Dit brengt mij bij mijn drie vragen, die zich concentreren op hetgeen is weggelegd voor het bestuursrecht en voor de bestuursrechtjurist. Mijn vragen houden verband met wat Sandra ongeveer haar tweede en haar derde uitgangspunt noemde: transparant overheidshandelen en identificeren van maatwerk door middel van technologie.

1. Sandra bepleit een contextspecifieke invulling van bestuursrechtelijke normen. Dat klinkt natuurlijk supermooi, en het is iets wat we allemaal willen. Zo’n invulling hebben we onder andere bij schaarse rechten gezien. Contextspecifieke invulling klinkt als toekomstmuziek; je kunt er volgens mij eigenlijk niet tegen zijn. Maar mijn vraag is, of we in de kern niet soms moeten aanvaarden dat op het punt van een bepaald beginsel een concessie wordt gedaan, waarbij we het in zekere zin relativeren ten faveure van iets anders. Ik denk concreet aan de uitlegbaarheid van een beslissing. Moeten we niet, in plaats van naar contextspecifieke invulling te streven, gewoon toegeven dat we soms een concessie moeten doen op het punt van de uitlegbaarheid, maar dat we bereid zijn dat te doen ten gunste van iets anders? In de eerste deelsessie is gesproken

over het beginsel van de dienende overheid. Een bestuursorgaan kan onder die vlag zeggen: we kunnen het niet uitleggen, maar volgens ons dienen we jou hier enorm mee. Of geldt hier – zo leek een beetje de toon van het preadvies – dat je als jurist ergens een soort *red line* trekt, onder het motto: als men het niet kan uitleggen, gaat de wetenschap nog maar twee jaar verder studeren, totdat een uitleg wél mogelijk is, maar zolang een uitleg uitblijft kunnen we de technologie nog niet gebruiken? Trekt Sandra ergens zo'n *red line*, of zegt zij dat we beginselen min of meer tegen elkaar moeten wegstrepen, omdat we niet alles optimaal kunnen bereiken?

2. Hiermee enigszins samenhangend en in het bijzonder betrekking hebbend op contextspecifieke invulling, vraag ik bijzondere aandacht voor maatwerk bij digitalisering. Zijn we bij bepaalde vormen van digitaal overheidsoptreden streng in de leer, als het om digitaal maatwerk gaat hoeven we misschien wat minder streng in de leer te zijn. Als iemand eruit wordt gehaald als een geval waarin maatwerk kan worden geleverd, zal hij misschien niet begrijpen waarom hij is geselecteerd, maar kan hij wel degelijk met dankbaarheid constateren dat hij enorm is geholpen. Bij contextspecifieke invulling is wellicht naast een digitale context ook een maatwerkcontext denkbaar.
3. In reactie op mijn recensie heeft Sandra van Heukelom het een en ander opgemerkt over de bestuursrechtjurist aan de voorkant en aan de achterkant. Ik dacht altijd dat ik aan de voorkant bezig was, als iemand die proactief nadacht, maar ik kreeg te lezen dat mijn kwalificatievraagstuk iets van juristen aan de achterkant was. Ik ben nu dan ook een beetje aan het zoeken naar de verschillen tussen een jurist aan de voorkant en aan de achterkant, anders dan dat de rechter aan de achterkant zit en de adviseur aan de voorkant. Wat doe je anders aan de voorkant dan als je aan de achterkant bezig bent?

Sandra van Heukelom

Om te beginnen, na mijn eerder opgenomen inleiding: leuk om jullie allemaal vandaag op deze manier te zien! Johan Wolswinkel bedank ik voor zijn zojuist gestelde vragen en voor zijn mooie recensie in het NTB. Het doet mij ook echt deugd dat hij op zijn studeerkamer aan het programmeren is geslagen, want dat is precies datgene waarvoor ik pleit: juristen zouden meer kennis moeten hebben van IT en IT-ontwikkeling, zodat zij voeling krijgen met de vraagstukken die leven.

Een van de vragen die Johan stelt, gaat over de uitlegbaarheid, die je, zoals ik ook in mijn preadvies heb aangegeven, zou kunnen afleiden uit een aantal beginselen van behoorlijk bestuur. Zouden we, zo vraagt hij, niet wat concessies op het punt van de uitlegbaarheid moeten doen als we evident in het voordeel van de burger te werk gaan en/of als er andersoortige waarborgen zijn getroffen? Hierbij ga ik er, associatief reagerend, even van uit dat Johan hier met uitlegbaarheid niet op de technische transparantie doelt. In het verband van de technische transparantie geldt dat naar openbaarheid van de code wordt gestreefd. Toen de coronamelder een rol ging spelen, is aan dat streven concrete invulling gegeven door onder het motto *open source* met een bepaalde licentie de code van dat meldingsprogramma bekend te maken. De code werd daarbij wel opgeslagen in een zogenoemde *escrow*, zodat er niet illegaal aan kon worden gesleuteld. We zien dat bij het ontwikkelen

van een algoritme voor de overheid nieuwe soorten algemene voorwaarden in gebruik komen die bepalen dat de ontwikkelaar aan technische transparantie moet bijdragen.

Dat is een *open source*-discussie, maar Johan zegt terecht dat een uitkomst misschien op toepassingsniveau, als gevolg van het grote aantal data dat wordt gecombineerd, niet goed uit te leggen valt, maar dat er ook een ander uitlegbaarheidsprobleem is. Misschien rolt er een student uit zijn algoritme van wie hij nooit had verwacht dat deze enige extra aandacht nodig zou hebben. De vraag is nu of je dan concessies kunt doen op het punt van de uitlegbaarheid. Ik ben nog niet zo ver dat ik dat wil aannemen, omdat het ons ook een vrijbrief zou kunnen geven om niet ons best te doen voor een goede uitleg van wat digitalisering en technologie op het niveau van de burger betekenen. Als we de technologie naar het primaire proces van de overheidsdienstverlening en -besluitvorming trekken, zullen de burgers de komende jaren worden geconfronteerd met digitale uitkomsten, en het vertrouwen in die uitkomsten is in mijn optiek nog niet zo groot, dat we de uitlegbaarheid kunnen laten varen. We zijn gelukkig ook nog niet zo ver dat we zelflerende algoritmes hebben van een niveau waarop ze ons menselijk brein echt helemaal te boven gaan. Ik wil qua uitlegbaarheid dan ook op dit moment nog geen concessies doen.

Denkbaar is wel dat er op termijn een dusdanig gebrek aan uitlegbaarheid zou kunnen optreden, dat we op zoek moeten gaan naar andere waarborgen die ervoor zorgen dat het doel van het bestuursrecht – goede besluitvorming en een juiste toepassing – wordt bereikt. Ik maak hier een vergelijking met de geneesmiddelenmarkt. Niemand begrijpt ook maar iets van wat er in een geneesmiddel zit, maar door een toelatingsprocedure en door tests met allerlei groepen en een groot aantal soorten data kunnen we als een middel op de markt komt redelijk goed voorspellen dat het effect van het middel in overeenstemming met de resultaten in de testfase en met de toelatingseisen zal zijn. Ik wil niet zeggen dat wij in het openbaar bestuur per se die kant op moeten, maar waarborgen in die trant kunnen misschien op een gegeven moment de uitlegbaarheidseis inderdaad wel iets gaan verzachten. Je zet er dan een schil van waarborgen omheen waarbij ook deskundigen betrokken zijn die ervoor zorgen dat er met de toepassing van technologie, net zoals met de toepassing van medicatie, niet kan worden gerommeld.

De tweede vraag komt erop neer dat een uitkomst ten gunste van de burger zou kunnen inhouden dat meer *coulance* wordt betracht. Ik zei zojuist al dat we op termijn misschien inderdaad *coulanter* zullen kunnen worden. Dat zal, net zoals we ook nu al zien, sterk afhangen van de context waarin de besluitvorming zich afspeelt. We zien nu al dat de toetsing door de rechter bij boetesbesluiten veel intensiever is dan bij begunstigende overheidsbesluiten. De specifieke context leidt tot differentiatie in de norminterpretatie. Aan de andere kant ben ik van mening dat we nog net iets meer van de technologie moeten leren en moeten gaan begrijpen voordat we dit soort verstrekkende conclusies trekken. Dat zeg ik vooral omdat ik bang ben dat we anders weer rustig achterover gaan leunen en onszelf niet uitdagen om het belangrijkste te doen wat we moeten doen, namelijk in de eerste plaats heldere normen introduceren voor de digitalisering en de datagedreven samenleving.

Bestuursrechtjuristen aan de achterkant of aan de voorkant: ze zijn allemaal even waardevol, maar mijn opmerking hield vooral in dat we naar mijn mening in staat moeten zijn helemaal aan de voorkant van het proces als het ware een cadeautje aan

de IT-ontwikkelaars te geven in de vorm van een juridisch programma van eisen, nog voordat precies bekend is waar de technologie naartoe beweegt en wat het toepassingsbereik is. Zijn wij in staat dan al mee te geven waarop bij de ontwikkeling moet worden gelet, om te voorkomen dat we achteraf moeten vaststellen dat een bepaalde kwalificatie niet in de beschouwing is betrokken? Achteraf pas zien dat iets eigenlijk bijvoorbeeld een subsidie is waarop Titel 4.2 Awb van toepassing is, leidt tot de conclusie dat je beter aan de voorkant daarop had kunnen anticiperen. Aan de voorkant in staat zijn zoiets mee te geven zou voor mij een mooie ambitie zijn.

Wolswinkel: Met wat Sandra van Heukelom over het achteroverleunen van juristen zegt, ben ik het helemaal eens. Juist doordat juristen en mensen uit andere disciplines het belang van transparantie hebben benadrukt, is de beweging van *explainable AI* op gang gekomen. Omgekeerd geldt in mijn ogen dat IT-mensen aan juristen de vraag mogen stellen of alles waaraan de laatsten altijd zo hebben vastgehouden niet voor een deel op een andere wijze kan worden gedaan.

Van Heukelom: Dat ben ik op zichzelf met je eens; alleen ze komen niet! Wij zijn kennelijk niet zo toegankelijk en ook niet zo positief over wat zij aan het doen zijn. Gedurende het hele ontwikkelproces worden wij in een kast opgesloten en we worden daar weer uit gelaten als de champagne wordt geschonken omdat de applicatie klaar is. Dat is vanuit hun perspectief denkbaar, maar het helpt natuurlijk niet in het ontwikkelproces. We moeten volgens mij een andere grondhouding ontwikkelen waarbij we hen proactief helpen om een IT te ontwikkelen die wél aan de normen voldoet.

Voorzitter: Dat klinkt heel spannend: we worden in een kast opgesloten en hoe komen we daaruit? Er moeten toch meer mensen in deze sessie aanwezig zijn die daarover ideeën hebben. In de chat zie ik een nogal ingewikkelde vraag die hiermee inderdaad verband houdt. Ik geef de steller van die vraag het woord.

Alex Corra:⁵ In het Europees milieurecht heb je het *precautionary principle*. Als het risico qua impact groot is en als er ook veel intransparantie is, zou je misschien tegen die achtergrond met een soort omkering van bewijslast moeten werken. Degene die de AI-applicatie of het algoritme wil inzetten, zou dan op een of andere manier moeten bewijzen dat hij alles heeft gedaan om de onverwachte of negatieve impact tegen te gaan. Hoe kijkt Sandra daarnaar? De vraag of er een grens is, heeft ze nog niet helemaal beantwoord. Het is misschien ook lastig er iets over te zeggen. Zou iets als het *precautionary principle* in dat opzicht een rol kunnen spelen?

Van Heukelom: Wij hebben samen ook al eerder van gedachten gewisseld over de mate waarin je meeweegt wat bij toepassing van IT de impact op het leven van burgers is. Dat is een belangrijk element als het gaat om de vraag tot hoever AI moet

5 Werkzaam bij de Sociale Verzekeringsbank.

kunnen worden uitgelegd. Met het oog op eventuele risico's zul je moeten oppassen voor een *black box*- of 'computer says no'-effect. Tot op zekere hoogte kan ik mij voorstellen dat je zware eisen stelt aan degene die uiteindelijk iets heeft geïntroduceerd en dat je niet zomaar ingaat op de boodschap 'wat er gebeurt, is niet uitlegbaar, maar het is goed gegaan, dus geloof mij maar'. Dat laatste gaat in mijn optiek te ver, en ik ben er bovendien nog steeds niet van overtuigd dat de dingen überhaupt niet uitlegbaar zijn.

Wat de grens betreft: ik ben niet zo gecharmeerd van een absolute grens. Je kunt niet zomaar zeggen wanneer iets nog kan en wanneer niet; je zult goed moeten kijken in welke situatie iets speelt. Maar wanneer iets een enorme impact heeft die is veroorzaakt door niet-uitlegbare AI, kom je op een gegeven moment op een punt waarop je moet zeggen: sorry, maar bij onze rechtsstatelijke en democratische uitgangspunten geldt nu eenmaal dat ik als burger moet kunnen begrijpen waarom mijn rechtspositie is bepaald zoals zij is bepaald. Langs die weg kunnen op een bepaald moment wel de grenzen van de toepassing van digitale applicaties worden bereikt, waarbij we ons dan echter moeten afvragen of er geen andere waarborgen kunnen worden geïntroduceerd die de onuitlegbaarheid tot op zekere hoogte verzachten. Licht daar dan een rol voor het bestuursorgaan, voor een deskundige of voor een ander? Ik maakte daarnet een vergelijking met geneesmiddelen. In die wereld is er een heel circus aan stappen die men moet doorlopen voordat een medicijn op de markt komt. Zo'n gedachte zou je ook hier kunnen introduceren.

Corra: Bij medicijnen geldt in feite ook een soort *precautionary principle*. Tegen die achtergrond ben ik wel tevredengesteld.

Van Heukelom: In die wereld worstelen we al jaren met vraagstukken rondom bijsluiters en uitlegbaarheid. Wat moet de burger nu precies over de samenstelling van een medicijn weten en wat niet? Ook vinden we de bijwerkingen heel belangrijk. In die context kun je je voorstellen dat bepaalde dingen goed uitlegbaar zijn en andere dingen minder.

Voorzitter: Ik kijk even in de chat of ook anderen nog iets willen zeggen over de grenzen van digitale applicaties of over waarborgsystemen die eventueel de uitlegbaarheid kunnen vervangen. **Jeroen Ermers** zegt: 'Dit is vooral werk aan de winkel voor juristen bij bestuursorganen.' Is dat goed, is dat slecht?

Van Heukelom: Ook ik denk dat dit werk voor juristen bij bestuursorganen zal zijn. Wij advocaten worden hiermee ook iedere dag geconfronteerd en straks moet natuurlijk ook de rechter gaan toetsen. Ook die zal tot op zekere hoogte moeten begrijpen wat er uiteindelijk is gebeurd. Door alle gelederen heen moeten we tot begrip kunnen komen. Als je er met die ogen naar kijkt, zie je spanning tussen de open normen die we de laatste jaren hebben geïntroduceerd en de keuzes die bij de introductie van een programma al moeten worden gemaakt, in plaats van dat die pas verderop in de uitvoering aan de orde komen. Dilemma's ontstaan heel vaak in individuele gevallen nadat een bestuursorgaan een tijdje in de uitvoering bezig is geweest, maar bij digitalisering moet je die dilemma's al in hoge mate aan de

voorkant in het systeem zien te vangen. Dat is een andere manier van kijken naar de uitvoering.

Voorzitter: Als ik het zo hoor, zullen we allemaal aan de slag moeten, of we nu advocaat, ambtenaar, rechter of wetgever zijn. Over de wetgever komen we straks nog uitgebreid te spreken, maar ik geef nu eerst het woord aan Ymre Schuurmans.

Ymre Schuurmans⁶

Ik heb het preadvies met veel plezier gelezen. Sandra beschrijft haar eigen reis door de digitale wereld in verband met de juridische normering. Zij schetst een heel breed palet van ontwikkelingen, ook toekomstige. In het preadvies komen verschillende obstakels naar voren die aan goed gedigitaliseerde en geïndividualiseerde besluitvorming in de weg kunnen staan. Vervolgens worden best veel van de oplossingen gezocht in de techniek, of in ieder geval in recht en techniek in samenhang. Zoekt het preadvies de oplossingen niet te veel in de techniek? Moeten we niet basaler beginnen, en wel bij transparantie door het bestuursorgaan en openbaarheid van bestuur als kernwaarden?

Bij onderzoek naar digitale toepassingen in de bestuurlijke context ben ik vaak verbaasd hoe weinig ik zelf over digitale toepassingen bij de overheid weet. Dat komt ook doordat die overheid daar niet zo veel van wil laten zien. Als ik een rapport van TNO over AI-toepassingen binnen de overheid lees, zie ik dat het er 75 zijn, maar welke precies weet ik dan niet. En waarom weet ik pas als ik er echt induik dat de WOZ-waarde door een algoritme wordt vastgesteld? Verder: in de jurisprudentie rond de toeslagenproblematiek heb ik eigenlijk nooit iets gelezen over de manier waarop het fraudesigaleringsysteem bij de Belastingdienst werkt. Al met al: gaat het preadvies niet te ver door op de techniek, zonder de gesloten basishouding van veel bestuursorganen aan de kaak te stellen?

Ook ik wil best een juridisch cadeautje aan de overheid geven, door wetenschappelijk over de normen mee te denken, maar dan moeten die bestuursorganen wel wat laten zien. Het gebrek aan openheid maakt in ieder geval het doen van wetenschappelijk onderzoek naar digitale toepassingen binnen de overheid heel gecompliceerd.

Sandra van Heukelom

Een mooie vraag van Ymre Schuurmans, waarvoor dank! Waar zal ik beginnen? De bedoeling van de schets van de fasen aan het begin van het preadvies is te laten zien dat er een omslag in beleving van de IT plaatsvindt. We gingen van een papiertje naar iets digitaals en toen dacht echt niemand aan het recht. Niemand betrok daarbij dat het omzetten van een papiertje in een scan iets met recht te maken had. Nu gaan we verder en langzaam worden de digitale papiertjes data, worden die data waardevol en worden ze ingezet in primaire processen van de banken/verzekeraars,

⁶ Hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

maar ook van de overheid, en wordt de kracht van de technologie ontdekt. Opeens zien wij en merken bestuursorganen dat we niet meer met een op zichzelf staande IT-handeling bezig zijn, maar dat dit hele spectrum omkleed wordt door normen: ethische normen, morele vraagstukken, maar ook bestuursrechtelijke normen rondom transparantie, uitlegbaarheid, motiveringsplicht en ga zo maar door.

Ik denk dat we de afgelopen jaren in een transitieproces terecht zijn gekomen waarin dat besef maar heel langzaam aan het doordringen is, en dus ook het besef dat een van de uitwerkingen van de beginselen kan zijn dat je proactief melding moet maken van het feit dat je technologie inzet. In mijn overtuiging is dat een heel belangrijke invulling van het motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel. Ook in mijn preadvies heb ik dat geprobeerd duidelijk te maken: in een aantal zinnestukjes heb ik bij de beginselen uiteengezet dat bijvoorbeeld de aanwezigheid van juiste en toegankelijke data moet worden gegarandeerd en dat bijvoorbeeld in mijn optiek gemotiveerd overheidshandelen inhoudt dat de overheid uit eigen beweging de toepassing van technologie bekendmaakt.

Duidelijk zal zijn dat ik het met Ymre Schuurmans eens ben dat er vanuit het besef dat beide werelden bij elkaar horen nog heel veel moet gebeuren, ook in normoverdrachtelijke zin. Als je IT-technologie inzet, weet dan dat je ook bepaalde verplichtingen krijgt, in termen van openbaarheid, transparantie en de zojuist al besproken uitlegbaarheid. Het besef dat bij de gedigitaliseerde en datagedreven samenleving en overheid het bestuursrecht opeens een belangrijke rol gaat spelen, is relatief nieuw. Tegelijkertijd biedt het mij een enorme kans. Stap 1 is immers 'we moeten ze ervan overtuigen dat het bestuursrecht *matters*', stap 2 is ze aanreiken wat het normatieve bestuursrechtelijke kader is en stap 3 is het volledig potentieel van de technologie met elkaar ontdekken en inzetten. Ik focus op dit moment vooral op de technologie, maar dat is dan ook echt bedoeld om ons bestuursrechtjuristen kennis te laten maken met de mogelijkheden en om de angst voor het zien van kansen weg te nemen. In het preadvies slaat de balans inderdaad vooral naar die kant door, terwijl wij aan de andere kant in onze praktijk al iedere dag bezig zijn cliënten uit te leggen in welk juridisch speelveld ze zich bevinden bij de introductie van IT in de primaire dienstverlening en het primaire besluitvormingsproces.

Voorzitter: Als ik je goed beluister, worden er dus zeker stappen gezet.

Van Heukelom: Zeker! Je moet je voorstellen dat zo'n IT-afdeling zit te programmeren en dat er dan vervolgens een *kick-off* is, waarna de ambtenaren in de uitvoering aan de slag gaan met een programma waarin ze maar op een knop hoeven te drukken om een stap verder in het besluitvormingsproces te komen. Als niemand dan bedacht heeft dat je daar transparant over moet zijn en moet kunnen motiveren, mist men de boot.

Voorzitter: Ik heb gezien dat Michiel van Emmerik een vraag heeft.

Michiel van Emmerik:⁷ Dank, Sandra voor je mooie inleiding. Toch heb ik een vraag. Ik ben niet zo'n kenner van algoritmes en wat dies meer zij, maar ik was een tijd geleden op een bijeenkomst waar jij naar ik meen ook was en waar zo'n technicus ging uitleggen hoe het allemaal in elkaar zat. Zelflerende algoritmes worden steeds beter, bleek daarbij, en roepen de vraag op of wij als juristen het nog wel kunnen volgen. Kan transparantie dan nog helpen? Het systeem leert bij en gaat steeds verder om iets moois te bereiken.

Van Heukelom: Daaraan refereerde Johan Wolswinkel zojuist ook.

Van Emmerik: Ja, precies.

Van Heukelom: Staat de komst van zelflerende algoritmen die niet meer te volgen zijn eraan in de weg dat we ze toepassen omdat we niet kunnen uitleggen wat ze doen? In de eerste plaats moet ik zeggen dat we over de zelflerende algoritmen al veel aan het leren zijn. Daarnaast verdient de wereldwijde beweging in de richting van *explainability* de aandacht. De gedachte-ontwikkeling is in volle gang. Eerder in deze sessie hadden we het over technische transparantie, maar we zien ook al dat een AI-programma zelf verantwoording aflegt en zelf uitleg genereert van wat het heeft gedaan, hopelijk op een manier die wij als mensen kunnen begrijpen. Het programma is dan de *translator* van zijn eigen complexe proces op een neurale niveau dat bevattelijk is voor de mens. Dan is het trouwens nog steeds de vraag of we het proces acceptabel vinden. In ieder geval kan een van de kenmerken van zelflerende algoritmen zijn dat ze neurale patronen blootleggen die wij als mens niet zien en ook niet herkennen. Vervolgens rijst dan de levensgrote vraag wat wij in normatieve zin vinden dat er aan de orde is.

Dit is mijn antwoord. Ook fijn, Michiel, dat je bij die bijeenkomst zo goed hebt opgelet!

Voorzitter: Dat doet Michiel altijd!

In de chat zie ik een vraag van **Silvia Gawronski**, die zich afvraagt wat dit allemaal betekent voor de wetgever. Daarop komen we straks nog terug. Een andere vraag die ik zie, heeft ook daarop betrekking, terwijl ik nu nog even bij AI en het nemen van besluiten door het bestuur wil blijven. Volgens mij heeft Ymre daarover een tweede vraag.

Ymre Schuurmans

Heel onbescheiden! De afgelopen maanden ben ik met een Leids team bezig geweest met onderzoek naar maatwerk voor Binnenlandse Zaken. De onderzoeksvraag was: hoe kunnen we het algemeen bestuursrecht inzetten om maatwerk te bevorderen? Daarbij speelde de digitale context een belangrijke rol. Als je dan de

7 Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

rapporten van ABDTOPConsult leest, zie je dat datavervuiling binnen de overheid een van de grootste problemen bij het leveren van goed maatwerk is. Kijk je vervolgens naar de rechtspraak waarin een bestuursrechter het bestuur opdraagt van een regel of van vast beleid af te wijken, dan blijkt het vaak om zaken te gaan waarin een gedigitaliseerd systeem gebruik heeft gemaakt van vervuilde data, waardoor de uitkomst absurd is geworden.

Wordt er in het preadvies genoeg aandacht besteed aan de noodzaak de data-kwaliteit te bevorderen? Natuurlijk is er een passage over de *Self Sovereign Identity* (SSI), maar als ik dat lees denk ik: moeten we niet gewoon af van die wettelijke registraties? Wat kunnen we doen om dat enorme probleem van datakwaliteit aan te pakken?

Sandra van Heukelom

Ymre Schuurmans noemt een paar dingen. De datakwaliteit als zodanig vormt een probleem, want datasets zijn inderdaad op dit moment heel vaak vervuild of vooral verouderd. Dat betekent dat de data niet meer accuraat zijn en dus ook niet meer actueel kunnen worden ingezet. Daarnaast moeten we goed oog hebben voor de benutting van het potentieel aan technologie.

Gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel en de simpele wettelijke opdracht om alle feiten te vergaren, is het voor bestuursorganen een plicht ervoor te zorgen dat de datasets *up to date* en niet vervuild zijn. SSI helpt daarbij in zoverre, dat de burger tegenover een vervuilde dataset de juiste data kan zetten. Ik onderschrijf dus de oproep om iets aan de datakwaliteit te doen. De titel van het preadvies van Matthijs Vermaat, *Garbage in, garbage out*, geldt ook in dit verband: stop er foute data in, en je krijgt ook foute besluiten. Het is hier *en, en*: we moeten iets doen aan de datakwaliteit en we moeten iets doen aan de benutting van het potentieel aan technologie.

De rapporten van ABDTOPConsult heb ik gezien, evenals de rapporten van de Leidse onderzoeksgroep die Ymre noemt. Evident is dat de kwaliteit omhoog moet, de juistheid moet worden vergroot en de snelheid van verbetering moet omhoog.

Schuurmans: Aan de SSI zou misschien een bewijsvermoeden kunnen worden gekoppeld. Als je iets in zo'n SSI hebt geregistreerd op het moment dat je er nog geen belang bij hebt, zou het vermoeden van juistheid kunnen worden toegepast.

Van Heukelom: In zo'n SSI kun je bijvoorbeeld niet alleen de stelling 'ik ben 18' opnemen, maar kun je ook iemand die zekerheid over de juistheid van die stelling kan bieden, een bewijs van die juistheid laten geven. Iemand met autoriteit geeft dan een bevestiging. We hebben het nu zo geregeld dat maar één iemand met autoriteit zo'n bevestiging zou kunnen geven, maar waarom zou een bank waarbij je je geregeld moet identificeren niet ook 'ja' kunnen zeggen op de stelling dat jij 18 bent? Die bank werkt immers met een bewijsplicht in het verband van *know your consumer*.

Voorzitter: Ik vraag me iets af. De laatste tijd ben ik druk bezig geweest met de Dienst Toeslagen, waar heel veel uitvoering plaatsvindt. Zoals we allemaal in de krant hebben kunnen lezen, is daar veel niet goed gegaan. Voor een deel is dat

probleem juist veroorzaakt doordat de burger zelf foute informatie in het systeem stopte.

Ik kan mij voorstellen dat een SSI, die de burger zelf beheert, een enorm voordeel kan hebben in gevallen waarin de overheid anders maar met verkeerde, bijvoorbeeld verouderde gegevens blijft werken, maar zijn er ook geen risico's als de burger zelf informatie gaat opslaan en als de overheid op basis daarvan gaat beslissen? Burgers leveren immers lang niet altijd de goede gegevens aan.

Van Heukelom: Dat is zeker het geval, maar het is niet de kern van de gedachte. Op het moment dat gegevens nodig zijn voor bepaalde besluitvorming of bepaalde dienstverlening, is het enkele gegeven van de burger zelf onvoldoende. Er zal een bewijsvoering mee gepaard moeten gaan die aantoont dat het gegeven juist is. Alleen dan profiteren we ook van de administratieve lastenverlichting die in beeld komt. We kunnen niet blind op burgerdata vertrouwen, al was het maar omdat het soms heel gunstig is de feiten op een andere manier te presenteren. Een volledig gedecentraliseerde SSI, waar sommige anarchisten naar streven, is absoluut niet iets waar we naartoe moeten, maar een systeem waarbij een burger *real time* makkelijker kan aangeven hoe het wel zit, terwijl bepaalde systemen aangeven dat het anders zou zitten, kan nuttig zijn. In dat verband zouden we van de SSI-toepassing gebruik kunnen maken.

Anne Meuwese⁸

Bij dezen zou ik het voorstel willen doen dat de VAR de schets van veel gebruikte technologieën die Sandra van Heukelom als bijlage in haar preadvies heeft opgenomen, apart op de website publiceert. Het zou een veel gebruikte bron voor allerlei soorten bestuursrechtjuristen kunnen zijn.

Met Sandra zal ik graag wat verder in debat gaan over het al dan niet concessies doen op het punt van de uitlegbaarheid. Het is al wel aan de orde geweest, maar ik denk dat het echt een belangrijk punt is en ik hoop de discussie wat verder te kunnen brengen.

Het onderscheid naar verschillende contexten is belangrijk, en er kan misschien ook een nieuw argument in worden gevonden op het niveau van juridische fundamentele uitgangspunten. Johan Wolswinkel gebruikt zijn algoritme om een student te bellen met de vraag hoe het qua studie met hem gaat.⁹ Hij gebruikt zijn algoritme niet om het cijfer voor het tentamen automatisch bij te stellen. Hieruit blijkt dat we in een context waarin rechten en plichten worden vastgesteld – een besluitvormingscontext – geen concessies op het punt van de uitlegbaarheid kunnen doen. Ook de bestuursrechtspraak heeft dat voldoende duidelijk gemaakt.

Er is echter ook een andere context, de context van voorbereiding, van de mogelijkheid om procedureel maatwerk te leveren en van het bereiken van de burger, gegeven diens doenvermogen, waarmee hij bijvoorbeeld de overheid niet weet te vinden, of die misschien niet zo gemakkelijk toegang heeft tot zo'n digitale kluis.

⁸ Hoogleraar Public Law and Governance of Artificial Intelligence aan de Universiteit Leiden.

⁹ Zie de interventie van Wolswinkel direct na de inleiding van de preadviseur.

In een dergelijke context zou het voor een uitvoerend ambtenaar makkelijk moeten worden gemaakt zo'n burger even een belletje te geven. Ik denk zelf dat juist daar AI erg kan helpen. Daarbij zie ik voor me dat de ambtenaar letterlijk een vlaggetje op het scherm ziet dat betekent dat de persoon in kwestie even moet worden gebeld.

Als je nu in die laatste context hoge eisen aan de uitlegbaarheid gaat stellen, wordt het volgens mij alleen maar moeilijker de privacy goed te beschermen. Welke burgers zijn in deze zin maatwerkgevallen? Ik doel dan niet op gevallen waarin een maatwerkoplossing moet worden geboden, maar op burgers die net even wat extra aandacht moeten krijgen. Vermoedelijk zijn er veel soorten data te bedenken die waarschijnlijk – het algoritme zal het voor ons moeten doen – wel iets kunnen zeggen over de vraag of een bepaalde burger extra aandacht behoeft. Heel vaak wordt in dit verband op persoonlijke faillissementen gewezen, maar er zijn, denk ik, ook veel andere nogal privacygevoelige data te bedenken die heel goede voorspellers zouden kunnen zijn. Zodra je zo'n *unsupervised* algoritme in deze context uitlegbaar moet maken, zijn er mensen – of het nu IT-ers of juristen zijn – die in de 'foto' precies kunnen zien welke data zijn verwerkt, terwijl je dat nu juist misschien wel niet wilt en terwijl het ook niet nodig is, aangezien het enige gevolg van de operatie is dat het vlaggetje op het scherm komt te staan.

Dit alles mondt uit in mijn vraag, of de context nog iets uitmaakt voor concessies op het punt van de uitlegbaarheid en of het geen aanbeveling verdient in de context van 'even een belletje', hoe paternalistisch dat ook is, veel soepeler te zijn. In kwesties van technologie hoor je nu vaak het geluid dat we niet zo op de uitlegbaarheid moeten gaan zitten omdat we dan heel veel moois van AI missen. Dat betekent niet dat we kunnen uitgaan van *anything goes*, maar dat we moeten verifiëren of de technologie nu echt dingen beter doet dan mensen ze zouden kunnen doen. Je kunt een proef doen en als na een aantal jaren blijkt dat mensen deze aanpak prettig vinden, terwijl de privacy goed wordt beschermd, het vertrouwen in de overheid groeit en er ook minder zaakprocedures zijn, kun je wellicht de conclusie trekken dat de uitlegbaarheid voor deze specifieke toepassing zelfs overboord kan.

Sandra van Heukelom

Ik sta een beetje ambivalent tegenover de door Anne Meuwese voorgestelde benadering. Mijn eerste punt van overweging is dat zij en ik de voordelen van dit soort toepassingen levensgroot zien, maar dat er in mijn waarneming ook een heel grote groep burgers is die echt niet willen dat die ambtenaar dat belletje pleegt en die dat voelen als een inbreuk op hun privacy de andere kant op. Zij willen weten hoe ze dan met dat vlaggetje in die systemen boven water komen. Ik snap de intentie, maar ik denk dat heel veel burgers die niet op die manier ervaren. Het pleidooi voor het loslaten van de uitlegbaarheid ten faveure van de goede overheidsdienstverlening, deels door zo'n algoritme, zal in goede aarde vallen bij iedereen die door de overheid graag wil worden geholpen, maar in minder goede aarde bij degenen die juist willen dat de overheid niet op die manier met hun data omgaat. Hier zit een spanningsveld.

Het vaststellen van rechten en plichten is inderdaad iets anders dan het toepassen van *data analytics* op grote groepen en het verrichten van bepaalde handelingen voordat je rechten en plichten vaststelt. In de rechten- en plichtensetting heb je

de opdracht om goed te kijken wat de gegevens van de burger zijn en moet je daar ook naar handelen. In die setting kun je volgens mij heel duidelijk uitleggen dat zo'n digitale toepassing een goede bijdrage tot de uitkomst levert en hoe zo'n algoritme is ontwikkeld. In de andere setting vind ik het vanuit de *big brother is watching you*-gedachte ingewikkelder om op individuniveau dit soort data-analyses toe te passen. Ik zou liever zien dat we dan een niveau hoger gaan zitten en iets minder gebaseerd op de echt specifieke kenmerken van een persoon bepaalde patronen proberen te ontwaren waardoor het voorlichten en het metterdaad rechten en plichten vaststellen optimaler kunnen verlopen.

Voorzitter: Geen vlaggetje dus bij het individuele dossier.

Van Heukelom: Niet in een fase waarin je niet de opdracht hebt voor die burger vast te stellen of hij rechtens een aanspraak heeft dan wel een plicht moet naleven. Volgens mij doelt Anne op een andere fase, namelijk de voorlichtende fase in de overheidsdienstverlening waarin je dingen signaleert waardoor je de burger kunt bijsturen en kunt voorkomen dat hij bepaalde fouten maakt. Met het oog op die fase is een individuele aanpak volgens mij problematisch. Ik zou het mooi vinden als we voordelen weten te behalen, maar ik zit ook wel erg met de privacy in mijn maag.

Anne Meuwese

Je kunt maatwerk invullen op een manier die voldoet aan de eisen die de laatste inzichten op het gebied van doenvermogen opleveren. Dan wordt de aanpak al heel snel paternalistisch. Nu hebben we het over het 'belletje', maar er zijn natuurlijk ook tussencategorieën. Ik denk aan groepen burgers die automatisch uitstel van de belastingaangifte krijgen. Ik weet dat dit een problematische materie is, maar ik probeer een voorzet voor een denkrichting te geven. Om nog even op het algoritme van Johan Wolswinkel terug te komen: hij kan een bepaalde set studenten bijvoorbeeld automatisch uitstel van een paperdeadline geven. In die richting zijn volgens mij interessante routes te vinden.

Van Heukelom: Dat denk ik ook!

Meuwese: Zo iets is ook minder paternalistisch. Je weet dan alleen dat het systeem iets heeft bedacht. Ik denk dat inmiddels wel duidelijk is waarom mijn suggestie interessant maar tegelijkertijd behoorlijk problematisch is.

Sandra maakte zojuist een opmerking over het herkennen van patronen. Zouden we de technologie niet wat meer de andere kant op moeten inzetten? Ik denk dan aan het opsporen van mazen in de wet en van tendensen die verborgen blijven voor het menselijk oog. Is het denkbaar dat we er op die manier achter komen dat maatwerkproblematiek eigenlijk helemaal geen maatwerkproblematiek is, maar gewoon suboptimaal wetgeven?

Sandra van Heukelom

Een mooie vraag van Anne Meuwese over wetgeven. Deze vraag hadden we ook bij het ontwikkelen van de Awb-toolbox op tafel liggen. We hebben toen ook naar de digitale context van maatwerk gekeken. Vaak was er discussie over de precedentwerking van maatwerkgevallen, waarbij de gedachte opkwam dat het inzetten van digitale hulpmiddelen om maatwerkgevallen te identificeren ook zomaar kan leiden tot de conclusie dat een uniek geval niet uniek blijkt te zijn maar een heel grote groep vertegenwoordigt die in het wetgevingsproces anders is gepercipieerd of niet juist is behandeld. Zo'n conclusie komt pas in beeld als je de patronen zichtbaar krijgt die wij niet goed kunnen ontwaren maar AI wél.

Ik ben het dus met Anne eens en ik zou ervoor willen pleiten dat ook dat soort uitkomsten op een makkelijker wijze worden teruggeleid in het proces van wetgeven. Dat hoeft dan misschien niet in het concrete wetgevingsproduct-in-kwestie tot uiting te komen, maar ik denk wel dat je uit die patronen veel lessen kunt trekken voor de manier waarop we wetgeven en voor het nadenken door de wetgever over de groepen die met wetgeving worden bereikt.

Ik onderschrijf de omgekeerde benadering die Anne hier bepleit. Toepassing van technologie, bedoeld voor individuele gevallen, kan ook leiden tot een conclusie over het wetgevingsproduct dan wel de manier waarop aan de uitvoering vorm is gegeven. Ook op het punt van de uitvoering kan technologie-toepassing inzichten opleveren.

Dit brengt mij min of meer terug bij heel oude rechtspraak. In mijn beginjaren bij Pels Rijcken mocht ik mij onderdompelen in zittingen over de zware regenval van het jaar 1998, de WTS-2-zaken. In die zaken hadden we ermee te maken dat bij de uitvoering van de schaderegeling bepaalde gebieden waar regenval had plaatsgevonden niet bleken te zijn meegenomen als schadegebied. De minister stelde de geldende regelgeving vast en nam de uitvoering ter hand van gevallen die in schadegebied lagen. In het tweede verband – dus bij de uitvoering – werd geconstateerd dat een bepaalde groep over het hoofd was gezien. Toen daarover werd geprocedeerd werd dieper ingegaan op de situatie dat een minister die een dergelijke omissie constateert, zowel over de band van de uitvoering als over de band van de wetgeving tot een oplossing zou kunnen komen. Kan de minister volstaan met de constatering dat de uitvoering, gelet op de wetgeving die nu eenmaal is zoals zij is, geen ruimte voor aanpassing biedt, of moet een minister in zo'n situatie terug naar de tekentafel omdat de uitvoering tot de conclusie leidt dat de wetgeving moet worden aangepast? Moet die laatste weg worden bewandeld voordat weer aan individuele besluitvorming wordt toegekomen?

Met de manier waarop ik dit vertel leg ik de uitkomst al bloot: de minister moet naar de schadevaststellingen voor de betrokken gebieden kijken voordat tot een oordeel over de houdbaarheid van de uitvoering kan worden gekomen. Als we deze benadering in het verband van deze gedachtewisseling toepassen, komen we tot de constatering dat digitale toepassingen patronen in de uitvoering kunnen blootleggen die er toe zouden kunnen leiden dat eerst de wetgeving wordt aangepast in plaats van dat voor een oplossing in de uitvoering wordt gekozen.

Voorzitter: Wil Anne Meuwese hierop nog reageren?

Van Heukelom: Anne heeft misschien inmiddels afgehaakt omdat ze denkt: als we het over 1998 gaan hebben ga ik naar huis!

Meuwese: Ik stak mijn duim op, maar nu dan in woorden dank voor dit antwoord. Dit is een mooie start voor een nieuwe onderzoekslijn!

Voorzitter: Ook Silvia Gawronski wilde iets over AI en het wetgevingsproces zeggen.

Gawronski: Aan het begin van deze sessie heeft Sandra van Heukelom iets gezegd dat mij intrigeerde. We willen maatwerk, we gaan digitaliseren, we gaan algoritmen gebruiken, en iedereen moet daar wat mee, ook de wetgever. Denkt Sandra dat de wetgever nu sneller zal kiezen voor een *rule-based approach* dan voor een *principle-based approach* omdat *rules* nu eenmaal makkelijker in een binair systeem te zetten zijn dan open normen of beginselen?

Van Heukelom: Silvia Gawronski vraagt of de wetgever nu sneller zal kiezen voor een *rule-based approach* dan voor een *principle-based approach*. Ik hoop van niet, want ik heb gemerkt dat de aard van de technologie steeds weer een net iets andere invulling van een bepaalde norm met zich brengt. Daarvoor is geen ruimte meer als er heel precies aan wetgeving wordt gedaan. Ik pleit in mijn preadvies sterk voor een *principle-based-benadering*. Ik zou heel graag willen dat we meer kijken naar de principes die we in onze rechtsstaat het verdedigen waard vinden en dat we ons afvragen waaraan we die principes ontleen. Bij de *rule-based-oplossing* proberen we toch weer tot een zodanige verfijning te komen, dat we op voorhand kunnen voorspellen welke gevallen precies onder de regels zullen vallen.

Tegelijkertijd besef ik dat we hiermee de opgave voor degenen die digitale processen moeten ontwikkelen bemoeilijken, althans complexer maken. We weten namelijk niet altijd wat in de specifieke situatie het juiste uitgangspunt zou moeten zijn. Bovendien geldt vaak dat je tien of wel honderd gevallen moet hebben gezien om te kunnen beslissen dat de oplossing die je aan het begin had bedacht niet evenredig of niet gelijk uitpakt. Iets dergelijks hebben we bijvoorbeeld gezien bij de rechtspraak over het alcoholslot. In zo'n situatie moet je kunnen bijsturen. In mijn inleiding ben ik hierop ingegaan; we moeten toe naar technologie die dynamischer is dan de technologie voor het ontwikkelen van een programma waarmee we drie jaar moeten doen en die we dan opnieuw moeten uitonderhandelen. Er moet technologie komen waarin ook de uitvoeringsperikelen en de beslissingen die *principle-based* worden ingegeven een plek kunnen krijgen en wendbaarder kunnen worden toegepast.

We moeten niet voor een *rule-based-benadering* kiezen, louter en alleen omdat het lastig is in een binair systeem de juiste keuzen te doen. Dan is het maar even ingewikkeld! Zo is het leven soms, het is niet altijd makkelijk.

Voorzitter: Dat is een duidelijke conclusie. Soms moet het maar even moeilijk als dat betere resultaten oplevert. In de chat heeft zich nog iemand gemeld die naar ik meen al eerder het woord heeft gevoerd.

Alex Corra: Sandra betoogt dat wij juristen anders naar dingen moeten leren kijken. In juridische systemen kijken wij vaak heel deterministisch. Iets is wel of niet het geval: een dichotome benadering dus. Zou het geen leuke denkoefening zijn meer te kijken naar probabilistisch wetgeven? Al die AI-systemen zijn in feite uiteindelijk terug te brengen tot probabilistische systemen. Ze berekenen een kans. Hoe zou wetgeving er nu uitzien als daarin zou worden uitgegaan van een kans in plaats van een recht? Zou Sandra met een dergelijke denkrichting kunnen leven?

Van Heukelom: Mooi! Ik zie André gieren van het lachen. Misschien kan hij hierop reageren?

André Verburg: Ik zou dit vooral als denkoefening willen doen, maar ik vind het wel geweldig! Volgens mij moet het dan ook nog met het projecteren van kansen op kansen. Dat is de enige manier. Ik sta er erg voor open, maar laten we dit een andere keer bespreken.

Johan Wolswinkel: Ik vind dat Alex Corra een leuke suggestie doet. De kloof tussen juristen en IT-ers is volgens mij helemaal niet zo groot, ook al wordt die suggestie dan vaak gewekt. Juristen hebben de neiging te zeggen 'ik ben een alfa, dus ik kan niks', maar als ze even over die schaduw heen stappen, moeten ze, zeker als ze zich met het bestuursrecht bezighouden, logisch kunnen redeneren. Rechtszekerheid voor de burgers moet langs duidelijke lijnen worden bereikt. Maatwerk in het bestuursrecht levert dan wat meer problemen op, omdat je daarvoor van de regels moet afwijken, maar in de kern moet juist een bestuursrechtjurist goed in gesprek kunnen gaan met IT-ers. De manier waarop wij denken is althans in de basis, mag ik hopen, redelijk gestructureerd. Ik weet niet wat de ervaring van Sandra op dit punt is als zij met haar 'architecten' spreekt.

Voorzitter: Ja, ze vertelde net dat ze bang is om in de kast opgesloten te worden!

Van Heukelom: Ik ben het met je eens, Johan. Ook wij juristen zijn wel gewend vrij binair te denken. Uiteindelijk is een artikel wel of niet van toepassing op het feitencomplex. We nemen een afslag, komen in het volgende veld en moeten opnieuw tot een kwalificatie komen. Het goederenrecht is daarvan een heel mooi voorbeeld. Ik weet niet of de aanwezigen zich nog herinneren hoe dat ging. Je onderstreepte een woord en dan kwam je via de kwalificatie binnen in het volgende artikel. Eigenlijk doen IT-ontwikkelaars dat ook. Het enige wat zij aangereikt moeten krijgen, is de kwalificatie van de situaties waarover zij moeten programmeren. Zij kunnen niet nagaan welke toepassing zo'n technologie krijgt. Ze kunnen niet bedenken dat het geven van een toepassing kan leiden tot bijvoorbeeld een 'medisch dossier' in de zin van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst, waarmee je ineens de normen van die wet binnenhaalt. Wij juristen moeten er aan de voorkant samen met hen voor zorgen dat we enerzijds de kwalificaties goed tot stand brengen en dat anderzijds de binaire keuzen die zij doen op sommige punten wat minder rigide tot stand komen, waarbij er meer ruimte is voor een derde optie, namelijk 'dit past niet in een van de twee keuzemogelijkheden'. Het komt namelijk wel degelijk voor dat de burger niet in een ja- of nee-situatie zit, maar dat een vraag tot iets leidt dat niet

op hem van toepassing is. We moeten de IT-ers helpen flexibiliteit in het binaire systeem te krijgen.

Voorzitter: Volgens mij zijn we hiermee helemaal terug bij de kernboodschap van het preadvies: wij bestuursrechtjuristen moeten er aan de voorkant bij zijn om ervoor te zorgen dat de dingen die wij in de rechtsstaat belangrijk vinden ook echt in de digitale neerslag van de wetgeving komen te staan.

Van Heukelom: Ja, dat klopt, en misschien is het nog wel leuk om kort iets naders over de coronamelder te vertellen. De ontwikkeling van die digitale toepassing was bij uitstek een voorbeeld van een gang van zaken waarbij juristen helemaal aan de voorkant werden betrokken. Het afwegingskader is toen helemaal onderworpen aan de vraag welke waarborgen er moesten zijn. Ymre Schuurmans heeft het over een *black box* bij de bestuursorganen gehad, maar in het geval van de coronamelder was de situatie heel anders. Minister Hugo de Jonge¹⁰ heeft in de Tweede Kamer aangekondigd dat hij voor het bronnen- en contactonderzoek inzake COVID-19 digitale hulpmiddelen wilde inzetten. Hij heeft niet gewacht tot zo'n hulpmiddel er was, hij heeft de vraag of het wenselijk was digitale hulpmiddelen in te zetten tot onderwerp van het parlementaire debat gemaakt. Na dat parlementaire debat gaf een deel van de markt aan een dergelijke applicatie op de plank te hebben liggen. Om die te onderzoeken en om in zijn algemeenheid na te gaan waar zo'n applicatie aan zou moeten voldoen, is er een set aan juridische eisen geformuleerd waaraan de toepassing zou moeten voldoen. Dat waren niet alleen de eisen van transparantie en uitlegbaarheid, maar het ging ook over de vraag hoe grondrechtelijke waarborgen in het systeem zouden moeten worden gebracht. Moest een procedurele toets worden gedaan, door onder andere het College voor de Rechten van de Mens erbij te halen en een fiat van die kant als een geslaagde grondrechtentoets te bestempelen, of zou er ook iets materieels in de toepassing van de applicatie moeten gebeuren? Ook het punt van de privacy is aan de orde gesteld: waaraan zou de applicatie met het oog op de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) precies moeten voldoen?

Zo werd het komen tot een digitale toepassing voor het bronnen- en contactonderzoek inzake COVID-19 een proces waarbij aan de voorkant de juridische waarborgen en speelvelden werden geformuleerd. Vervolgens is er een openbare beproeving geweest van (markt)toepassingen die aangaven aan de juridische (grondrechtelijke) uitgangspunten te kunnen voldoen. Ik weet niet of iemand van de aanwezigen in het weekend van Pasen zin heeft gehad daar digitaal naar te kijken, maar daar bleek dat sommige toepassingen niet goed uitlegbaar waren en/of aan de privacyuitgangspunten voldeden. Toen heeft de overheid het zelf ter hand genomen, waarbij sterk is nagedacht over de *governance*, waarbij ook weer juristen zijn betrokken, vanuit de overtuiging dat *governance* ook juridische aspecten heeft. Hoe zijn rollen en verantwoordelijkheden eigenlijk belegd? Wie gaat in ons rechtsstatelijk bestel wáárover? Pas vervolgens zijn ontwikkelaars aan de slag gegaan

¹⁰ Ten tijde van deze digitale jaarvergadering minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

met de opdracht: je gaat in het algemeen belang iets ontwikkelen dat *open source* ter beschikking wordt gesteld, met een licentie en een digitale kluis eromheen.

In deze hele procedure zijn ook andere overheidsinstellingen betrokken geweest, om ervoor te zorgen dat de ontwerpers in de applicatie tot uiting zouden laten komen dat zij zich rekenschap hadden gegeven van de normen die wij zo belangrijk vinden.

Ik kan er nog uren over praten, maar ik zie dat Willemien als voorzitter enigszins ongeduldig wordt, dus ik stop. Ik wil maar aangeven dat de kloof tussen juristen en IT-ers kan worden overbrugd, mits je van tevoren transparant bent en duidelijke doelstellingen formuleert waaraan de technologie moet voldoen.

In mijn schermpje zie ik dat Johan ook nog iets wil zeggen.

Voorzitter: Johan weet dat de voorzitter onverbiddelijk is en dat wij bij de VAR-bijeenkomsten altijd op tijd stoppen. Overigens vind ik het heel leuk, Sandra, dat je dit voorbeeld hier nog hebt kunnen uitwerken. Het is een heel actuele casus waarin al veel van wat jij in het preadvies bepleit, is toegepast.

[Einde van de gedachtewisseling over het preadvies.]

Voorzitter: Ik ga nu, met het voorbeeld van Bert Marseille als voorzitter van een andere deelsessie voor ogen, de stellingen overslaan.

Van Heukelom: Ah! Een vast onderdeel van de VAR-jaarvergadering!

Voorzitter: Ik wist dat je teleurgesteld zou zijn, maar ik denk dat je toch eigenlijk liever tijd aan je mooie voorbeeld wilde besteden dan aan het uitvoeren van een poll.

Aan het eind van de gedachtewisseling over het preadvies gekomen, wil ik jou, Sandra, heel hartelijk bedanken voor het schrijven van dit mooie stuk. Velen hebben het denk ik heel inspirerend en boeiend gevonden hoe jij ons op een begrijpelijke manier hebt meegenomen in de wereld die sommigen van ons toch wel eng vinden. Terecht heb je ons opgeroepen om ook op dat terrein verantwoordelijkheid te nemen, een boodschap die naar mijn indruk vanmiddag goed is geland.

Normaal zou ik nu bloemen overhandigen, maar digitaal gaat dat niet, en ik ga je ook geen suf plaatje van een bloemetje laten zien. Er komt iets aan via het digitale systeem dat ook daarvoor inmiddels bestaat; ik hoop dat je daarvan geniet, net als van het terugdenken aan deze bijeenkomst.

Alle deelnemers bedank ik voor hun aanwezigheid, hun bijdragen en hun belangstelling. Ik zou heel graag zeggen: we gaan nu naar de borrel, maar een digitale borrel met zo veel mensen als hier vandaag zijn, gaat helaas niet. Daarom hebben wij als afsluiter iets dat bijna net zo leuk is als een borrel, misschien zelfs nog wel leuker, namelijk een filmpje over de VAR-scriptieprijs.¹¹

¹¹ Zie p. 95 e.v. van dit verslag.

Bekendmaking van de winnaar van de VAR-scriptieprijs

Bart-Jan van Ettehoven, voorzitter van de jury, draagt vanuit zijn werkplek het juryrapport voor (eerder opgenomen bijdrage, in elk van de vier deelsessies aan het eind als video-opname afgespeeld).



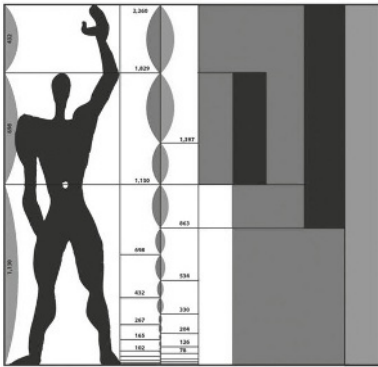
Lieve VAR-vrienden. De VAR-scriptieprijs wordt eens in de twee jaar uitgereikt aan de auteur van een masterscriptie die naar het oordeel van de jury een waardevolle bijdrage heeft geleverd tot de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht of die anderszins voor het bestuursrecht van waarde is. Vandaag is het de eerste keer dat de prijs wordt uitgereikt. Naast eeuwige roem is er ook een geldbedrag van € 1.000 aan verbonden.

De jury bestond uit Nicolien van de Biggelaar, Leo Damen en mijzelf, en is bijgestaan door Nina Bontje. Een prachtige spreiding over advocatuur, wetenschap en bestuursrechtspraak, helemaal verantwoord, zoals dat bij de VAR hoort! De jury kon kiezen uit maar liefst zes scripties en is gekomen tot twee eervolle vermeldingen en een prijswinnaar.

De eerste eervolle vermelding gaat naar Demy Jongkind voor haar scriptie *Het wijkbudget: voor de wijk, door de wijk*. Het is een scriptie met een mooie mix van empirisch onderzoek en juridische beschouwingen over een heel mooi onderwerp: publiek geld in een privaat jasje. Bij zo'n onderwerp loop je al gauw tegen allerlei prachtige bestuursrechtelijke vragen aan, ook met betrekking tot het bestuursorgaanbegrip in de Awb. Kennelijk is dat een kwelgeest in deze tijd, want niet alleen deze scriptie ging over deze thematiek, maar ook een paar van de andere scripties.

De tweede eervolle vermelding gaat naar Tess Linders voor haar scriptie *Klimaatverandering en het EVRM. Een onderzoek naar de negatieve en positieve verplichtingen voor de Staat onder artikelen 2, 8 en 1 EP EVRM, ten aanzien van de schadelijke effecten van klimaatverandering*. Dit is echt een supergedegen juridische studie over kortgezegd de problematiek waarover het *Urgenda*-arrest ging. Aan de orde komen de verplichtingen van de staat, zowel negatieve als positieve, onder de artikelen 2 en 8 EVRM en onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De scriptie is geschreven kort na het arrest van het Gerechtshof in Den Haag, maar had voorspellende waarde voor het arrest van de Hoge Raad.

En dan nu de winnaar van de VAR-scriptieprijs 2020! Naar het oordeel van de jury is de duidelijke en overtuigende winnaar Maurits Ippel, met zijn scriptie *De mens, le modulator voor het algemeen bestuursrecht*.



Een verkennend onderzoek naar een op de mens gebaseerde Awb¹

Maurits Ippel beheert het door hem gekozen brede onderwerp – de burger en het bestuursrecht in de Awb in combinatie met het streven naar maatwerk in de primaire fase – in de volle breedte. Ippel heeft bijzonder veel literatuur geraadpleegd en deze niet alleen geciteerd, maar ook echt verwerkt. Hij schrijft daar een eigen origineel verhaal over. Kortom, Ippel is een volwassen auteur over een buitengewoon lastig onderwerp, maar in een bijzonder goed leesbaar verhaal dat ver uitstijgt boven het gebruikelijke niveau van een masterscriptie. Eén jurylid verzuchtte: ‘O, ik wou dat ik die scriptie zelf geschreven had!’ Ik kan natuurlijk niet zeggen om welk jurylid het gaat.

¹ Uit de Inleiding van de scriptie: ‘De afbeelding op het titelblad is afkomstig uit het in 1948 door de Franse architect Le Corbusier uitgegeven boek getiteld *Le Modulor*. Le Corbusier, een van de grondleggers van de modernistische architectuur, stelde in *Le Modulor* voor een op de proporties van de mens gebaseerd systeem van maten te hanteren voor het bepalen van de hoogte en verhoudingen van tafels, stoelen, plafonds, enzovoorts. De mens als modulator werd zo als het ware een ontwerpprincipie. Samen met meer idealistische ontwerpprincipes die gericht waren op een beter leven van mensen, zoals: de scheiding van leef- werk- en recreatiefuncties, het gebruik van beton en glas vormde de modulator een van de dragende beginselen voor de modernistische beweging in de architectuur.’

In zijn Voorwoord heeft Maurits Ippel geschreven dat hij weet en ook een beetje vréést dat maar heel weinig mensen zijn scriptie zullen lezen, maar gelukkig heeft hij daar zelf ook iets op bedacht. Iedereen kan zijn betoog namelijk nalezen, want hij heeft de scriptie omgewerkt tot een artikel onder de titel ‘De mens als maatstaf voor de regels in het algemeen bestuursrecht’.² Het zijn maar negen pagina’s en je leest het in één adem uit. Ik kan het u echt aanraden. Maar om lezing voor iedereen mogelijk te maken, zal de scriptie van Maurits binnenkort ook worden gepubliceerd op de website van de VAR. Dan kunt u het allemaal nog eens uitgebreider raadplegen.

Sommige scriptieschrijvers hebben inmiddels gekozen voor een carrière in het verlengde van het onderwerp van de scriptie, namelijk door promotieonderzoek te gaan doen. Dat geldt niet voor Maurits Ippel; hij heeft gekozen voor een carrière als wetgevingsjurist bij een ministerie. Maar dat wil niet zeggen dat hij het publiceren heeft laten liggen. Ik wijs de VAR-leden op zijn artikel ‘Het beginsel van de diene-nende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter’.³ De jury kijkt met veel belangstelling en vol verwachting uit naar de volgende publicaties, niet alleen van Maurits Ippel, maar ook van de andere inzenders van scripties.

2 NTB 2018/68.

3 NTB 2020/2.

Bestuur en erelid

prof. mr. dr. A.T. Marseille (voorzitter)

mr. H. Herweijer (secretaris)

mr. N.N. Bontje (penningmeester)

mr. A. Collignon

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

mr. E.M.B. Kuijpers

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