

# Toetsing door de bestuursrechter

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

*Verslag* van de algemene vergadering  
gehouden 24 mei 2024 ter behandeling  
van de preadviezen van:

J. Uzman

T. Boesman, J.A. Nijland & T.M. Schelfhout

M.J.M. Verhoeven & R.J.G.M. Widdershoven

1 7 5

**Boom**

ISBN 978-94-6212-989-4



9 789462 129894 >

[www.boom.nl/juridisch](http://www.boom.nl/juridisch)

Toetsing door de bestuursrechter



VAR-reeks

175

# Toetsing door de bestuursrechter

Verslag van de algemene vergadering  
gehouden op 24 mei 2024

ter behandeling van de preadviezen van

J. Uzman

T. Boesman, J.A. Nijland & T.M. Schelfhout

M.J.M. Verhoeven & R.J.G.M. Widdershoven

**Boom**

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 veelevoudigd, 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 veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproprechtregeling van Stichting Reprecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprecht.nl](http://www.reprecht.nl)). Voor het veelevoudigen 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](http://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 978-94-6212-989-4  
ISBN 978-94-0011-492-0 (e-book)  
NUR 823

[www.boom.nl](http://www.boom.nl)  
[www.boom.nl/juridisch](http://www.boom.nl/juridisch)

# Inhoud

<b>Rede van de voorzitter, Bert Marseille</b>	<b>7</b>
<b>Plenaire bespreking van de preadviezen</b>	<b>13</b>
<b>Uitreiking VAR-scriptieprijs</b>	<b>52</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Jerfi Uzman</b>	<b>55</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Tim Boesman, Jo-Anne Nijland en Theo Schelfhout</b>	<b>68</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Maartje Verhoeven &amp; Rob Widdershoven</b>	<b>88</b>
<b>Huldiging winnaars VAR-pleitwedstrijd</b>	<b>108</b>





# Rede van de voorzitter, Bert Marseille

Geachte aanwezigen,

Het leek mij leuk deze jaarrede te benutten om tien personen te noemen die mij het afgelopen jaar voor wat betreft het bestuursrecht zeer hebben geïnspireerd. Dat bleek een hele klus, want het waren er veel te veel. Ik dacht toen: ik beperk me tot '2024 tot nu toe'. Toen waren het er nog steeds te veel, omdat de hele deelredactie van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (het NTB) erbij zat. Toen dacht ik: die tel ik als één, maar toen waren het er weer te weinig – en toen herinnerde ik me gelukkig de briljante oneliner van Maurits Ippel in diens bijdrage aan de afgelopen Scheltemalezing: *form follows function*, en ik dacht: het hoeven er geen tien te zijn – dat is maar de vorm –, elf of acht is ook prima, want het gaat om de functie, ik noem die mensen om een punt te maken over het bestuursrecht. Uiteindelijk kwam ik op zeven, omdat er over de Scheltemalezing van de vijf deelredactieleden van het NTB zo veel is te zeggen, dat mijn verhaal maar ruimte biedt voor twee anderen.

De eerste persoon die ik wil noemen is Paul Smeulders. Dat is iemand waar ik tot voor kort nog nooit van had gehoord, maar toen ik verleden week na de presentatie van het regeerakkoord enorm behoefte had aan ergens een lichtpuntje, kwam ik gelukkig een LinkedIn-filmpje tegen waarin hij prominent figureert. Paul Smeulders is wethouder in Arnhem en in dat filmpje vertelt hij dat Arnhem twee keer zoveel vluchtelingen gaat opnemen als verplicht. Het bijzondere van het filmpje is dat hij die beslissing niet presenteert als statement, wapenfeit of opoffering, maar dat hij zegt: 'Dit is het beste voor de stad Arnhem. We hebben de mogelijkheid om het te doen en vluchtelingen vormen een verrijking voor onze stad.' Ik vind het een perfect voorbeeld van nadenken hoe je als overheid publieke waarde kunt toevoegen.<sup>1</sup> En Paul Smeulders bleek ook nog heel aardig, want toen ik hem een LinkedIn-verzoek stuurde met een kort berichtje waarin ik meldde dat ik onder de indruk van hem was, kreeg ik direct een bericht terug: 'Dank voor je aardige reactie, Bert! Fijn dat onze inzet ook buiten Arnhem opvalt.'

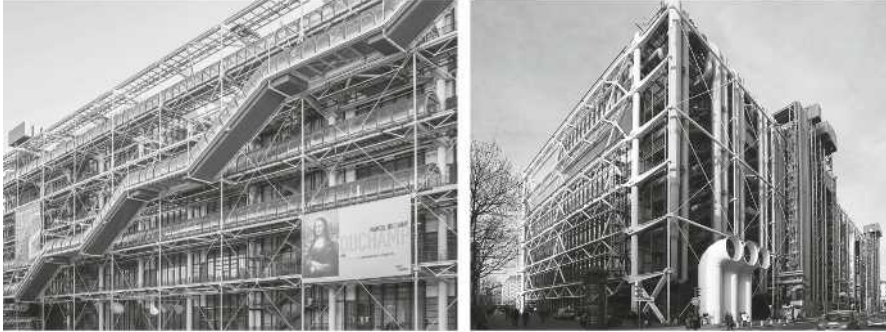
Paul Smeulders was mijn lichtpuntje afgelopen week, maar de sterren van de deelredactie van het NTB stralen al een hele tijd. Met hun vijven hielden ze op 5 april de vijfde Scheltemalezing.<sup>2</sup> Die bijeenkomst was een groot succes, en ik hoorde zelfs

1 M.H. Moore, *Creating Public Value: Strategic Management in Government*, Boston: Harvard University Press 1997. 'Publieke waarde' is geen bestuursrechtelijk, maar een bestuurskundig begrip, maar het is wel essentieel voor de toepassing van het bestuursrecht.

2 De deelredactieleden hebben de verhalen die ze op 5 april 2024 hielden op schrift gesteld; ze verschijnen in het NTB van juni 2024.

iemand zeggen dat het ‘leuker’, of ‘veel leuker’, of ‘nog leuker’, of misschien zelfs wel ‘nog veel leuker’ was dan een VAR-jaarvergadering. Dat zullen we nog zien!

De vier verhalen van Maurits Ippel, van Marc Wever, van Elsemarie Adriaanse en Louise van Heusden en van Joyce Esser zetten mij enorm aan het denken, en ik zag er ook een rode draad in, die zich in drie woorden laat samenvatten: *form follows function*.



Die oneliner is, zoals ik al vertelde, afkomstig uit het verhaal van Maurits Ippel; de afbeeldingen die ik nu op het scherm toon, komen van mij. Ik vind de woorden *form follows function* de perfecte samenvatting van wat bij het ontwerpen en het toepassen van het bestuursrecht uitgangspunt zou moeten zijn. In plaats van dat mensen over wie het bestuursrecht gaat en de professionals die het ontwerpen en toepassen zich zouden moeten voegen in de mal van het systeem, zou het systeem zich moeten kunnen voegen naar de uiteenlopende situaties waarin het bestuursrecht zijn toepassing vindt.

Ippel illustreerde zijn verhaal met vele voorbeelden. Het meest actuele betrof de in artikel 6:7 Algemene wet bestuursrecht (Awb) neergelegde uniforme bezwaar- en beroepstermijn van zes weken. De preconsultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb bevatte een wijziging die het mogelijk maakte om voor bepaalde typen besluiten de termijn van zes naar dertien weken te verlengen.<sup>3</sup> Die wijziging is in de consultatieversie weer teruggedraaid, met als argument dat belanghebbenden niet meer goed weten wanneer welke termijn voor hen geldt. Dat argument raakt eerlijk gezegd kant noch wal, want elke belanghebbende kan gewoon in het besluit lezen welke bezwaar-/beroepstermijn geldt. Ippel vermoedt dat de werkelijke reden is dat de wijziging ‘juridisch lelijk’ werd gevonden. De wet, zo vervolgt Ippel, is echter geen kunstwerk, maar een product en dan zou functionaliteit boven esthetiek moeten gaan.

Ippel laat daarnaast zien dat als vorm boven functie wordt gesteld, de praktijk geitenpaadjes vindt om toch recht te doen aan de functie van bestuursrechtelijke voorzieningen. Een bekend voorbeeld is de beleidsmatige bezwaartermijn van twaalf weken die het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG) hanteert. Voor het functioneren van de bezwaarprocedure bij het IMG is het geen probleem als

3 Zie voor de preconsultatieversie: Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763 en bijlagen; voor de consultatieversie: [www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/bi](http://www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/bi).

niet alle bezwaren binnen zes weken worden ingediend. Waarom zou je iemand een heroverweging van zijn schadebesluit misgunnen als hij zich pas na zeven of na elf weken meldt? Het IMG heeft – terecht – lak aan artikel 6:7 Awb.

Ook het verhaal van Marc Wever kan worden gezien als een pleidooi voor *form follows function*. Zijn verhaal ging over een overheid die z'n burgers overvraagt als die een uitkering, voorziening of toeslag aanvragen. De 'vorm' heeft hier de vorm van een eindeloze reeks formulieren die moeten worden ingevuld of lange lijsten met documenten die een aanvrager moet aanleveren. Bij Wevers verhaal moest ik denken aan een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van twee jaar geleden over hoeveel gegevens de gemeente mag vragen van iemand die om bijstand vraagt.<sup>4</sup> Ik toon u een overzicht op het scherm. De rechter, Hanke Bootsma, legt in die uitspraak op een even vriendelijke als eigenlijk dodelijke manier uit waarom de gemeente Eindhoven de aanvrager aan alle kanten overvraagt.

## Te veel gevraagd? (ECLI:NL:CRVB:2022:1821)

**1.** geldig paspoort of ID-document **2.** bankafschriften van alle Nederlandse en buitenlandse betaalrekeningen van 1 maart 2018 tot heden; **3.** huurcontract; **4.** bewijs van huurbetaling van 1 januari 2020 tot heden; **5.** bewijs van overige inkomsten van 1 januari 2020 tot heden; **6.** huidige afkoopwaarde uitvaartverzekering, levensverzekering, lijfrente; **7.** bewijsstukken van een onverdeelde boedel of erfenis; **8.** bewijsstukken van geldwaardige papieren van uw kinderen; **9.** bewijsstukken van geld en/of bezittingen die aan iemand zijn geleend of geschonken en niet zijn teruggekregen; **10.** aandelen, obligaties, schuldbekentenissen etc.; **11.** bewijs van de inkomsten uit eigen onderneming van 1 maart 2018 tot heden; **12.** deugdelijke en verifieerbare boekhouding van het bedrijf in Spanje; **13.** meest recente winst/verlies rekening; **14.** meest recente exploitatie rekening; **15.** aangifte inkomstenbelasting van 2018 en 2019 in Spanje; **16.** inschrijfbewijs, uitschrijfbewijs en inschrijfnummer registers in Spanje; **17.** opheffingsdocumenten van de eigen onderneming in Spanje; **18.** bankafschriften van alle zakelijke rekeningen van 16 maart 2018 tot heden; **19.** Spaanse documenten vertaald in het Nederlands door een beëdigde tolk; **20.** polis ziektekostenverzekering; **21.** bewijsstukken van de meest recente schulden

Drie keer afgewezen wegens gebrekkige gegevens. Advies gemeente: doe maar vierde aanvraag!

Zo erg als toen in Eindhoven is het misschien niet altijd en overall, maar uit onderzoek waar wij in Groningen een paar jaar geleden bij betrokken waren, bleek dat toen zo'n kwart van de aanvragen om bijstand buiten behandeling wordt gelaten of wordt afgewezen omdat de aanvrager niet alle gevraagde gegevens had overgelegd. Dat het ook anders kan, bewijst een project van de gemeente Groningen, 'Werken vanuit vertrouwen'.<sup>5</sup> Groningers die voor een inkomensondersteunende maatregel in aanmerking willen komen, hoeven geen enkel bewijsstuk meer mee te sturen. De gemeente beschikt zelf ook wel over die informatie, en als men het niet vertrouwt, neemt men contact op met de aanvrager voor nog wat vragen. Daar geldt: *form follows function*.

<sup>4</sup> CRvB 8 augustus 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1821, Gst. 2022/97, m.nt. Op den Camp.

<sup>5</sup> Zie voor het onderzoek naar dat project: Marc Wever & Bert Marseille, *Werken vanuit vertrouwen en niet-gebruik van inkomensondersteunende maatregelen*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2024, zie: [www.pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/993460677/Werken\\_vanuit\\_vertrouwen\\_en\\_niet-gebruik\\_van\\_inkomensondersteunende\\_maatregelen.pdf](http://www.pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/993460677/Werken_vanuit_vertrouwen_en_niet-gebruik_van_inkomensondersteunende_maatregelen.pdf).

De kern van het betoog van Wever is in deze tabel te zien:

wel recht, wel een voorziening	geen recht, WEL een voorziening
wel recht, GEEN voorziening	geen recht, geen voorziening

De overheid stopt te veel energie in het voorkomen dat het vakje rechtsboven ook maar enigszins is gevuld, maar bekommert zich er totaal niet om dat het vakje links onder – wel recht, geen voorziening – veel te vol is, vanwege alle belemmeringen die aanvragers ondervinden om gerechtvaardigde aanspraken te verzilveren. Wever zegt: accepteer, zeker bij voorzieningen waar het niet om heel grote bedragen gaat, dat soms iemand ten onrechte iets krijgt. Dat weegt op tegen de lagere uitvoeringskosten én tegen het gegeven dat het aantal mensen dat terecht iets krijgt, stijgt.

Elsemarie Adriaanse en Louise van Heusden richtten zich in hun deel van de Scheltemalezing op de procedure bij de bestuursrechter. Hoe kan die effectiever worden georganiseerd? Een van de vernieuwingen waar zij voor pleitten, is een uitspraak in twee delen: eerst het dictum, later de onderbouwing. Ik vond dat een inspirerend voorstel, waar zeker verder over moet worden nagedacht. Ik moest zelf direct denken aan de mondelinge uitspraak. Dat is ook een soort uitspraak in twee delen: eerst de uitspraak, daarna het proces-verbaal. De mondelinge uitspraak is een prachtig instrument van de rechter dat echt veel te weinig wordt gebruikt. Waarom wordt dat middel niet vaker gehanteerd?

Als je kijkt naar procedures bij de bestuursrechter, dan zie je dat die bijna allemaal in eenzelfde mal worden gedrukt: een gerechtsjurist die het dossier van A tot Z leest en de zaak schriftelijk instrueert, een of meer rechters die het dossier ook van A tot Z lezen, behandeling ter zitting vele maanden na indiening van het beroep en ten slotte een schriftelijke uitspraak, hopelijk binnen zes weken na de zitting.

Die mal is lang niet voor alle zaken de beste wijze van behandelen. Er kunnen heel verschillende redenen zijn waarom iemand zich tot de rechter wendt. Kan de rechter een procedure bieden die past bij de aard van het geschil? Wat is voor partijen de functie van het geschil, en kan de vorm waarin de behandeling wordt gegoeten daaraan worden aangepast?

Ik moest zelf denken aan een zaak die ik in januari bij de Centrale Raad van Beroep meemaakte. Het betrof iemand met een bijstandsuitkering die twee maatregelen opgelegd had gekregen. Die bijstandsgerechtigde zat fout, dat was duidelijk, maar ook de gemeente had in het proces fouten gemaakt. Juridisch was de zaak niet heel ingewikkeld. Je zou dan willen dat een rechter zo snel mogelijk een knoop doorhakt, bijvoorbeeld: een van de maatregelen blijft in stand, de andere vervalt. Het zou dan goed zijn dat die uitkomst direct aan het eind van de zitting aan partijen wordt verteld en dat hoger beroep alleen mogelijk is na verlot. Maar zo

ging het niet, de zaak kwam op een meervoudige kamer bij de Centrale Raad van Beroep terecht: er was dus totaal geen sprake van *form follows function*. De zaak was gedachteloos in de mal gedrukt waarin bijna elke zaak wordt gedrukt.

De rechter die de zaak op zitting behandelde, Erica Marechal, wist trouwens op een fenomenale manier een schikking te bereiken, en als dat niet was gelukt had gemakkelijk mondeling uitspraak kunnen worden gedaan. Maar eigenlijk had die zaak natuurlijk helemaal niet in hoger beroep en bij een meervoudige kamer terecht moeten komen!

Voor mij was de grootste waarde van het verhaal van Elsemarie Adriaanse en Louise van Heusden dat ze het nadenken stimuleren over hoe in geschilbeslechtsprocedures meer volgens het principe van *form follows function* kan worden gewerkt.

Ten slotte Joyce Esser. Haar verhaal leek over onderwijs te gaan, maar het ging over veel meer. In het onderwijs wordt het bestuursrecht veelal bestudeerd als een sluitend systeem, met veel aandacht voor de instrumentele kant en de begrippen bestuursorgaan, belanghebbende en besluit. Maar schematisch weergegeven is dat systeem maar een van de drie blokken waaruit het bestuursrecht bestaat.



Wat in het schema te zien is, vat ik kort samen. Het bestuursrecht is niet alleen de vorm, het systeem, maar het heeft ook een functie, namelijk het verwezenlijken – rechts in het schema – van fundamentele waarden: links in het schema. Voor de vorm zou moeten gelden dat die ten dienste staat aan de functie. Voor het onderwijs betekent dit dat studenten niet alleen moeten leren hoe het systeem werkt door zich toe te leggen op het juridische handwerk, maar dat ze zich ook bewust moeten worden van de normatieve uitgangspunten die aan het systeem ten grondslag liggen én dat ze gaan inzien hoe het bestuursrecht in de praktijk werkt.

Ik doe het verhaal van Joyce Esser zeker tekort, want ze houdt ook, en terecht, een pleidooi om studenten te laten zien dat het systeem niet iets neutraals is, maar dat de manier waarop het gevoed wordt en waarop het werkt alles te maken heeft met de machtsverhoudingen in de samenleving. Waar het mij voor mijn verhaal hier met name om gaat, is dat Esser ons erop wijst dat het systeem niet meer is dan een middel om een bepaald doel te bereiken, en dat het onderwijs studenten van die notie bewust moet maken.

De grootste gemene deler van de verhalen van de deelredactieleden van het NTB is dat je de wet niet als kunstwerk moet zien, dat de overheid zich niet moet verliezen in formulierenfetisjisme, dat niet alle geschillen bij de rechter, en trouwens

ook in de bezwarenprocedure, in dezelfde mal moeten worden gedrukt en dat het bestuursrecht niet moet worden gezien als louter een neutraal systeem van regels.

In plaats daarvan zouden we bij de vormgeving en toepassing van het bestuursrecht moeten redeneren vanuit het idee: *form follows function*. Wat hebben de ‘gebruikers’ nodig? Waar hebben ze baat bij? Wat belast hen het minst? We moeten beseffen dat het systeem dat we hebben opgebouwd en het instrumentarium dat we de overheid ter beschikking hebben gesteld, geen doelen op zich zijn, maar middelen om die ambitie te bereiken. Dat is de functie, en de vorm is daarvan een afgeleide.

Bij het streven naar het bereiken van dat *form follows function*-ideaal is, zoals Esser in haar verhaal duidelijk maakte, een belangrijke plaats weggelegd voor het onderwijs. Hoe het bestuursrecht in elkaar wordt gestoken en wordt toegepast, hangt samen met de manier waarop we universitaire en hbo-studenten opleiden, en trouwens ook met de manier waarop we het PAO-onderwijs en de beroepsopleidingen vormgeven en met de discussies die we binnen de VAR voeren. Belangrijk is ook dat er voldoende kennis is van hoe het bestuursrecht in de praktijk werkt.

Dat brengt me ten slotte bij de VAR en bij de zevende persoon die voor mij de afgelopen maanden een bron van inspiratie was. Ik vind de VAR om allerlei redenen een geweldige vereniging, maar het is ook een vereniging waarvoor geldt dat niet alle geledingen van het bestuursrecht er in gelijke mate in vertegenwoordigd zijn. Om het dicht bij huis te houden, kijk maar naar het bestuur: wel vertegenwoordigers van de universiteiten, niet van de hbo’s, wel van de hoogste rechters, niet van de rechtbanken, wel van de grote advocatenkantoren, niet van de sociale advocatuur – en zo kan ik nog wel even doorgaan. Voor ons als bestuur was dat de afgelopen tijd een belangrijk punt van discussie. We hebben heel bewust onderzocht hoe we de geledingen binnen het bestuursrecht die niet in het bestuur van de VAR vertegenwoordigd waren, daarin een plaats kunnen geven. De benoeming van Renske Imkamp in de vacature van Barbara van de Griend is daar het concrete resultaat van.

Dat betekende wel dat voor het eerst sinds mensenheugenis de Centrale Raad van Beroep niet in het bestuur is vertegenwoordigd. Ik voelde mij daarom verplicht om dat aan Takvor Avedissian, de president van de Centrale Raad, in persoon mede te delen. Ik vond dat spannend, omdat ik me goed kon voorstellen dat hij teleurgesteld zou zijn over het feit dat er de komende tijd niemand van de Centrale Raad van Beroep in het VAR-bestuur zit. De reactie van Takvor was echter grandioos. Hij zei: ‘Bert, voor mij geldt: *form follows function*. Ik hecht niet aan vaste zetels in het bestuur van de VAR. De vorm is niet belangrijk, het gaat om de functie. De functie van het VAR-bestuur is ook: een afspiegeling zijn van de volle breedte van het bestuursrecht. Terecht dat jullie inzetten op verbreding – en over de zichtbaarheid van de Centrale Raad in de VAR maak ik mij totaal geen zorgen.’ Hij zei het in net iets andere woorden, maar het kwam wel hierop neer. Een mooiere reactie had ik mij niet kunnen wensen.

Dus, bedankt, Takvor, en Joyce, Louise, Elsemarie, Marc en Maurits, en Paul Smeulders, en al die anderen die er de afgelopen tijd voor hebben gezorgd dat bezig zijn met en in het bestuursrecht een inspirerend gebeuren is, maar die ik nu niet noem omdat ik al veel te lang aan het woord ben. Dank jullie wel!



# Plenaire bespreking van de preadviezen

*Preadvies: J. Uzman, 'Onvoltooid verleden tijd. De constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing'*

**Jerfi Uzman<sup>1</sup>**

Allereerst dank voor de gelegenheid tot het schrijven van een preadvies en tot het toelichten daarvan in deze vergadering. Mijn tekst begint met een persoonlijke ontboezeming: pas nadat ik het verzoek had geaccepteerd, werd mij verteld dat het schrijven van een preadvies eigenlijk net zoets is als het schrijven van een proefschrift. Als ik dát geweten had! Toch bespeur ik hier een zekere logica: eigenlijk is het preadvies deel 2 van mijn proefschrift geworden. Mijn dissertatie ging namelijk over de rol van de rechter en eindigde met een verwijzing naar Charles Dickens. In diens beroemde boek *A Tale of Two Cities* lezen we: 'It was the best of times, it was the worst of times.' Dit citaat – het is in mijn preadvies wat langer – is eigenlijk ook van toepassing op de rechtspraak. In de afgelopen eeuw is de rechtspraak enorm in betekenis gegroeid. Dat is geen puur Nederlandse maar een wereldwijde ontwikkeling, waarnaar veel onderzoek is gedaan. De rechtspraak is een prominente factor in de Trias Politica geworden.

Dat is 'the best of times', maar tegelijkertijd hebben we ook nog zoets als 'the worst of times': de rechtspraak staat in toenemende mate onder druk, niet alleen de bestuursrechtspraak, maar ook de straf- en civiele rechtspraak. Er wordt in toenemende mate kritiek uitgeoefend. Ook dat is geen zuiver Nederlandse ontwikkeling. We hoeven maar naar Oost-Europa en Midden-Europa te kijken om te weten dat de rechtspraak ook in toenemende mate een heikele staatsmacht is. De benadering aan de hand van 'the best of times' versus 'the worst of times' heeft bij mij de vraag doen rijzen hoe we vanuit dat perspectief naar de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak moeten kijken.

---

<sup>1</sup> Preadviseur Jerfi Uzman is hoogleraar constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam.

*Welke rol?*

## De aanleiding:

- Expansief gegroeide betekenis van de rechtspraak binnen de Trias
- Rechter in de branding

*Toegenomen vraag,  
verwachtingen*

*Toegenomen kritiek*



Aan de ene kant wordt van de rechter in toenemende mate nog altijd verwacht dat hij allerlei problemen in de samenleving oplost. Waar de wetgever en ook soms het bestuur onmachtig zijn tot oplossingen te komen, kijkt men ook naar de rechter. Tegelijkertijd ligt de rechtspraak onder een vergrootglas. Deze beide ontwikkelingen hebben we de afgelopen jaren gezien. De kinderopvangtoeslagaffaire vormt een voorbeeld: men verwacht van de rechter dat deze een probleem oplost dat in feite politiek is gecreëerd, maar ook klinkt de kritiek dat van rechterlijke zijde in dit opzicht onvermogen is getoond.

Vanuit mijn vakgebied, het staatsrecht, heb ik mij tegen deze achtergrond afgevraagd welke rol de rechter moet hebben. Je zou kunnen zeggen dat de rechter op het ogenblik op een kruispunt staat.



Hetzelfde geldt voor het stelsel van bestuursrechtspraak. Vaak, ook in deze jaarvergaderingen, is over rechterlijke toetsing van gedachten gewisseld, maar achteraf zal wellicht worden geconstateerd dat we op dit moment een punt hebben bereikt waarop in constitutionele zin keuzes moeten worden gedaan. Welke kant gaat de bestuursrechtspraak op, met name als het om de rechterlijke toetsing gaat?

Toen ik mijn preadvies ging schrijven, was mijn eerste gedachte: kan het staatsrecht het bestuursrecht informeren over de keuzes die aan de orde moeten komen? Tijdens het schrijven kwam ik erachter dat de situatie ook spiegelbeeldig is. Ook het staatsrecht staat op een kruispunt. De keuzes die we in het bestuursrecht moeten



doen, moeten ook in het staatsrecht aan de orde komen. Wat voor type constitutie, wat voor type democratische rechtsstaat willen we precies hebben?

Dit brengt mij op de concrete aanleiding tot het preadvies. Vertrekpunt is de vraag: wat kan het staatsrecht bijdragen aan allerlei fundamentele discussies in de bestuursrechtelijke wereld over bestuursrechtspraak? In de afgelopen jaren is er al langer een debat aan de gang geweest over responsief bestuur, over meer responsieve bestuursrechtspraak, over maatwerk en over evenredigheid. Daarin speelt de verhouding tussen rechter en wetgever altijd een belangrijke onderhuidse rol. Aan de ene kant doen zich in de praktijk allerlei ontwikkelingen voor, maar aan de andere kant lijken die geen relatie te hebben met de ontwikkelingen in de politiek. Soms is die relatie er wel, maar soms ook tekenen zich twee gescheiden trajecten af. Tegelijkertijd discussieert men in de wetenschap veel over wenselijke verbeteringen, terwijl de bevindingen waartoe men komt slechts beperkt in de rechtspraak worden overgenomen. Daarvoor kunnen soms goede redenen bestaan, maar vaak is een zekere taaiheid van structuren een obstakel. Ik denk hier onder meer aan de manier waarop de kinderopvangtoeslagaffaire zich heeft ontwikkeld en aan de nasleep van die affaire. Steeds willen we wel dat allerlei dingen anders gaan, maar blijken structuren taai te zijn. Die structuren heb ik in kaart willen brengen.

1. De aanleiding
2. De cultuur achter de toetsing
3. Opvattingen over constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing



Wat zijn nu de structuren die bepalen dat de bestuursrechter doet wat hij doet? Dat zijn voor een belangrijk deel staatsrechtelijke, constitutionele structuren. Ik ben de constitutionele cultuur van rechterlijke toetsing in kaart gaan brengen, waarbij ik naast de bestuursrechtspraak ook overheidsrechtspraak bij de civiele rechter in beschouwing heb genomen. In plaats van over de constitutionele cultuur kunnen we ook spreken over 'de constitutie als cultuur'. Tegen de achtergrond van de verhouding rechtspraak/cultuur en wetgeving/cultuur kun je zeggen dat de normen die de verhouding rechter/wetgever bepalen – normen uit de Grondwet en allerlei ongeschreven staatsrechtelijke normen – in belangrijke mate culturele normen zijn, meer dan strikt positiefrechtelijke normen.

Als je die normen in kaart wilt brengen, moet je te werk gaan aan de hand van een aantal factoren. Hoe zit het staatsrechtelijke systeem van rechtspraak in elkaar? Wat is precies de functie van bestuursrechtspraak? Wat zijn de achterliggende waarden en veronderstellingen, en hoe ziet de geschiedenis eruit? In het verleden is veel discussie gevoerd over een belangrijke vraag die vervolgens in een soort pragmatisch tijdvak meer met rust is gelaten: waarom hebben we eigenlijk bestuursrechtelijke

toetsing en wat is vanuit staatsrechtelijk perspectief de precieze functie ervan? Ik kom dan tot een aantal modellen.

## Functies van rechterlijke toetsing: drie constitutionele modellen

- *Ultra vires* (formeel-rechtsstatelijke model)
- *Beginselen* (materieel-rechtsstatelijke model)
- *Governance* (deliberatieve model)
- *Effectieve rechtsbescherming?*



Er is aanvankelijk een belangrijke school geweest die beled dat vanuit rechtsstatelijk-democratisch perspectief de taak van de bestuursrechter vooral het effectueren van wetgeving was: het vastpinnen van het bestuur aan wetgeving. In de loop van de tijd heeft zich een ontwikkeling naar een bestuursrecht op basis van beginselen voorgedaan, waarbij ging gelden dat de bestuursrechtelijke toetsing om veel meer ging dan om alleen het toepassen van wetgeving. Het oorspronkelijke model bleef echter ook nog in belangrijke mate sturend. Je kunt niet zeggen dat het ene model het andere heeft vervangen; de modellen zijn langzamerhand naast elkaar komen te staan. Dat heeft voor een deel te maken met het feit dat onze grondwetgever eigenlijk nooit keuzes heeft willen maken. En de afgelopen tien à twintig à dertig jaar zien we ook een derde model opkomen, dat ik in mijn preadvies heb aangeduid met de termen *governance* en *deliberatief model*. Daarbij staat vooral de onderlinge betrekking van rechter en wetgever centraal en heeft de rechter de rol van het ter verantwoording roepen van de dames en heren politici. Tegelijkertijd hebben we in toenemende mate discussies over effectieve rechtsbescherming.

1. De parabel van de verdrinkene
2. De cultuur achter de toetsing
3. Opvattingen over constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing
4. Begrenzing



*Effectieve rechtsbescherming*  
*Machtenscheiding*

Als je dingen over de rol van de rechter wilt zeggen, moet je ook kijken naar de normen die de rechter binnen de Trias Politica inperken en die de verhouding tot de wetgever regelen. Hoe verhoudt de wens om effectieve rechtsbescherming te

bieden, die in alle zojuist geschetste modellen een belangrijke rol speelt, zich tot allerlei concepties van machtscheiding? In de deelsessies van vanmiddag kunnen we daarop misschien nader ingaan. Hier volsta ik met het oog op de tijd met een korte samenvatting.

## Machtscheiding en de rechter

- Machtscheiding is in de Nederlandse context zelden een absoluut, doorgaans een relatief gegeven
- Toetsing en interpretatie vergen steeds een afweging van de machtscheiding met andere beginselen.
- Het mechanisme van die afweging is interpretatie, en de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter.

In het Nederlandse staats- en bestuursrecht hebben we te veel de neiging de machtscheiding als een absoluut concept te zien. Ik weet dat de gemiddelde jurist altijd zegt dat de machtscheiding niet iets absoluuts is, maar de manier waarop we bijvoorbeeld met artikel 120 van de Grondwet omgaan, getuigt er wel degelijk van dat we geneigd zijn toch vaak een absolute grens te trekken.

De machtscheiding zoals die in de Nederlandse rechtspraak vorm heeft gekregen is echter in belangrijke mate juist een relatief concept. We hebben in feite steeds te maken met een situatie van geven en nemen, waarbij het steeds niet om een letterlijke lezing van wetgeving en artikel 120 van de Grondwet gaat, maar waarbij de verschillende staatsmachten ruimte moet worden geboden om hun eigen werk te doen. Tegelijkertijd vraagt machtscheiding steeds een afweging met andere beginselen. De stelling in mijn preadvies is dat die afweging vaak over de band van wets- of beginselinterpretatie loopt. Daarbij gelden in belangrijke mate flexibele grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter.

Ik laat mijn betoeg uitmonden in een pleidooi.

## Quo vadis?

- Minder focus op klassiek-dogmatische interpretatie
- ...en meer op interactie en wederzijdse wendbaarheid,
- ...en op het faciliteren van verantwoording.

*Tekst wet*

*Beleidsruimte 2.0*

*Kortom een rechterlijke politieke antenne*

Ik pleit ervoor de grenzen van de interpretatie minder klassiek-dogmatisch te trekken, door minder te focussen op de ruimte die specifieke bewoordingen in de wet hebben opengelaten. Dit betekent dat de rechter aan de ene kant voor effectieve rechtsbescherming moet zorgen terwijl hij aan de andere kant beleidsruimte in een nieuwe betekenis moet bieden, niet weer vooral gericht op de bewoordingen van de wet, maar op de daadwerkelijke ruimte die de politiek heeft om toch nog wel beleid te ontwikkelen. Daarvoor, zeg ik als staatsrechtjurist, is de politiek per slot van rekening 'opgericht'. Een en ander betekent ook dat we meer werk moeten maken van het concept 'verantwoording'. De politiek heeft zeker de taak keuzes te maken, maar er is te weinig aandacht voor dat politici die keuzes ook moeten verantwoorden, ten opzichte van de samenleving als geheel, maar ook ten opzichte van de individuele rechtzoekende, die soms de gedupeerde van gedane keuzes is. Daar valt volgens mij nog wel wat winst te behalen. Soms moeten juristen en dus ook rechters zich misschien wat minder afvragen hoe de leerstukken rond artikel 120 en het toetsingsverbod precies in elkaar zitten en moeten ze méér werk maken van een politieke antenne.

### Ingrid Leijten<sup>2</sup>

Veel dank voor de uitnodiging een recensie van het mooie preadvies te schrijven en die recensie hier toe te lichten. Ik kwam net tot de ontdekking dat ik vijftien jaar geleden voor het eerst een jaarvergadering van de VAR bijwoonde, namelijk toen het Leidse team de VAR-pleitwedstrijd had gewonnen.<sup>3</sup> Voor de deelnemers aan deze wedstrijd: je kunt dus als je die wedstrijd wint ook altijd nog hoogleraar staatsrecht worden!

Ik heb een vrij lange recensie geschreven, die voor een heel groot deel ook een beetje een samenvatting is. Daarmee heb ik recht willen doen aan het heel genuanceerde, doorwrochte en kunstig vervlochten betoog van Jerfi, waar in mijn ogen weinig spelden tussen te krijgen zijn. De bespiegelingen in mijn recensie zijn als gevolg van mijn staatsrechtelijke achtergrond van enigszins abstracte aard. Enige ervan zal ik hier herhalen en ook wat concreter toelichten.

Het preadvies doet de vraag rijzen hoe de daarin geëtaleerde narratieven zich tot elkaar verhouden. Terecht zegt Jerfi Uzman dat hij niet met narratieven komt die elkaar chronologisch opvolgen. We zien dan ook dat de Nederlandse discussie, zowel de juridische als de meer publieke, vaak terug lijkt te cirkelen naar het idee van de wet waaraan we ons moeten houden en die door de rechter niet aan de Grondwet mag worden getoetst. Het derde narratief dat in het preadvies wordt besproken, komt neer op een cultuur van verantwoording en lijkt andersoortig te zijn dan de eerste twee. Het richt zich meer op de relatie tussen wetgever en rechter en zoekt een midden tussen wat we misschien als uitersten zouden kunnen bestempelen.

---

<sup>2</sup> Heeft het preadvies van Uzman in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB)* besproken.

<sup>3</sup> *Verslag van de algemene vergadering, gehouden op 15 mei 2009, VAR-reeks 143*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 37-39.

Aan het eind van het preadvies doet Jerfi het concrete voorstel meer aandacht te vestigen op het doel van wetgeving en op het frame van interpretatie ten opzichte van toetsing. Uit het preadvies komt een prikkelende stelling naar voren die in de kern neerkomt op het volgende citaat: ‘Enerzijds dwingt het frame van “de toetsing in weerwil van het toetsingsverbod” [de rechter] om het “gaatje” van het *Harmoonisatiewet*-arrest zo klein mogelijk te houden. (...) Anderzijds dwingt het bestaan van een zelfstandige *contra legem*-doctrine de rechter om in de interpretatie van de wet uiterst voorzichtig te zijn en zich inderdaad te beperken tot de tekst van en de toelichting op de wet.’<sup>4</sup> Hier lijkt een catch-22-situatie te bestaan. Ik kan mij goed vinden in het idee dat een versterking van het frame van interpretatie, mede uitgaande van het doel van de wet, ons misschien enigszins uit die situatie zou kunnen verlossen.

Het preadvies nodigt uit tot bespiegelingen in het kader van het fenomeen ‘tijd’. Aan de hand van de titel ‘Onvoltooid Verleden Tijd’ heb ik mijn gedachten daarover laten gaan. Een van de conclusies lijkt te zijn dat het misschien wel eens tijd wordt een been te gaan bijtrekken: in het Nederlandse systeem mag de rechter nog steeds niet toetsen aan de Grondwet, en telkens als we proberen dat te veranderen lopen we een beetje vast. Ook op het punt van de proportionaliteitstoetsing, die de preadviseur kenschetst als onderdeel van de cultuur van verantwoording/rechtaardiging, blijven we in de Nederlandse Grondwet achter. Ook dat is een kwestie van tijd, van te laat zijn, zo u wil. Wel is het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht en in de bestuursrechtspraak, parallel met de ontwikkeling naar meer aandacht voor proportionaliteit, al aan het bijtrekken. Dit lijkt mij een onderdeel van het constitutionele moment dat Jerfi Uzman voor ogen staat. Met een zekere frustratie ben ik me gaan afvragen wanneer de tijd dan eigenlijk rijp zal zijn om het toetsingsverbod aan te passen. Wanneer kan de rechter daaraan iets gaan doen? Lange tijd ben ik, ook in wat ik heb geschreven, op dit punt terughoudend geweest, maar vanuit een meer kritisch perspectief kunnen we ons afvragen of het systeem van de grondwetwijziging in de weg gaat staan aan een ontwikkeling die we in feite al heel lang hadden willen zien gebeuren. De politieke constellatie maakt dat deze frustratie niet per definitie minder wordt.

Het element ‘verleden tijd’ wijst in de richting van het historische verhaal over de constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing in Nederland. Het is heel waardevol daaraan aandacht te schenken, maar ook hier zitten we een beetje vast in de oude, sobere Grondwet die alleen mag worden uitgebreid op een moment dat de tijd er rijp voor is en het echt niet anders kan. Ook tegen de achtergrond van *form follows function* lijkt het mij slim de vorm niet te veel door de historie te laten bepalen. Terecht heeft Bert Marseille zojuist in zijn rede gewezen op een bijdrage van Joyce Esser: ook in het onderwijs kunnen we laten zien dat er kanttekeningen te plaatsen zijn bij dingen die historisch zijn gegroeid.

Als het over tijd gaat, denk ik ook aan de toekomst en aan de belangen van toekomstige generaties. Een benadering langs die weg is ook in de rechtspraak – denk aan klimaatuitspraken – een nieuw front aan het worden. De beperkte rol van de rechter is ingegeven door de verwachting dat de wetgever en in het verlengde

---

4 p. 72.

daarvan het bestuur goed naar de toekomst kijken, maar in werkelijkheid hebben we ook te maken met wat ik ergens als de *Kurzatmichkeit* van de politiek omschreven heb gezien. Men laat vaak na de toekomstige effecten van het huidige beleid goed mee te nemen. Dit benadrukt het belang van een stevige rol van de rechter.

Ik sluit af met een korte verwijzing naar het coalitieakkoord<sup>5</sup> – als je het zo mag noemen – van afgelopen week. De formerende partijen willen constitutionele toetsing gaan invoeren, zij het met een constitutioneel hof. In het licht van mijn bespiegelingen zou men kunnen verwachten dat ik daarmee hartstikke blij ben. Nu ja, gelukkig lijkt inderdaad het proces van de afgelopen jaren, met een Hoofdlijnenbrief in 2022, niet helemaal te zijn afgekapt, maar ik denk toch dat we een beetje op onze hoede moeten zijn. Op het voorstel een Constitutioneel Hof te gaan invoeren volgt namelijk de opmerking dat er ook een voorstel op komst is over de wijze waarop invulling aan de toetsing moet worden gegeven. Aan de ene kant zou veel meer ruimte aan het parlement toekomen om invloed te hebben op verdragen, aan de andere kant wil men de aandacht verschuiven naar de Grondwet en de exclusieve toetsing daaraan door dat hof; het streven naar een zekere invloed op de vormgeving van een en ander stelt mij daarbij nog niet helemaal gerust.

Dit brengt mij op cultuur. Jerfi Uzman heeft heel mooi weergegeven hoe we over constitutionele cultuur kunnen denken in de vorm van ‘constitutie als cultuur’. Daarbij gaat het niet per definitie over constitutionele geletterdheid of iets van dien aard. Het eerste narratief in het preadvies is het primaat van de wetgever, waarbij de rechter vooral niet op die stoel moet gaan zitten. Ik bespeur hier een samenhang: dat we in Nederland toch sterk bij dat eerste narratief blijven hangen, zit ‘m ook in de politieke en publieke cultuur. Misschien herinneren zich de toehoorders de talkshowtafels op de avond dat het arrest *Klimaseniorinnen* in Straatsburg was verschenen. Dat frame was toen ook weer zeer evident aanwezig. Ook dááran moeten we volgens mij werken om uit de catch-22-situatie te kunnen ontsnappen.

Ik weet niet of er vragen in mijn betoog zaten, maar Jerfi heeft meegeschreven, dus hij heeft ongetwijfeld een reactie.

## **Jerfi Uzman**

Ik zat inderdaad druk te schrijven, maar dat was niet meeschrijven, het was een brief aan mijn vrouw! In ernst: dank, Ingrid, voor de mooie recensie en de bedachtzame bespiegelingen hier vandaag, die veel stof tot nadenken geven. Uit haar betoog destilleer ik in de eerste plaats de vraag hoe de narratieven in mijn preadvies zich tot elkaar verhouden. Die vraag had ik natuurlijk graag heel concreet en duidelijk willen beantwoorden, maar als ik heel eerlijk zou zijn zou ik moeten zeggen dat ik er gewoon volstrekt niet uitkwam. Maar dat zeg ik niet hardop!

De gedachtewisseling gaat nogal eens in de richting van de constitutionele cultuur. Wij hebben een constitutie die erg veel openlaat zonder dat er gezaghebbende structuren zijn om te bepalen wat de constitutionele waarheid is. Daarmee is onze situatie enigszins anders dan de situatie in een land als Duitsland, met een

---

5 Kamerstukken II 2023/24, 36471, nr. 37, bijlage: ‘Hoofdlijnenakkoord 2024 – 2028 van de fracties van PVV, VVD, NSC en BBB’, 16 mei 2024.

Constitutioneel Hof. Ik denk dan niet zozeer aan het bestaan van dat Hof op zich, maar vooral aan de manier waarop het Hof zich manifesteert en de wijze waarop de politiek en de wetenschap met de bevindingen van het Hof omgaan. In een land als Duitsland kun je makkelijk zeggen: dit is het leidende perspectief, dit is wie wij zijn. Als in Nederland iemand 'dit is wie wij zijn' zegt, roept de halve zaal: nee, wij zijn iets anders.

Een bevinding is in ieder geval dat die narratieven allemaal een rol spelen en dat ze zich in de loop van de tijd hebben ontwikkeld. Het deliberatieve narratief is duidelijk in opkomst. Tegelijkertijd – Ingrid Leijten en ik zijn het daar volgens mij over eens – is het iets dat nog niet helemaal diepgeworteld is. We staan dan op een kruispunt: willen we die richting méér inslaan, of zijn we daarvoor om bepaalde redenen beducht en willen we niet overdrijven? Eigenlijk vragen we nu van onze bestuursrechtspraak verschillende narratieven recht te doen, maar dat kan niet altijd, want ze sluiten elkaar voor een deel uit.

Zelf ben ik geneigd op dit moment meer aandacht voor het deliberatieve narratief te vragen omdat dit de politiek meer dwingt tot het doen van keuzes, inclusief uitleg en verantwoording. In een verantwoording, die overigens lang niet altijd mogelijk is, kan de politiek worden gedwongen meer aandacht aan de burger en diens rechten te besteden. Dit laat onverlet dat het klassieke narratief, inhoudende dat bestuursrecht bevoegdhedenrecht is, nooit helemaal kan verdwijnen: het zit diep ingebakken in ons stelsel om in termen van bevoegdheden te denken, en dat heeft ook wel degelijk een zekere waarde.

Al met al blijft het op dit punt bij een vaag antwoord. Mij lukt het in ieder geval niet heel helder en duidelijk te zijn.

Wat de constitutionele toetsing betreft: het is geen geheim dat ik daarvan altijd een groot voorstander ben geweest. Eerlijk gezegd zie ik niet wat daarvan de nadelen zijn, gegeven het feit dat we al een tijd toetsing aan het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en aan het Unierecht hebben: beide volgens mij vormen van constitutionele toetsing, zodat wat nu ter discussie staat eerder een verruiming van constitutionele toetsing is. Ik zou zelf ook met een Constitutioneel Hof geen moeite hebben. In het Hoofdlijnenakkoord signaleert Ingrid Leijten een passage waarover ik zelf enigszins heb heengelezen. Zij heeft er zeker gelijk in dat de discussie over de invulling onschuldig en zelfs plausibel kan zijn – het is immers aan de politiek daarover na te denken –, maar dat het de vraag is of we die discussie in deze context met vertrouwen tegemoet kunnen zien.

Zelf heb ik met enige scepsis naar de paragraaf over constitutionele toetsing in het regeerakkoord gekeken, want ik denk eerlijk gezegd dat het nieuwe kabinet niet lang genoeg zal zitten om een Constitutioneel Hof en constitutionele toetsing te kunnen gaan invoeren. Ik vermoed dat enkele voorstellen buiten deze paragraaf aanzienlijk sneller kunnen worden gerealiseerd. Dit zeg ik niet met mijn pet als jurist op; ik denk dat de PVV veel slimmer heeft onderhandeld dan het NSC. We gaan het zien.

De moraal van het verhaal is dat de verbetering van de rechtsbescherming voor een belangrijk deel naast het traject van constitutionele toetsing loopt. Hoewel vaak het tegendeel wordt beweerd, denk ik van mijn kant dat constitutionele toetsing wel degelijk impact op de constitutionele cultuur kan hebben. Het invoeren van constitutionele toetsing kan voor de rechter een belangrijk signaal zijn om zich



gelegitimeerd te voelen meer werk van rechterlijke toetsing en van de dialoog met de wetgever<sup>6</sup> te maken. Tegelijkertijd geldt dat de rechter niet op die invoering kan wachten, omdat de kans vrij groot is dat deze achterwege blijft of in een vorm tot stand komt waarin er weinig impact van uitgaat.

Een factor van betekenis is dat we op het ogenblik te maken hebben met tegenstrijdige signalen vanuit de politiek. Aan de ene kant wil men meer maatwerk en meer aandacht voor de positie van de burger, maar er is ook een belangrijke politieke ontwikkeling die juist meer inzet op *zero tolerance*: verharding/verkilling. We hebben te maken met signalen die naast elkaar bestaan. Tegen deze achtergrond lees ik ook het regeerakkoord als een amalgaam van signalen. Het is in belangrijke mate aan ons juristen en de rechtspraak, richting te geven aan de verhouding tussen rechter en wetgever.

Tot slot iets over constitutie als cultuur en constitutionele geletterdheid. Die twee zijn inderdaad verbonden. Politieke cultuur is heel belangrijk bij het waarborgen van een mensgerichter bestuursrecht, zodat het bepalen van de koers niet alleen maar aan de rechter is. Het grappige is daarbij dat de politieke cultuur misschien wel minder sterk wordt ontwikkeld naarmate we meer op de rechter gaan leunen. Aan de talkshowtafels die Ingrid noemt, roept de rechter geregeld irritatie op. Méér rechtspraak – iets waar ik zelf niet tegen ben – kan betekenen dat de constitutionele geletterdheid eerder af- dan toeneemt. Tegelijkertijd kan het argument ook andersom werken: de rechter dwingt dan juist de dames en heren politici meer uitleg te geven.

Als ik erover nadenk, is dit eigenlijk een heel raar antwoord. Dat krijg je als je iets in een paar minuten moet verwoorden!

**Voorzitter:** Andere preadviseurs, die vanmiddag aan andere deelsessies zullen deelnemen, kunnen nu reageren.

## **Rob Widdershoven**

Over dit onderwerp heb ik ook wel eens nagedacht. Om artikel 120 Grondwet uit te schakelen, althans anders te kunnen lezen, is, zo wordt gezegd, een grondwetswijziging nodig. Maar heeft die wijziging eigenlijk al niet plaatsgevonden? We hebben immers artikel 17 Grondwet ingevoerd. Mij is opgevallen dat in de discussie over de uitleg van artikel 120 dat nieuwe feit geen enkele rol speelt. In de Grondwet wordt nu effectieve rechtsbescherming gewaarborgd, niet alleen meer in het kader van het EVRM en het Hof van Justitie van de Europese Unie (EU), maar in algemene zin. Je kunt goed verdedigen dat een artikel 17-conforme toepassing van artikel 120 betekent dat laatstgenoemd artikel niet zo ruim wordt uitgelegd als nu gebeurt en toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen wel mogelijk moet zijn. Op die manier kun je de beginselen toch ‘stiekem’ binnenhalen. Jerfi Uzman heeft een prachtig betoog geschreven, maar van de *contra legem*-interpretatie verwacht ik niet zo veel. Als er in de wet ‘plus’ staat, gaat de rechter niet ‘min’ lezen.

---

<sup>6</sup> Zie het tweede preadvies, ‘Van monoloog naar dialoog’.



Voor het overige ben ik het helemaal met Jerfi eens: als de wet ruimte laat, moet de rechter deze sowieso beginselconform uitleggen. Als de grenzen van de wet hard zijn, gaan wij een *contra legem*-interpretatie naar mijn verwachting niet meemaken.

### **Jerfi Uzman**

Met dit pleidooi ben ik het van harte eens, maar ik teken erbij aan dat de realiteit kan zijn dat met succes het omgekeerde wordt betoogd. Artikel 17, zal men dan aanvoeren, moet conform artikel 120 worden gelezen. De grondwetgever heeft niet letterlijk gezegd dat we artikel 120 conform artikel 17 moeten lezen. Waar komt dan de legitimatie vandaan om dat alsnog wél te doen? In mijn ogen kan de rechtspraak in het kader van effectieve rechtsbescherming inderdaad artikel 17 Grondwet gebruiken als een soort breekijzer, en ik zou daartoe dan ook zeker een oproep willen doen, maar het vergt, denk ik, wel enige rechterlijke moed.

Over de *contra legem*-toepassing moeten we straks maar even nader van gedachten wisselen, want volgens mij ben ik al te lang aan het woord. In hoeverre gaat de rechter echt over de band van interpretatie verdergaande dingen doen? Het korte antwoord is dat zich hier hetzelfde probleem voordoet. Dat zien we ook in de *contra legem*-jurisprudentie.

### **Michiel van Emmerik<sup>7</sup>**

Ik werk bij de Radboud Universiteit en heb naar Jerfi en Ingrid – oud-Leidse collega's – met heel veel plezier geluisterd. In aansluiting op de vraag van Rob Widdershoven en op het sobere karakter dat aan onze Grondwet wordt toegeschreven, vraag ik mij allereerst af of die soberheid na de wijzigingen van de afgelopen jaren nog wel bestaat, waarbij ik in het bijzonder ook aan artikel 17 denk. Daarnaast wil ik de aandacht vestigen op de nieuwe algemene bepaling, luidende: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.' Kort en goed – Jerfi is heel goed in 'goed', en in 'kort' misschien minder! –: zou die algemene bepaling nog effect kunnen hebben in de discussie over artikel 120, maar ook in bredere zin? Vaak wordt gezegd dat deze bepaling tot de wetgever en het bestuur gericht is. Zou zij echter ook niet juist de rechter een extra gereedschapskist kunnen bieden bij twijfel tussen 'plus' en 'min'? Mijn stelling is dat de Grondwet, afgezien van wat er misschien nog gaat gebeuren, al steeds minder sober wordt. Misschien kunnen we zeggen dat onze Grondwet eigenlijk heel krachtig en rijk aan het worden is.

### **Jerfi Uzman**

Deels wordt de Grondwet inderdaad minder sober. De algemene bepaling en artikel 17 maken verschil. Overigens zit de soberheid niet alleen in de bepalingen van de Grondwet zelf, maar ook in wat we ermee doen. Dat noopt tot enige bescheidenheid, zeker wat de algemene bepaling betreft en de manier waarop die is ingevoerd,

---

<sup>7</sup> Opmerking uit de zaal.

waarbij er veel nadruk op is gelegd dat het vooral niet de bedoeling is dat de rechter er iets mee gaat doen. Tegelijkertijd is die mogelijkheid er wel degelijk en zou rechterlijke actie in sommige gevallen ook wel goed zijn. Toch pleit ik voor enige bescheidenheid in dezen. De bepaling biedt inderdaad potentieel een handvat, maar de cultuur houdt in dat daarvan toch vooral niet te veel gebruik moet worden gemaakt. In ieder geval heb ik deze inzet van de algemene bepaling zich nog niet duidelijk zien verwezenlijken. Natuurlijk kan dat over vijf of tien jaar veranderen.

Preadvies: T. Boesman, J.-A. Nijland & T.M. Schelfhout, 'Van monoloog naar dialoog. Een preadvies van twee rechters en een advocaat over maatwerk in de bestuursrechtspraak'

## Theo Schelfhout<sup>8</sup>

Allereerst dank aan het bestuur van de VAR, dat ons in de gelegenheid heeft gesteld vanuit de praktijk een bijdrage aan de behandeling van het onderwerp *Toetsing door de bestuursrechter* te leveren. Onze benadering is heel anders dan die van het zeer interessante preadvies dat zojuist aan de orde was. Wij zijn mensen met een heel andere achtergrond, zodat onze invalshoek heel anders is geweest.

In ons preadvies hebben wij, conform het verzoek van het bestuur, geprobeerd een beeld te geven van de ontwikkeling die zich de laatste jaren in de eerstelijns-rechtspraak heeft voorgedaan, met name in de fase na het kinderopvangtoeslagenschandaal. Daarbij hebben we enerzijds gespreksstof voor de VAR-leden willen leveren, maar anderzijds niet kunnen nalaten ons tot onze eigen beroepsgroep te richten en materiaal voor interne discussie dáár aan te reiken. Onze pretentie is niet dat we een heel wetenschappelijke aanpak hebben gehanteerd, maar hopelijk is onze benadering wel heel bruikbaar.

### 1. Ontwikkeling in toetsingspraktijk eerstelijnsbestuursrechtspraak

- NZB: bevordering procedurele rechtvaardigheid
- Inzichten door toeslagenschandaal:
  - Meer oog voor gevolgen voor burger nodig
  - De appelrechter moet soms worden tegengesproken
- Dus: rechterlijk maatwerk en rechterlijke dialoog centraal in preadvies

De bestuursrechtspraak in eerste aanleg hebben we ook enigszins in historisch perspectief willen schetsen. Geleidelijk heeft deze rechtspraak een meer responsief karakter gekregen. Ik wijs op de Nieuwe Zaaksbehandeling, die vermoedelijk alle aanwezigen wel bekend zal zijn en die een impuls tot grotere responsiviteit heeft gegeven. Daarbij heeft de nadruk heel sterk op de *procedurele* rechtvaardigheid gelegen, maar ook die is, zoals uit verscheidene analyses is gebleken, niet voor 100% conform de bedoeling uit de verf gekomen, zij het dat die bedoeling voor een deel wel is gerealiseerd. Door de toeslagenaffaire zijn we geconfronteerd met de omstandigheid dat het aan het streven naar *materiële* rechtvaardigheid ontbroken

<sup>8</sup> Preadviseur Theo Schelfhout was tot 1 april 2023 senior rechter bij de rechtbank Limburg en is sindsdien rechter-plaatsvervanger.

heeft. Dat gemis werd zowel bij de rechtspraak in appèl, bij de Afdeling bestuursrechtspraak, als bij de rechtbanken aangetroffen. De schok die dat teweeg heeft gebracht kun je aan de hand van twee inzichten samenvatten. Het eerste is dat je als rechter nooit de ogen mag sluiten voor de ernstige gevolgen die zowel te toetsen besluiten als rechterlijke uitspraken kunnen hebben. Je mag niet onder het mom van 'de wet is nu eenmaal hard' aan zulke gevolgen voorbijgaan. Het andere inzicht is dat je als eerstelijnsrechter soms niet de lijn van de appèlrechter moet volgen. Je moet de communicatie met de appèlrechter niet als een monoloog maar als een uitnodiging tot dialoog zien. Soms moet je iets terugzeggen.

In het verlengde van deze twee inzichten hebben wij in het preadvies twee kernbegrippen centraal gesteld: maatwerk en de rechterlijke dialoog. Voordat wij nader op de rechterlijke dialoog ingaan, zal ik van mijn kant in het kort iets over het maatwerk zeggen.<sup>9</sup>

## 2. Rechterlijk maatwerk

- Werkdefinitie op grond van ggd opvattingen
- Realistisch burgerbeeld staat voorop
- Recht doen aan omstandigheden en gevolgen voor burger
- Zo nodig bijstellen van uitleg van regel en/of afwijken van vaste jp
- Inpassing in systeem brengt uitstraling naar andere gevallen
- Uitstraling zo nodig expliciteren: groepsmaatwerk en/of ruimtescheppend maatwerk

De toehoorders zouden nu kunnen zeggen: komen ze daar nu alwéér mee aanzetten! Over het begrip 'maatwerk' is immers de afgelopen jaren al uitgebreid van gedachten gewisseld; er is zelfs al een hele VAR-jaarvergadering aan gewijd. Toch komen wij er weer mee. In de praktijk van de eerstelijnsrechtspraak wordt deze notie nu eenmaal als heel centraal staand gevoeld. We zijn niet met diepgaande academische beschouwingen gekomen, want in de op dit punt verschenen publicaties blijkt in hoge mate overeenstemming over de begripsinhoud te bestaan. Zodoende hebben we een soort grootste gemene deler gezocht, om af te bakenen waar we het over hebben.

Als je in de rechtspraak in essentie naar maatwerk streeft, ga je uit van een realistisch mensbeeld en doe je recht aan de omstandigheden van het concrete geval en aan de gevolgen voor de burger. Dit betekent dat je om onrecht te voorkomen soms de gebruikelijke uitleg van een regel aanpast c.q. verfijnt, dat je soms van de regel afwijkt en dat je soms niet de bestaande jurisprudentielijn volgt. Zo'n oplossing moet je dan wel verantwoorden. Dat betekent dat je altijd uitgaat van bepaalde algemene principes die achter het maatwerk liggen. Je kunt niet willekeurig bepalen aan welke gevallen je iets moet doen, er moet een gedachte achter zitten. In

<sup>9</sup> ggd = grootste gemene deler; jp = jurisprudentie.

de motivering moet je altijd iets aangeven waardoor er sprake is van een zekere algemene strekking. Soms ga je nog een stap verder, en constateer je dat er iets aan de orde is dat voor een grotere groep geldt. De weg die je wilt kiezen beperkt zich dan niet tot dat ene geval, maar er is – vanuit de eerdergenoemde principes – sprake van effecten voor een grotere groep. Je komt dan bij wat wij in het preadvies ‘groepsmaatwerk’ hebben genoemd. Een soort tussenvorm is dat je een uitspraak doet waarin je door een andere uitleg, door een andere aanpak, ruimte schept om ook in andere gevallen maatwerk te kunnen realiseren.

### Tim Boesman<sup>10</sup>

Van mijn kant enige nadere opmerkingen over de rechterlijke dialoog, waarover het eerste gedeelte van ons preadvies gaat. Bij een rechterlijke dialoog vindt in uitspraken een uitwisseling van ideeën en argumenten plaats. Stel: een rechtbank wil een andere wetsuitleg hanteren of een uitzondering op de regel maken. Zij legt daarover dan in haar uitspraak op een transparante manier verantwoording af. Vervolgens, als de zaak in hoger beroep komt, gaat de appèlrechter op die motivering in en legt daarbij uit waarom die al dan niet slaagt. Zo ontstaat er als het ware een gesprek tussen de rechter in eerste aanleg en de appèlrechter.

### 3. Rechterlijke dialogen

- “Gesprek” tussen rechter in eerste aanleg en appelrechter
- Voorbeeld: bijstand en gokinkomsten
- Dialogen in recente rechtspraak:

Vreemdelingerecht	Sociaalrecht	Bestuursprocesrecht
Art. 8 EVRM (more than normal emotional ties)	Bijstand en gokinkomsten	Verschoonbaarheid: termijnoverschrijding (art. 6:11 Awb)
Nareis (gezinshereniging vluchtelingen)	Terugvordering van pgb	P&V en immateriële schadevergoeding in WOZ- en BPM-zaken
Dublinzaken	Dagloonberekening	Beroepen niet tijdig beslissen in toeslagzaken
IND-beleid vrijwillige tijdelijke terugkeer Syrië		

Ik wil in dit verband ingaan op een voorbeeld dat wij in ons preadvies noemen: de rechtspraak over bijstand en gokken. Op grond van vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep tot 2022 gold de regel dat iemand met een bijstandsuitkering die had gegokt een sluitende, verifieerbare gokadministratie per gokbeweging over moest leggen om te onderbouwen of met die activiteiten inkomsten waren verkregen, hetgeen relevant voor de uitkering is. Zonder een dergelijke administratie kon het recht op bijstand niet worden vastgesteld en gold dat de gehele bijstandsuitkering in de maand waarin was gegokt moest worden teruggevorderd. Dat had soms heel vergaande onevenredige gevolgen. Als iemand bijvoorbeeld met € 100 had gegokt maar niet kon aantonen wat daarmee was verdiend, moest de gehele uitkering met terugwerkende kracht bij de betrokkene worden teruggehaald.

<sup>10</sup> Preadviseur Tim Boesman is senior rechter bij de rechtbank Rotterdam.

In 2022 is de rechtbank Rotterdam in een reeks uitspraken openlijk van deze rechtspraak afgeweken. Zij heeft toen uitgelegd waarin het probleem zit en een nieuwe vuistregel bedacht die erop neerkomt dat iemand alleen het geld dat was ingelegd hoefde terug te betalen. De gemeente is natuurlijk in hoger beroep gegaan, en toen heeft de Centrale Raad hierop heel openlijk gereageerd. Hij erkende dat de eis van een administratie eigenlijk niet reëel was, hij nam de vuistregel over en hij heeft een nog veel uitgebreidere motivering gegeven om duidelijk te maken hoe de nieuwe situatie in het stelsel en in de rechtspraak past.

Dergelijke dialogen worden de afgelopen jaren veel vaker gevoerd, iets wat alles te maken heeft met het toeslagenschandaal. Zoals de toehoorders weten, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak tussen 2011 en 2019 een strenge alles-of-nietslijn gehanteerd die door rechtbanken in het algemeen is gevolgd. De rechtbank die dat enige tijd structureel niet deed, heeft van de Afdeling geen inhoudelijke reactie gekregen, en zo ontstond er nooit een gedachtewisseling tussen rechters in eerste aanleg en in appèl. Dat werd nog versterkt door de motivering die werd gebruikt: deze was heel kort en werd in zeer absolute woorden weergegeven, waardoor het leek alsof die rechtspraak onvermijdelijk en onveranderlijk was; dit terwijl een dialoog juist kan laten zien dat het recht iets dynamisch is. Bij wetsuitleg en de toepassing van de wet op de feiten is altijd sprake van een beredeneerde keuze.

Na 2019 zien we duidelijk een toename van de rechterlijke dialoog, vooral op het terrein waarop de behoefte daaraan het sterkst was, te weten het terrein van maatwerk: de ruimte voor de rechter om rekening te houden met soms vergaande negatieve gevolgen die besluiten voor burgers kunnen hebben. Wij drieën hebben op de deelterreinen waarop we vooral werkzaam zijn – het vreemdelingenrecht, het socialezekerheidsrecht en delen van het algemeen bestuursrecht – een analyse gemaakt van een tiental rechterlijke dialogen die zijn gevoerd en waaraan wij conclusies hebben verbonden.

#### 4. Conclusies over dialogen

- Rechterlijke dialoog moet in uitspraken gevoerd worden
- Belang van transparante motivering (niet verhullend, liefst discursief)
- Appèlrechter heeft laatste woord (belang rechtseenheid) maar dialoog kan (mits goed gemotiveerd) worden voortgezet, hervat of uitgebreid (via prejudiciële procedure HvJ)
- Rechterlijke dialogen leiden per saldo tot wijziging, verfijning of verduidelijking van (vaste) rechtspraak

In de eerste plaats is het belangrijk dat de dialoog in de uitspraak plaatsvindt en niet daarbuiten. Op die manier stimuleer je rechtsvorming. Ten tweede geldt dat de uitspraken op zo transparant mogelijke manier moeten worden gemotiveerd, op een niet verhullende wijze en liefst discursief. Als derde geldt dat natuurlijk de appèlrechter het laatste woord heeft omdat daarmee de rechtseenheid gediend is en omdat het stelsel dat voorschrijft, maar dat daarmee de dialoog met de appèlrechter

niet definitief is beëindigd. Een voortzetting van de gedachtewisseling is mogelijk, bijvoorbeeld als nog niet op alle argumenten is ingegaan. Ook kan de dialoog worden hervat als na tijdsverloop nieuwe gezichtspunten ontstaan die een ander licht op de vaste rechtspraak werpen. Zelfs uitbreiding van de dialoog is mogelijk; dat zien we in het vreemdelingenrecht als via prejudiciële vragen het Hof van Justitie bij de uitleg van bepalingen van Unierecht wordt betrokken.

Wat leveren de rechterlijke dialogen nu onderaan de streep op? In de meeste gevallen leiden ze ofwel tot een wijziging dan wel een verfijning van de rechtspraak, ofwel tot de verduidelijking van de vaste lijn met een verdiepte motivering. Voor maatwerk geldt dat er meer ruimte voor de rechter is ontstaan, en de vraag is vervolgens: wat doe je als rechter met die ruimte in de praktijk? Daarover gaat het tweede deel van ons preadvies, dat Jo-Anne nu zal toelichten.

### **Jo-Anne Nijland<sup>11</sup>**

Heel leuk, al die nieuwe evenredigheidsjurisprudentie, die rechterlijke dialogen en die extra ruimte voor maatwerk, maar wat kunnen we daarmee nu concreet in de praktijk? Dat is de volgende vraag die wij ons hebben gesteld. Wij als advocaat en als rechters merken dat we sterke behoefte hebben aan handvatten om de jurisprudentie, die vrij technisch is, in de praktijk te kunnen toepassen. Wanneer kan een rechter voor maatwerk kiezen, hoe doet zij<sup>12</sup> dat concreet en hoe kan ik als advocaat zo'n rechter verleiden om een maatwerkoplossing te bieden? In hoofdstuk 4 van ons preadvies concentreren we ons op dat handelingsperspectief, dat we hebben geprobeerd te creëren op basis van onze eigen ervaringen. Dit hoofdstuk is niet een heel academisch deel van ons preadvies, maar het voorziet, denk ik, wel in een leemte die er op dit moment in de literatuur en in de rechtspraak is.

#### ***5. Rechters en advocaten willen meer handelingsperspectief***

1. In welke situaties kan een rechter kiezen voor maatwerk? Waar liggen haar grenzen (gelijkheid, rechtszekerheid)?
2. Welke instrumenten heeft de rechter om maatwerk te realiseren? Denk aan: burgervriendelijke wetsuitleg, contra legem (of...), evenredigheid.
3. Welke informatie heeft de rechter nodig om instrumenten te gebruiken, en in hoeverre kan zij zelf op onderzoek uitgaan?

Drie vragen zijn hier van belang. De eerste luidt: in welke situaties kunnen rechters voor een maatwerkoplossing kiezen? Daarbij speelt het 'onderbuikgevoel' een rol,

<sup>11</sup> Preadviseur Jo-Anne Nijland is oprichter van, en werkzaam als advocaat bij, Robin advocaten.

<sup>12</sup> Voor deze pronominale verwijzing naar het woord 'rechter': zie voetnoot 9 bij het preadvies dat hier aan de orde is (p. 114).

een gevoel dat de rechter moet rationaliseren, bijvoorbeeld door afwijking van een regel of een lijn. Ook is van belang dat de rechter zich, bijvoorbeeld tegen de achtergrond van het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel moet afvragen waar daarbij haar grenzen liggen.

De tweede vraag die we ons hebben gesteld luidt: welke instrumenten heeft een rechter die een maatwerkoplossing wil bieden tot haar beschikking? Hierbij kunnen we natuurlijk in de eerste plaats denken aan de nieuwe evenredigheidsrechtspraak, maar er zijn ook andere mogelijkheden zoals beginselconforme wetsuitleg – wij spreken ook wel van burgervriendelijke uitleg – en *contra legem*-toepassing.

In de derde plaats hebben we geprobeerd antwoord te geven op de vraag welke informatie de rechter nodig heeft om de maatwerkinstrumenten effectief te kunnen inzetten en hoever zij daarbij in het doen van onderzoek mag gaan. Men kan hier denken aan de ruimte die artikel 8:69 Algemene wet bestuursrecht (Awb) biedt.

Ons hoofdstuk 3, over rechterlijke dialogen, bevindt zich op een soort macro-niveau. Na een beschouwing op microniveau in hoofdstuk 4 – maatwerk in de praktijk – keren wij aan het eind van het preadvies terug naar een metaniveau: hoofdstuk 5. In dat hoofdstuk schetsen we de voorwaarden voor goede burgervriendelijke rechtspraak en beschrijven we wat nodig is voor een effectieve rechterlijke dialoog – hoofdstuk 3 – en maatwerk op zaaksniveau: hoofdstuk 4.

## 6. Voorwaarden burgervriendelijke rechtspraak

### 1. Attitude:

- Actieve, nieuwsgierige rechter met burgerperspectief
- Anticiperende advocaat met rechtsperspectief

**2. Organisatie:** binnen rechtspraak processen organiseren voor meer maatwerk, buiten rechtspraak om meer samenwerken. Tegelijkertijd erkennen dat financieringssystematiek niet ingericht is op maatwerk.

Grofweg gaat het om twee voorwaarden. De eerste daarvan is de juiste attitude, de tweede een dienende organisatie.

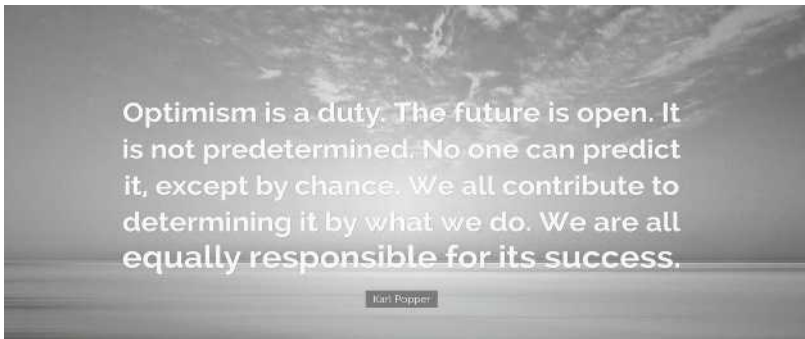
1. Attitude. De opstelling van de rechter en de advocaat is wat ons betreft cruciaal voor de uitkomst van een zaak. Voor maatwerk heb je een actieve en nieuwsgierige rechter nodig die zich echt verdiept in de positie van de burger en op onderzoek uitgaat. Ook pleiten wij voor een anticiperende advocaat, een advocaat die begrijpt wat de rechter nodig heeft om zich in de burger te kunnen verplaatsen. Men kan hier denken aan feiten en bewijzen, en natuurlijk ook aan de gevolgen van het besluit; de rechter moet niet alleen maar focussen op de juridische argumentatie. Daarnaast is het heel belangrijk dat rechters zich bewust zijn van hun verantwoordelijkheid om knellende jurisprudentie en regels te adresseren. Daarbij is transparant motiveren cruciaal, want alleen



op die manier kan een zinvolle dialoog tussen de eerstelijns- en de appèlrechter ontstaan en kunnen burger en advocaat de rechtspraak beter begrijpen en accepteren.

2. Organisatie.

- a. Even belangrijk is het organiseren van interne dialoog, samenwerking en tegenspraak binnen de rechtspraak, maar ook daarbuiten. We kunnen hier denken aan samenwerking tussen advocaten om bij principiële zaken bepaalde regels in de rechtspraak te adresseren.
- b. Eerlijk is eerlijk: de financieringssystematiek van onze overheid maakt het zowel voor de rechtspraak als voor de advocatuur heel lastig maatwerk te bieden. Maatwerk kost per slot van rekening heel veel tijd, en die tijd krijgen wij niet, want de financiering is heel sterk gericht op output en productie. Ook in het systeem zal uiteindelijk voldoende ruimte moeten worden gecreëerd om de rechterlijke dialoog en dat maatwerk voor de burger mogelijk te maken.



Met de tekst die u nu ziet, wil ik afsluiten. Toen wij in januari ons preadvies afronden, waren wij best wel optimistisch over de toekomst. De weg naar maatwerk lag open en de waarborgen werden verder uitgebouwd. Ik denk aan de toegenomen aandacht voor grondrechten, aan het voorstel voor een Wet versterking waarborgfunctie Awb en aan de doorontwikkeling van de evenredigheidsjurisprudentie. Maar, eerlijk is eerlijk, de nieuwe kabinetsplannen baren ook ons heel veel zorgen. Mij als asieladvocaat in het bijzonder, want niet alleen mijn baan staat op de tocht, maar ook – het belangrijkste! – een veelheid van rechten van een groot aantal mensen. We hopen uiteindelijk dan ook dat onze rechtsstaat sterk genoeg is om de lijn die is ingezet te kunnen doorzetten. Daarvoor hebben we veel optimisme nodig; dat willen we vasthouden.

**Dorien Brugman<sup>13</sup>**

Mijn dank aan de VAR dat ik op dit mooie preadvies in het NTB mocht reageren en nu als eerste hier een reactie mag geven. De eerste halve minuut van mijn bijdrage besteed ik heel graag aan het uitspreken van mijn grote waardering voor wat

---

<sup>13</sup> Heeft het preadvies in het NTB besproken.

de preadviseurs hebben geschreven. Toen ik hun stuk had gelezen en erover zat te denken wat ik er nu precies van vond, kwam de titel van een boek van Bill Bryson in mijn gedachten: *A Short History of Nearly Everything*. Ik heb het niet gelezen, maar volgens mij is ook het preadvies een verhaal over bijna alles, namelijk alles wat ertoe doet in de bestuursrechtspraak. Daarmee geef ik al een heel groot compliment. Op bol.com las ik dan ook nog de volgende recensie van Brysons boek: ‘Het is een heel inspirerend boek voor iedereen die nieuwsgierig en leergierig is. De illustraties zijn prachtig. Geweldig cadeau voor iedereen die hersens heeft.’ Wat mij betreft geldt dat allemaal ook voor het preadvies, behalve dan als het over illustraties gaat. Over zo’n rijk preadvies, waar heel veel in staat, mag ik dan nu een paar vragen stellen. Dat is lastig kiezen. Ik heb er vier elementen uitgehaald waarbij ik heel benieuwd ben naar de reactie van de preadviseurs, of waarover ik zelf heel erg heb zitten denken.

Het eerste punt heb ik in mijn bespreking al aangestipt, en ik hoorde ook Theo Schelfhout er zojuist over spreken: de centrale rol die het concept ‘maatwerk’ of ‘menselijke maat’ in het preadvies speelt. Het lijkt eigenlijk haast een nieuwe Heilige Graal van de bestuursrechter, maar wat bedoelen de preadviseurs eigenlijk precies als ze dit concept vooropstellen? Zij nemen als uitgangspunt dat er bij de beoordeling en de toetsing voldoende aandacht of ruimte moet zijn voor individuele aspecten van een zaak. Is dat nu eigenlijk hetzelfde als streven naar een rechtvaardige uitkomst? De auteurs spreken ook over het voorkomen van onrecht. Hoe verhoudt zich het streven naar maatwerk tot waarborgen dat andere beginselen tot hun recht komen? Ik denk dan – ook dat kwam zojuist al aan de orde – aan het streven naar rechtsgelijkheid, aan het belang van rechtszekerheid, aan beginselen van legaliteit en van democratie en aan het voorkomen van willekeur.<sup>14</sup> Zelf vind ik dit geen theoretische discussie, maar ook echt een dilemma in de praktijk. In mijn bespreking heb ik een voorbeeld genoemd van een soort zaken waarbij je als rechter in de dagelijkse praktijk nadenkt over de manier waarop al die beginselen op elkaar inwerken. Dan heb ik het eigenlijk nog niet eens over zaken die ik als rechter bij het CBB tegenkom en die eigenlijk zó anders zijn, dat je je afvraagt wat we daar nu eigenlijk met de menselijke maat doen. Ik denk aan de toetsing van een besluit van de ACM<sup>15</sup> waarbij een fusie tussen twee grote partijen die dreigen een monopolie op de markt te krijgen wordt verboden.

De vraag wat maatwerk is, kan niet zo makkelijk worden beantwoord. We zitten nog midden in een zoektocht en als ik met mijn werk bezig ben, vraag ik me best wel vaak af hoe we in die zoektocht verder kunnen komen. Kunnen wij als juristen deze vraag zelf wel beantwoorden, of hebben we daarbij bijvoorbeeld ook rechtsfilosofen nodig? Ik ben heel benieuwd of de preadviseurs hierover gedachten hebben.

Mijn tweede vraag gaat over het kwaliteitsoordeel dat de preadviseurs in feite toch wel over de appèlrechtspraak uitspreken. Zij zijn heel voorzichtig, maar tussen de regels door lees ik duidelijk hun opvatting dat die rechtspraak nog niet in alle opzichten aan de maat is, de menselijke maat. Het kan heel goed dat ze gelijk

---

<sup>14</sup> S.E. Zijlstra, ‘De opmars van de willekeur. Redactioneel’, NTB 2024/172.

<sup>15</sup> Autoriteit consument en markt.

hebben, en dan is het de vraag hoe dat nu zou komen en hoe het béter kan. De dialoog kan inderdaad een drukmiddel zijn om de appèlrechtspraak in beweging te krijgen, maar ik zou toch ook denken dat we moeten kijken naar achterliggende oorzaken, vooral als het – zoals de preadviseurs soms blijken te vinden – met die dialoog niet zo opschiet. In het preadvies wordt er niet zoveel over gezegd, want wat kun je daar nu als eerste rechter verder aan doen, en misschien zijn de auteurs ook te beleefd om hierover allerlei ideeën te uiten. Toch vermoed ik dat de preadviseurs op dit punt goede gedachten hebben; ik zou ze heel graag horen. Ik kan me zo voorstellen dat mensen die, zoals ikzelf, bij de appèlrechtspraak werken, in zo'n discussie zouden kunnen reageren met de opmerking dat de eerstelijnsrechtspraak ook wel eens doorslaat en maar blijft drammen, met als argument: we hebben nu eenmaal regels, daar zitten politieke keuzes achter en we moeten ook zaken afhandelen. Ik overdrijf nu, maar hoe zien de preadviseurs dit?

Een derde punt is het handelingsperspectief waarnaar in het preadvies wordt gezocht. In de trilogie hebben de auteurs heel interessante gesprekken met elkaar gevoerd over allerlei dilemma's. Ik lees daarin dat er in de praktijk heel veel wordt gepuzzeld op de techniek van het leveren van maatwerk. Dit herken ik. In onze raadkamers zitten ook wij bij het CBb heel vaak te puzzelen op de vraag aan welke maatwerkknoppen we kunnen draaien, of we daaraan wel móeten draaien en of het de bedoeling van partijen is dat er aan die knoppen wordt gedraaid. We vragen ons af of we het over exceptieve toetsing hebben, of er ergens beoordelingsruimte of beleidsruimte is en welke terminologie we zullen gebruiken bij de indringendheid van de toetsing. Zelf heb ik de ervaring dat dit soort gepuzzel soms zou kunnen afleiden van de vraag wat nu eigenlijk echt een goede uitkomst van de zaak is: rechtvaardig, evenredig, evenwichtig, of hoe je het ook maar wilt noemen. Hoe kunnen we ervoor zorgen dat we ons nu juist op die vraag kunnen concentreren?

Onlangs hebben de hoogste bestuursrechters een aantal uitspraken gedaan die ook in het preadvies worden genoemd. Mijn gedachte zou zijn dat het heel prettig is dat we nu een toetsingskader hebben, zodat we ons kunnen concentreren op de vraag wat in een bepaalde zaak eigenlijk de uitkomst moet zijn. Toch lees ik hier en daar in annotaties dat de situatie er alleen maar ingewikkelder op is geworden. Graag zal ik ook hierop een reactie horen.

Vervolgens intrigeert mij in het preadvies het fenomeen 'groepsmaatwerk'. Het gaat dan om uitspraken van bestuursrechters die gevolgen hebben voor grote groepen burgers. Terminologisch is dit heel interessant: is *groepsmaatwerk* eigenlijk niet een *contradictio in terminis*? Als je iets voor een groep doet, is dat dan maatwerk, of is het juist confectie? Interessanter is wat mij betreft dat een rechter die groepsmaatwerk levert, in mijn ogen bezig is met toetsing van regelgeving of onderliggend beleid. Eerder vanmorgen is ook Uzman daarop ingegaan. In het kader van het handelingsperspectief gaat het hier volgens mij om exceptieve toetsing. Qua taak en bevoegdheid gaat de rechter in de Trias Politica hier een beetje de richting van de wetgever opzoeken: een heel ander spanningsveld dan bij rechtstreekse toetsing van een besluit van een bestuursorgaan.

Zou dit alles nu ook betekenis hebben voor de manier waarop de dialogen zich zullen ontwikkelen en voor de rol die iedereen daarin speelt? Ik probeer dit concreter te maken door een voorzetje te doen: zouden de preadviseurs zich bijvoorbeeld kunnen voorstellen dat de eerstelijnsrechter zich vooral concentreert op het leveren

van *individueel* maatwerk – zeker bij de start van een dialoog, waarbij de eerste zaken worden getoetst – en dat het meer tot de verantwoordelijkheid van de appèlrechter behoort op een gegeven moment ook de stap naar *groepsmaatwerk* te zetten? En is het dan ook diens taak de dialoog met de wetgever aan te gaan? Zo ging het bijvoorbeeld bij de dialoog over beslistermijnen en dwangsommen bij toeslagen, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak uiteindelijk de kwestie ging terugkoppelen naar de wetgever.

Een meer algemene vraag is: zouden die appèlrechters eigenlijk ook de regie bij groepsmaatwerk moeten pakken? Als ik het goed zie, is dat gebeurd bij de discussie over ‘derdelanders’. De Afdeling heeft de prejudiciële vragen die de rechtbank heeft gesteld min of meer overgenomen. Wat is de opvatting van de preadviseurs in dezen?

Ook ik kom dan tot slot nog even over het Hoofdlijnenakkoord<sup>16</sup> te spreken. Ik ben heel benieuwd naar de mening van de preadviseurs over het daarin opgenomen voorstel om rechtspraak in twee instanties in vreemdelingenzaken af te schaffen, al kan ik wel raden wat zij daarvan vinden. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) – de appèlinstantie waar ik werk – behandelt heel veel zaken in eerste en enige aanleg. Wij hebben dan in veel zaken helemaal geen dialoog met een eerstelijnsrechter en we moeten zelf ons best doen om rechtvaardig recht te spreken. Best belangrijk, maar ook best lastig.

## Theo Schelfhout

Op de vraag van Dorien Brugman over het maatwerk kan ik antwoorden dat het gaat om recht doen in het individuele geval, rekening houdend met het burgerperspectief en een realistisch burgerbeeld. Van belang is steeds ook welke grenzen daarbij gelden. Daarbij zul je altijd de vraag moeten betrekken wat het doel van de regeling-in-kwestie is en of een oplossing daarin past. Ook zul je altijd moeten uitleggen waarom maatwerk in het individuele geval in de regeling past of, bij afwijking, welke instrumenten je gebruikt om tot afwijking te komen. Ik zie eigenlijk niet zozeer dat de uitgangspunten van rechtsgelijkheid, rechtseenheid en legaliteit daarmee in gevaar zouden komen. Voorwaarde is wel dat je de uitspraak die je doet steeds goed probeert te verantwoorden. Je kunt dan op een punt komen dat je als eerstelijnsrechter misschien een stapje te ver gaat, maar dat is op zich niet zo erg als je je maar goed afvraagt of dat in het concrete geval verantwoord is. Dat biedt de appèlrechter de kans om met een betere uitleg te komen. Een misschien niet zo heel sterke uitspraak van een rechtbank kan een heel sterk signaal voor de appèlrechter opleveren, inhoudende dat deze goed moet nadenken of het wenselijk is de lijn door te trekken.

In het preadvies wordt ingegaan op de wijzigingen in de beslagvrije voet die op een gegeven moment, in een streven naar vereenvoudiging, in de wetgeving zijn doorgevoerd. Deze regeling pakte voor een bepaalde categorie mensen, met name mensen met een AOW-uitkering, nogal ongunstig uit. Dat was op zich door

---

<sup>16</sup> Zie noot 9.

de wetgever wel onderkend, maar achteraf gezien werd het toch als wat ernstiger gevoeld dan in eerste instantie. De rechtbank Midden-Nederland heeft toen uitgesproken dat in een bepaald geval een oplossing tot stand moest komen door de hardheidsclausule toe te passen. Eigenlijk was dat in het gegeven geval geen sterke redenering. Toen de zaak vervolgens bij de Centrale Raad van Beroep kwam, heeft deze weliswaar de conclusie gevolgd, maar daaraan een veel meer systematische uitleg verbonden, met een nogal complex aantal stappen. Het maatwerk dat de rechtbank heeft willen leveren heeft in hoger beroep tot een betere uitspraak geleid doordat vooral sterk werd benadrukt wat in het gegeven geval de negatieve consequenties waren.

Hiermee wil ik niet beweren dat de Centrale Raad zonder de uitspraak van de rechtbank nooit tot zijn redenering zou zijn gekomen. Wel was het hier die uitspraak die de aanzet gaf.

### **Tim Boesman**

De tweede vraag van Dorien Brugman betrof de kwaliteit van de appèlrechtspraak. Zij meent dat er in ons preadvies een oordeel over die rechtspraak schuilt, maar zo hebben wij als auteurs dit niet besproken en beleefd. Eigenlijk is het tegendeel het geval. In het preadvies zit veel waardering voor de veranderingen die in de rechtspraak hebben plaatsgevonden. We zien dat de rechtbanken minder beschroomd zijn om met de appèlrechtspraak dialogen over het inslaan van nieuwe wegen aan te gaan, terwijl tegelijkertijd de appèlrechter zich echt voor die dialogen heeft opengesteld en erop reageert. We hebben op bepaalde punten in het preadvies wel kritiek geuit, maar die heeft vooral betrekking op het ontbreken van duidelijke motiveringen in het verleden. In de toeslagenrechtspraak ontbrak het aan het geven van reacties, op een niet-verhullende manier, op wat er aan uitspraken vanuit de rechtbanken kwam. Ik denk echt dat dit gemis verleden tijd aan het worden is en dat er op alle terreinen die wij in het preadvies bespreken juist een heel levendige dialoog is gevoerd.

Hier moet ik denken aan een discussie die ik met een kritische collega heb gehad. Toen dit alles een aantal jaren geleden speelde en het reflectierapport van de rechtbanken werd opgesteld, vroeg deze collega zich af wat de consequenties voor de taakverdeling tussen de eerste lijn en de appèlrechtspraak zouden zijn. Misschien, zo luidde de overweging, hebben de appèlrechters helemaal niet zo'n zin om alleen maar aan de rechtseenheid en de rechtszekerheid te denken en misschien is dat ook een verantwoordelijkheid die bij rechtbanken hoort. Dat is een heel valide punt dat een discussie waard is. Maar als men – zoals vroeger méér gebeurde – als bestuursrechter in eerste aanleg altijd vasthoudt aan vaste rechtspraak van de appèlrechter, ongeacht de vraag hoe dat in een concrete zaak uitpakt, mist men kansen om, via een dialoog, tot rechtsvorming en rechtsontwikkeling te komen. Dit vinden wij het grote voordeel van een rechterlijke dialoog en daarom zien we daarin ook meer voordelen dan nadelen.

**Voorzitter:** Dan liggen er nog de derde, de vierde en de vijfde vraag van Dorien Brugman, terwijl er niet zoveel tijd meer is.

**Jo-Anne Nijland:** Ja, wat willen jullie? Ik kan natuurlijk op alle drie die vragen reageren, maar...

**Voorzitter:** Ja, doe maar. Kort.

**Nijland:** Ik zal mijn best doen!

In haar recensie noemt Dorien Brugman het handelingsperspectief dat wij schetsen 'juridisch figuurzagen'. Daarmee bedoelt zij dat we te veel bezig zijn met de techniek en te weinig met de dingen waar echt om gaat. In ons preadvies erkennen wij dat we te maken hebben met een systeem waarbinnen we moeten opereren, maar zijn we er tevens op uit om binnen dat systeem zo veel mogelijk ruimte voor de rechter en de advocaat te pakken om maatwerk te bieden. Er is een verband met wat in ons vijfde hoofdstuk wordt betoogd over de positie en de attitude van de rechter. Van belang is waar de rechter met haar beoordeling van de zaak begint. Normaal gesproken is de rechter geneigd de dogmatiek als uitgangspunt te nemen, terwijl wij van onze kant ervoor pleiten dat zij bij de positie van de burger en de feiten van de zaak begint. Het is daarbij aan de advocaat de rechter in dit opzicht te voeden. Ik denk dat het in het kader van *form follows functie* zaak is de positie van de burger als eerste voor ogen te hebben en vervolgens te kijken hoe binnen het systeem tot maatwerk kan worden gekomen.

Vervolgens iets over groepsmaatwerk en het spanningsveld met de Trias Politica, waarbij tevens de vraag aan de orde is wie het initiatief moet nemen, de eerstelijnsrechter of de appèlrechter. Moet de eerstelijnsrechter focussen op maatwerk in individuele gevallen en het groepsmaatwerk overlaten aan de appèlrechter? Wie het initiatief neemt, lijkt mij sterk afhankelijk van de aard van de zaak. In het vreemdelingenrecht hebben we vaak te maken met een grote hoeveelheid zaken waarin zich dezelfde rechtsvraag voordoet. Een rechter in de eerste lijn is dan volgens mij wel verplicht meteen een uitspraak te doen die voor de hele groep relevant is en niet alleen in een individueel geval maatwerk te bieden. Daarnaast zijn er natuurlijk zaken waarin alleen individueel maatwerk nodig is terwijl uiteindelijk de appèlrechter het grotere overzicht heeft en een bredere lijn zal moeten trekken. Het hoeft volgens mij in het algemeen gesproken niet altijd de appèlrechter te zijn die het initiatief neemt.

Ik weet niet of mijn medepreadviseurs het hiermee eens zijn?

**Boesman:** Het hangt er, denk ik, ook vanaf met welk instrument je in een bepaalde zaak maatwerk beoogt te bereiken. Goed maatwerk wordt ook vaak door wetsuitleg tot stand gebracht. Dat zie je bijvoorbeeld in Dublin-zaken<sup>17</sup> in het vreemdelingenrecht. Daarbij zal de rechter in eerste aanleg, hoewel de uitspraak voor een grote groep burgers gevolgen zal hebben, toch het initiatief moeten nemen. Het gaat dan om een andere situatie dan bij exceptieve toetsing. Je kunt verdedigen dat *contra legem*-toetsing meer bij de eerstelijnsrechter en exceptieve toetsing meer bij

---

<sup>17</sup> Verordening (EU) nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming (PbEU 2013, L 180/31).

de appèlrechter thuishoort. Ook daar is de aard van de zaak van belang. Bij wetsuitleg ligt het naar mijn mening minder voor de hand het initiatief bij de appèlrechter te leggen: de rechtbank heeft beginselconforme uitleg nodig om het resultaat te kunnen bereiken.

## **Dorien Brugman**

De preadviseurs zijn met deels geruststellende en mooi genuanceerde antwoorden gekomen waarin ik mij voor een heel groot deel kan vinden. Een belangrijk punt vind ik zelf nog de vraag wat maatwerk nu precies is en in hoeverre we streven naar iets wat we nog niet nauwkeurig kunnen omschrijven. Ik kan veel van wat de preadviseurs zeggen goed volgen, maar laten we er gezamenlijk over blijven nadenken wáár we nu naar streven.

**Voorzitter:** Ik verheug me al op de discussie van vanmiddag.

Willen de overige preadviseurs nog reageren op de discussie die nu is gevoerd?

## **Jerfi Uzman**

Van de trilogie heb ik enorm genoten. Ik vraag me af of *trilogie* niet ook een betere term is om de in het preadvies bepleite dialogen te kenschetsen: die gaan immers over meerdere partijen.

Mijn terrein is de dialoog rechter-wetgever. Is er in die dialoog op dit moment niet te veel sprake van een set monologen? De rechter koppelt terug, maar waar bestaat dan het antwoord van de wetgever precies uit? In het preadvies wordt terecht geconstateerd dat in de boezem van de wetgever de terugkoppeling lang niet altijd wordt gelezen. Als het gaat om rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, democratie en ruimte voor beleid, moet er dan ook niet meer input zijn van vertegenwoordigende lichamen? Hoe kijken zij tegen die dingen aan? Zouden we in de procedure niet ook vertegenwoordigers van vertegenwoordigende lichamen moeten betrekken?

## **Theo Schelfhout**

Ik twijfel erover of dat op zich zo'n goede weg zou zijn. Rechtspraak moet vooral rechtspraak zijn. Er kunnen uitspraken komen die een heel brede motivering, een wijde strekking en omvangrijke gevolgen hebben, maar de rechter moet niet in een enigszins diffuus proces terecht komen waarin verantwoordelijkheden worden vermengd.

Aan het adres van Dorien Brugman wil ik, nu ik toch aan het woord ben, nog één ding zeggen. Ik deel niet de indruk dat de situatie ingewikkelder is geworden. Op 26 maart zijn uitspraken over evenredigheid gedaan<sup>18</sup> waarop je lang moet studeren om ze goed te begrijpen, maar die een heel praktisch kader blijken te bieden. De manier waarop je dat moet invullen is dan weer een volgende stap. De rechtbanken kunnen een belangrijke rol bij een indringende toepassing spelen.

---

<sup>18</sup> CBB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190 en ECLI:NL:CBB:2024:191.



Maartje Verhoeven<sup>19</sup>

Aan ons tweeën de taak om door een Unierechtelijke bril naar de toetsing door de bestuursrechter te kijken. Dat is nog niet zo makkelijk. We schreven het al op: 'Europa' heeft geen kindertoeslagaffaire of iets van dien aard gehad, zodat de manier van denken niet vergelijkbaar is met die in Nederland. Toch is het naar onze mening belangrijk het Unierecht bij het thema van deze jaarvergadering te betrekken; het werkt immers door op heel veel deelterreinen binnen het nationale bestuursrecht. Het Unierecht blijkt op een aantal terreinen burgerfreundelijker te zijn. Op het gebied van asielrecht, consumentenrecht, dienstenrecht en omgevingsrecht zorgt het Europese recht voor een betere bescherming van de burger dan het nationale recht.

### Probleemstelling & aanpak

Wat kan in Nederland het bestuurs(proces)recht en de bestuursrechter leren van het Unierecht om de burger beter te beschermen en het burgerperspectief van het bestuursrecht te versterken? Onderscheid tussen:

- Dwingende beïnvloeding nationale besluiten binnen werkingssfeer EU-recht dmv Handvest en EU-rechtsbeginselen: bijv. migratie, economisch recht, omgevingsrecht, APV-inrichtingen, douane & andere belastingen, AVG.
- Inspiratie door vrijwillige adoptie EU-concepten en beginselen in louter nationale zaken (cf. evenredigheid in Harderwijk): past wat betreft rechtsbescherming goed in nieuw artikel 17 Grondwet.

In ons preadvies zijn we ingegaan op bescherming van de burger, waarmee meteen een perspectief is gegeven. Ik heb Rob vanmorgen al aan heel veel mensen horen vertellen wat we allemaal niet hebben gedaan: we zijn niet ingegaan op de nare kanten van het Unierecht en op de keiharde regels die daarin op financieel terrein gelden, terwijl we ons ook niet hebben afgevraagd wat de Europese Unie nog van Nederland zou kunnen leren. Onze benadering verliep andersom. Centraal staat bij ons de vraag op welke manieren het Nederlandse bestuurs(proces)recht kan leren hoe de burger beter kan worden beschermd en het burgerperspectief kan worden versterkt.

We onderzochten aan de ene kant de dwingende beïnvloeding die plaatsvindt als een besluit binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. In zo'n situatie oriënteert de nationale bestuursrechter zich in hoge mate op de wetgeving van de Unie-wetgever en jurisprudentie van het Hof van Justitie. Instrumenten daarbij zijn het

<sup>19</sup> Preadviseur Maartje Verhoeven is senior rechter bij de rechtbank Gelderland.



Handvest en rechtsbeginselen. Op de slide die u nu geprojecteerd ziet, hebben we een aantal deelterreinen gezet waaraan u in dit verband kunt denken. Asielrecht bijvoorbeeld is natuurlijk in hoge mate Unierecht. Andere procesrechtelijke voorbeelden zijn de ambtshalve toetsing en de *Varkens in nood*-jurisprudentie.

Aan de andere kant blijken Unieconcepten en -beginselen in nationale zaken ook vrijwillig te worden overgenomen. De uitspraak *Harderwijk*<sup>20</sup> is daarvan een mooi voorbeeld. Daarin wordt de evenredigheidstoetsing uit het Unierecht binnen het nationale recht getrokken, ook voor zaken waaraan eigenlijk geen enkele Europese dimensie zit en waarbij gewoon nationaal recht van toepassing is. Wij waarderen deze ontwikkeling als positief met het oog op de rechtseenheid. Het wordt immers heel vermoeiend als je je iedere keer moet gaan afvragen of een zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en als daarover grenzeloze discussies ontstaan. Veel prettiger is het uit te gaan van een uniform toetsingskader. Daarnaast verhoogt de oriëntatie op het Unierecht in dit verband ook vaak de rechtsbescherming. We hebben dat in de *Harderwijk*-zaak gezien, en het is ook een ontwikkeling die aansluit bij het nieuwe artikel 17 van de Grondwet, dat eerder vanochtend al aan de orde is geweest en waarin effectieve rechtsbescherming wordt gegarandeerd.

In ons preadvies gaan wij in op drie onderwerpen:

- de toenemende invloed van het Handvest;
- de rechtsbescherming;
- een en ander uitmondend in de kern: intensiteit van toetsing, in het bijzonder evenredigheidstoetsing.

Op het Handvest zal nu mijn medepreadviseur Rob nader ingaan.

### **Rob Widdershoven<sup>21</sup>**

Ja, ik moet alweer reclame gaan maken voor het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat inmiddels alweer zo'n vijftien jaar bestaat. Het bevat een groot aantal grondrechten, namelijk vijftig, en onder andere het gehele Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) valt eronder. EVRM-rechten zijn in de Europese context dus dubbel gedekt.

---

<sup>20</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

<sup>21</sup> Preadviseur Rob Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan het Moutaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

## Groeiend belang EU-Handvest

- Handvest (bindend sinds 2009): prevaleert binnen werkingssfeer Unierecht boven EVRM – redenen: voorrang, prejudiciële procedure, meer bescherming dan EVRM (52(3) Hv).
- 41 Hv (recht op goed bestuur) als afspiegeling van EU-beginsel ook bindend voor lidstaten. Extra bescherming op punt van onpartijdigheid, redelijke termijn in primo, horen in primo en inzage in stukken, invulling zorgvuldigheid – wensen: constitutionele verankering in Gw, adopteren buiten werkingssfeer EU-recht
- 47 Hv (effectieve rechtsbescherming):
  - Toegang: inspiratie voor verruiming toegang bestuursrechter – tegen toezichtshandelen, concentratie beroep en schadevordering (AVG and beyond?).
  - Remedies: dwangsom ter naleving rechterlijke uitspraken, zelf in zaak voorzien.

Het Handvest geldt bij het nationale handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Het gaat dan wat materiële rechtsgebieden betreft inmiddels om een ruime meerderheid van het bestuursrecht. Niet in getalletjes, want financieel bestuursrecht (uitkeringen, toeslagen) wordt niet heel erg bepaald door het Handvest, en op dat gebied worden miljoenen besluiten genomen waartegen kwantitatief geen enkel terrein op kan. Maar als je gaat kijken naar het aantal terreinen waarvan op de vorige slide voorbeelden zijn vermeld, moet je constateren dat het Handvest erg vaak van toepassing is.

Het Handvest wordt al vaak ingeroepen door partijen en hun advocaten en toegepast door rechters, maar er is om zo te zeggen nog wel een wereld te winnen. Op een deel van die wereld wordt over twee weken op de NJV-jaarvergadering ingegaan: men kan dit verhaal dan nóg eens horen, en dan nog veel uitvoeriger. Er komen prachtige preadviezen van onder anderen Hanna Sevenster en Janneke Gerards aan de orde.

Toch worden in de Nederlandse rechtsorde nog vaak zaken afgedaan op grond van het EVRM en de daarin opgenomen rechten, terwijl ze binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen en dus eigenlijk op grond van het Handvest zouden moeten worden beslist. Dat allerlei zaken via het EVRM worden afgehandeld, is logisch, want dat verdrag heeft de langste traditie. Het is ook geen ramp, maar wij nemen in ons preadvies wel de stelling in dat het goed en eigenlijk ook wel noodzakelijk zou zijn zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht primair te beoordelen binnen het kader van het Handvest. Om misverstanden te voorkomen wijs ik er overigens op dat het Handvest (Hv) heel vaak conform het EVRM moet worden uitgelegd: dat is voorgeschreven door artikel 52, derde lid, Hv. Waarom betrekken wij deze stelling? Een principieel argument kan zijn dat de voorrang van het Unierecht serieus moet worden genomen. Als je dat doet, pas je het Handvest toe en kom je niet meer aan het EVRM toe, omdat dit pas via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet moet worden toegepast. De toepassing van het Handvest gaat aldus vooraf aan de toepassing van het EVRM. Met dit argument zullen we niet iedereen overtuigen; van groter belang is dat er voor het Handvest in de EU-context een hulplijn met Luxemburg kan en soms moet worden ingeschakeld. Die prejudiciële procedure kennen we allemaal. Als nationale rechter kun je over de uitlegging van Hv-rechten vragen stellen, die een anderhalf jaar later worden beantwoord; bij het EHRM moet je maar wachten of er weer eens een goede zaak, die de betekenis van het EVRM

verduidelijkt, aanhangig wordt gemaakt. Op tal van terreinen bestaat in het kader van het EVRM al jaren onduidelijkheid, maar in het verband van het Handvest is er een hulplijn die de hoogste nationale rechters bij twijfels over de betekenis zelfs verplicht zijn te gebruiken. Een laatste argument voor onze stelling is dat de rechtsbescherming die het Handvest biedt, ruimer kan zijn dan die van het EVRM, en ook in toenemende mate ruimer is, vooral doordat in combinatie met secundair Unierecht een verdergaande invulling van fundamentele rechten noodzakelijk kan blijken dan op grond van het EVRM. Maartje noemde zojuist het voorbeeld van de ambtshalve toetsing in het vreemdelingenrecht die via het Unierecht weer terug in de Nederlandse rechtsorde is.

Dan stap ik over op artikel 41 Hv, het volgende gedachtestreepje op de slide die de toehoorders nu zien. Een bepaling over goed bestuur is wel opgenomen in het Handvest, maar staat niet in het EVRM. Om artikel 41 Hv te kunnen inroepen, moet je wél weten dat een zaak binnen de werkingssfeer van het Handvest valt. Artikel 41 Hv is via het daarin gecodificeerde beginsel van goed bestuur ook bindend voor de lidstaten. De burger heeft er recht op dat zijn zaken eerlijk, onpartijdig en binnen een redelijke termijn worden behandeld, heeft het recht om te worden gehoord en mag rekenen op zorgvuldigheid. Dit klinkt allemaal prachtig en het sluit helemaal aan bij het streven naar meer maatwerk en meer bescherming voor de burger in algemene zin. Wat dit zou kunnen opleveren, kan men in ons preadvies lezen. Ik noem de extra bescherming op het punt van onpartijdigheid, de redelijke termijn *in primo*, de verruiming van het horen *in primo* en de invulling van de zorgvuldigheid. Volgens het Hof van Justitie moet het bestuur met zorg en omzichtig handelen. Dat zou zo maar iets met dienstbaarheid te maken kunnen hebben.

Deze eisen moeten wat ons betreft niet alleen binnen de werkingssfeer van het Unierecht maar ook in louter nationale zaken gelden. Daarvoor zou het handig zijn om, nu we toch met wijziging van de Grondwet bezig zijn, ook 'goed bestuur' daarin op te nemen. Dit is eerder betoogd, onder meer door de Commissie Europeanisering. Deze toevoeging aan de Grondwet zou een logische volgende stap zijn. Niemand heeft dit idee aan Pieter<sup>22</sup> verteld, maar anders had het ongetwijfeld in het 'hoofdlijnenakkoord' gestaan.

Ik kom bij artikel 47 Hv. Burgers hebben recht op effectieve rechtsbescherming. We hebben in Nederland nu artikel 17 van de Grondwet, dat ten minste zoveel bescherming moet bieden als artikel 47 Hv. Het is dan wel van belang na te gaan welke bescherming artikel 47 Hv biedt. Het NJV-preadvies van Hanna Sevenster bevat een groot aantal voorbeelden van relevante rechtspraak en ook wij komen op dit punt met ideeën. Zo probeert ook het Hof van Justitie het beschikkingsbegrip te omzeilen en daarmee ruimere toegang tot de rechter te bieden, bijvoorbeeld tegen toezichthandelen en voor schadevergoeding voor feitelijk overheidshandelen dat aan besluiten gerelateerd is. Geïnspireerd door artikel 47 Hv kunnen ook andere verruimingen van de rechtsbescherming via artikel 17 van de Grondwet worden

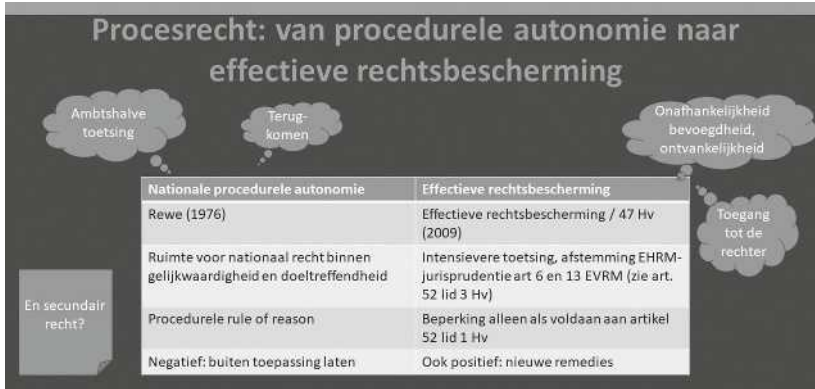
---

22 Bedoeld zal zijn Pieter Omtzigt, NSC-fractievoorzitter in de Tweede Kamer en eerste onderhandelaar voor de NSC-fractie bij de kabinetsformatie na de Kamerverkiezingen van november 2023.

gerealiseerd. Dat kan veelal zonder dat de formele wet opzij hoeft te worden gezet, zodat zij niet botsen met artikel 120 van de Grondwet.

## Maartje Verhoeven

Het tweede onderwerp dat wij in ons preadvies bespreken, is de ontwikkeling van procedurele autonomie naar effectieve rechtsbescherming in de jurisprudentie van het Hof over nationaal procesrecht.



We hebben veel jurisprudentie van het Hof van Justitie en veel details behandeld, een geheel dat ik heb geprobeerd in één slide samen te vatten, waarbij ongetwijfeld allerlei nuanceringen verloren zijn gegaan. Het Hof begon in 1976 met de zogenoemde *Rewe*-riedel. Het Unierecht werkte door via het nationale procesrecht en werd in de praktijk gebracht in allerlei nationale procedures, iets wat bij het ontbreken van Unierechtelijke procesrecht geoorloofd was zolang aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid werd voldaan. Het Unierecht moest gelijk worden behandeld aan het nationale recht en het moest niet praktisch onmogelijk worden gemaakt Unierechtelijke rechten te realiseren.

Het Hof ontwikkelde al snel een procedurele *rule of reason*. Daarbij staat de doeltreffende toepassing van Unierecht aan de ene kant en de beperking door nationaal recht aan de andere kant. Getoetst wordt welke gedachte achter de regel van nationaal belang schuilt: waarom zijn er beroepstermijnen, waarom is er een beperkt stelsel van ambtshalve toetsing? Bij een afweging komt het Hof dan tot een conclusie omtrent de vraag wat toelaatbaar is. Als een regel van nationaal recht niet toelaatbaar wordt geacht, leidt dat tot wat ik in de sheet een negatief gevolg heb genoemd: er moet iets nationaals buiten toepassing worden gelaten. Is er een regel die de doorwerking van Unierecht beperkt, dan blijft die buiten toepassing. Al met al best een overzichtelijk stelsel.

Al in de jaren tachtig, in de zaak *Johnston*, ontdekte het Hof het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In 2009 kwam het Handvest tot stand, waarin – in artikel 47 – dat beginsel is opgenomen. Sindsdien gaat de effectieve rechtsbescherming in de jurisprudentie van het Hof een steeds grotere rol spelen. Als er nu alleen sprake zou zijn van een andere term voor dezelfde toetsing, zou die ontwikkeling niet zo interessant zijn, maar uit mijn schema blijkt dat er in de kolom ‘effectieve

rechtsbescherming' ingrijpender wordt beoordeeld dan in de kolom 'nationale procedurele autonomie'. Er geldt bijvoorbeeld geen procedurele *rule of reason*. Een lidstaat kan alleen tot beperking van rechten komen als wordt voldaan aan de algemene beperkingssystematiek van artikel 52, eerste lid, van het Handvest. 'Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel', aldus deze bepaling, 'kunnen slechts beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Dat is een heel verhaal, dat in ieder geval een veel minder vrije context biedt dan de procedurele *rule of reason*.

Met de effectieve rechtsbescherming als uitgangspunt toetst het Hof, zoals gezegd, intensiever. Een tweede belangrijk verschilpunt is ook dat onderlinge afstemming plaatsvindt met het Hof in Straatsburg, omdat artikel 52, derde lid, Hv dit voorschrijft voor alle Handvest-rechten die een EVRM-evenknie hebben, zij het dat het Handvest méér bescherming mag bieden.

Een laatste punt van verschil is dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook positieve gevolgen kan hebben. Het hoeft niet per se te leiden tot buiten toepassing laten van nationaal recht, het kan er ook voor zorgen dat er iets nieuws ontstaat in het nationale procesrecht, bijvoorbeeld dat een voorlopigevoorzieningsprocedure in het procesrecht van een lidstaat moet worden gecreëerd. Er kunnen uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming allerlei positieve verplichtingen voortvloeien. In het preadvies noemen we nog allerlei andere voorbeelden.

Los van al deze verschillen is interessant: wanneer moet je nu eigenlijk wát doen en waar moet je dan aan toetsen? Dat valt niet helemaal te voorspellen, want de rechtspraak van het Hof is nogal grillig, en soms blijkt ook dat het aan alles tegelijk toetst. Wij hebben van onze kant geprobeerd hier wat lijnen in te zien, die ik op de sheet tot uiting heb gebracht in wolkjes. Als het om basisbeginselen gaat zoals toegang tot de rechter, onafhankelijkheid van de rechter, bevoegdheid en ontvankeelikheden, wordt eigenlijk in alle gevallen gekozen voor toepassing van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat is ook logisch, want het gaat hier om uitgangspunten die ook in het EVRM terugkomen, zodat het Hof van Justitie er vrij gemakkelijk voor kan kiezen naar het Handvest te grijpen en te gaan afstemmen. Er wordt dan indringend getoetst, wat door het belang van deze onderwerpen ook wel wordt gerechtvaardigd.

Er zijn ook onderwerpen waarbij de lidstaten van oudsher veel ruimte krijgen en waarbij geen EVRM-evenknie te vinden is. In ons preadvies bespreken wij de twee belangrijkste, die vaak in de jurisprudentie terugkomen: de ambtshalve toetsing en het terugkomen op definitieve besluiten en rechterlijke uitspraken. Bij die onderwerpen bestaat ruimte voor het nationale recht en wordt tot een beoordeling in het licht van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid gekomen, maar ook daar zien we langzamerhand wel een kleine beweging ontstaan. Als het om ambtshalve toetsing gaat, hoef ik alleen maar te wijzen op de uitspraak over de ambtshalve toetsing in zaken van vreemdelingenbewaring en op een kortgeleden genomen conclusie waarin door de advocaat-generaal van het Hof wordt voorgesteld in vreemdelingenzaken ook ambtshalve aan non-refoulement te gaan toetsen. Het Hof komt meer en meer tot een beoordeling in het licht van effectieve rechtsbescherming, met minder het nationale procesrecht van de lidstaten als uitgangspunt. Dat blijkt vooral

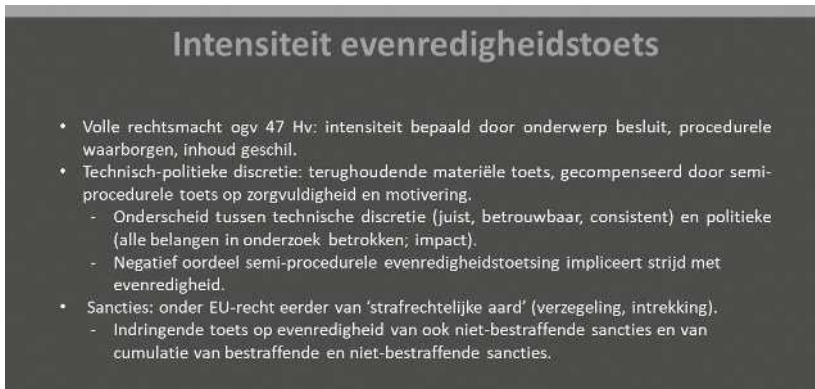
te gebeuren als het om bescherming van kwetsbare partijen gaat, zoals in het consumentenrecht. Wij merken op dat de Nederlandse rechter zich zou kunnen laten inspireren tot het verder oprekken van de ambtshalve toetsing als het om structurele ongelijkheid tussen partijen gaat. Daarbij noemen we de sociale zekerheid en toeslagen, met speciale aandacht voor maatregelen en boetebesluiten.

Verder zien we dat onderwerpen van de ene kolom naar de andere kolom zijn verschoven. Ik noem de onderwerpen beroepstermijnen en het vereiste van een voorprocedure voor de toegang tot de rechter. Voor dergelijke onderwerpen gold eerst het uitgangspunt van nationale procedurele autonomie, maar we zien het Hof schuiven naar effectieve rechtsbescherming.

Linksonder in mijn schema heb ik nog het secundair recht genoemd, want dat zet het hele systeem opzij. Als in het secundaire recht al regels vaststaan, wordt er niet meer beoordeeld volgens een van de twee in het schema opgenomen lijnen en zien we een grote invloed van het Unierecht op het nationale recht. Ik noem hier het arrest *Varkens in Nood* en allerlei arresten over vreemdelingenrechtelijke richtlijnen. Dit is in ons preadvies verder uitgewerkt. Het is goed te weten dat deze ontwikkeling naast de tweedeling in het schema bestaat.

## Rob Widdershoven

Tot slot komen we toe aan het toelichten van de intensiteit van de evenredigheidstoets.



### Intensiteit evenredigheidstoets

- Volle rechtsmacht ogv 47 Hv: intensiteit bepaald door onderwerp besluit, procedurele waarborgen, inhoud geschil.
- Technisch-politieke discretie: terughoudende materiële toets, gecompenseerd door semi-procedurele toets op zorgvuldigheid en motivering.
  - Onderscheid tussen technische discretie (juist, betrouwbaar, consistent) en politieke (alle belangen in onderzoek betrokken; impact).
  - Negatief oordeel semi-procedurele evenredigheidstoetsing impliceert strijd met evenredigheid.
- Sancties: onder EU-recht eerder van 'strafrechtelijke aard' (verzegeling, intrekking).
  - Indringende toets op evenredigheid van ook niet-bestraffende sancties en van cumulatie van bestraffende en niet-bestraffende sancties.

Eigenlijk was de toetsing door de rechter de aanleiding tot het preadvies, dus we moesten vanuit het Unierecht iets over dit onderwerp zeggen. Misschien hadden mensen verwacht dat we op de drietrappstoets zouden ingaan, maar in de conclusie van Wattel en mij is eigenlijk alles wat het EU-recht zou kunnen toevoegen al te vinden. Wie hierover nog meer wil lezen, wijs ik graag op het afgelopen vrijdag verdedigde proefschrift van Melanie van Zanten.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Melanie van Zanten, *Indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2024.



Bij onze beschouwingen over de intensiteit van de toetsing gaat het in zekere zin om de vraag wat Nederland, bij de invulling van de glijdende intensiteitsschaal die in *Harderwijk* is geïntroduceerd, nog van Europa kan leren. Volgens *Harderwijk* is de intensiteit van de toetsing onder andere afhankelijk van de aard en de mate van de beleidsruimte, de met het besluit te dienen belangen en de betrokkenheid van fundamentele rechten. Wat van de EU te leren valt, is eigenlijk hetzelfde als wat in het verband van het EVRM van belang is. De intensiteit van de toetsing wordt beoordeeld via het – op artikel 47 Hv gebaseerde – beginsel van ‘volle rechtsmacht’: dat klinkt Belgischer dan de EVRM-norm *full jurisdiction*, maar het is wel dezelfde norm. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie is de indringendheid van rechterlijke toetsing op grond van dit beginsel afhankelijk van drie factoren, die ook gelden op grond van artikel 6 EVRM:

- het onderwerp van het besluit;
- procedurele waarborgen;
- de inhoud van het geschil.

Deze factoren pas ik toe op twee soorten besluiten; daarmee wordt het beeld iets concreter, hoewel het nog best wel vaag blijft. De eerste soort besluiten betreft besluiten bij het nemen waarvan politieke of technisch discretie wordt aangenomen. Zulke besluiten bestaan nog steeds; het bestuursrecht beweegt zich voor een deel op dat terrein. Het criterium ‘het onderwerp van het besluit’ laat in dat geval een relatief terughoudende toetsing aan evenredigheid toe, maar, aldus het Hof – overstappend naar het criterium ‘procedurele waarborgen’ – die terughoudendheid moet wel gecompenseerd worden een vrij strikte procedurele toetsing. Dit is dus een materieel terughoudende toetsing, gecombineerd met een procedureel indringende toetsing, een benadering die in de rechtspraak van het Hof van Justitie zowel bij individuele besluiten als bij algemeen verbindende voorschriften wordt toegepast. Dit systeem kennen we op zichzelf in Nederland ook. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak heeft procedurele toetsing vaak vooropgestaan, ook al is dat sinds *Harderwijk* wel een beetje anders.

Van Europa kunnen we misschien twee dingen leren. Ik kom dan eerst te spreken over de semiprocedurele toetsing aan zorgvuldigheid en motivering. Ons zorgvuldigheidsbeginsel dreigen wij met verwijzing naar artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht nogal generiek in te vullen. In Europees verband wordt bij de zorgvuldigheid meer onderscheid gemaakt tussen (1) de zorgvuldigheid van deskundige, specialistische keuzes en (2) de zorgvuldigheid bij discretie in politieke zin. De keuzes als bedoeld onder 1 worden getest op juistheid, betrouwbaarheid en consistentie, terwijl het bij de keuzes als bedoeld onder 2 vooral gaat om de vraag of alle belangen bij de beslissing zijn betrokken. Zijn alle betrokken groepen/particulieren gehoord, is de impact van een besluit op betrokkene in de beoordeling meegenomen? Op deze manier kan de zorgvuldigheidstoetsing beter worden gespecificeerd en worden zaken minder algemeen afgedaan.

Het tweede leerpunt is al eerder aan de orde geweest: wanneer in Europees verband een besluit onevenredig wordt geacht om formele redenen – onvoldoende zorgvuldig onderzoek naar de evenredigheid, onvoldoende motivering in het licht ervan – wordt niet een strijdigheid met het zorgvuldigheid- of het motiveringsbeginsel geconstateerd, maar is de conclusie dat het besluit in strijd is met het

evenredigheidsbeginsel. Een niet goed gemotiveerd of onzorgvuldig voorbereid besluit uit het oogpunt van evenredigheid is immers in strijd met het evenredigheidsbeginsel en niet alleen met zorgvuldigheid et cetera. Die lijn zouden we in Nederland ook eens wat vaker kunnen volgen. Een beoordeling inhoudende dat een genomen besluit niet goed gemotiveerd is, nodigt het bestuur eigenlijk uit hetzelfde besluit nogmaals te nemen, maar dan met een wat betere motivering. Dat zal soms ook de bedoeling zijn, het zal soms ook kunnen, maar het is beter, te zeggen: zoals het besluit nu is, is het onevenredig. Dat nodigt het bestuur juist wél uit tot heroverweging. Bovendien is z'n vernietiging duidelijker in de communicatie naar de buitenwereld die van vernietigingen op grond van zorgvuldigheid vaak maar weinig snapt.

Tot slot nog een paar opmerkingen over bestuurlijke sancties. Vanwege het eerste criterium 'het onderwerp van het besluit', moeten deze sancties vaak indringender door de rechter worden getoetst. Daarbij hanteert het Hof van Justitie het begrip 'bestuurlijke sancties van strafrechtelijke aard', dat overeenkomt met het begrip *criminal charge* uit de EVRM-rechtspraak. Het past ook voor de kwalificatie als 'bestraffend' ongeveer dezelfde criteria toe als het EHRM, maar komt wel tot uitspraken die afwijken van hoe wij er in Nederland over denken. Zo is de verzegeling door het Hof van Justitie aangemerkt als een bestraffende sanctie, terwijl deze in de Awb wordt gezien als de uitvoering van bestuursdwang, dus een herstelsanctie. Als deze lijn wordt doorgezet, zal het grote invloed hebben. Waarborgen als *nemo tenetur*, evenredigheid en *ne bis in idem* zouden dan immers gaan gelden voor verzegelingen. Hetzelfde zou kunnen gebeuren bij een intrekking van een vergunning. In de nationale rechtspraak wordt de intrekking sinds 2015 vrijwel nooit als bestraffend aangemerkt. In het Europese recht wordt nagegaan of de intrekking plaatsvindt vanwege omstandigheden die niet met de verlening van een vergunning te maken hebben én of deze plaatsvindt voor bepaalde of onbepaalde tijd is. Als de intrekking plaatsvindt om redenen die niet te maken hebben met de verlening en/of voor onbepaald tijd, dan wordt de intrekking als 'bestraffend' aangemerkt. Dat is toch een beetje anders dan wij het doen! Als deze jurisprudentie zich voortzet, kan dat grote invloed hebben.

Er is verder op EU-niveau een tendens om ook sancties van niet-strafrechtelijke aard indringend op evenredigheid te toetsen. Ook bij niet-strafrechtelijke aard moet de toetsing derhalve serieus zijn. In dit verband wil ik er nog op wijzen dat ook de combinatie van een bestraffende en niet-bestraffende sanctie volgens het Hof op evenredigheid moeten worden getoetst. Dan wordt niet het *ne bis in idem*-beginsel toegepast, maar wel een algemene norm van evenredigheid. Misschien moeten wij in Nederland ook daar nog eens goed naar kijken. Wij hebben die norm als zodanig niet, maar hij zou misschien moeten worden geïntroduceerd.



## Jasper Krommendijk<sup>24</sup>

Mij is gevraagd een recensie bij dit mooie preadvies te schrijven, en dat heb ik gedaan. Dat was geen gemakkelijke klus, waarbij drie elementen van belang zijn. Het preadvies is in de eerste plaats enorm gedegen en zeer diepgaand. Het is bijna intimiderend hoeveel kennis op de lezer afkomt! In de tweede plaats hebben de schrijvers een zeer lezenswaardig en toegankelijk stuk geproduceerd. De Awb-mensen in de zaal komen aan hun trekken, maar ook Unierechtelijke puristen en wat meer algemeen geïnteresseerde juristen zoals ik, zeker ook omdat de bevindingen en stellingen zeer helder zijn opgeschreven. Het schrijven van de recensie bleek verder nog ingewikkeld doordat ik het volledig met alle betrokken stellingen eens ben. Ik had hier kunnen stoppen.

Mijn recensie heb ik echter gebruikt om wat aanvullende perspectieven te schetsen. De preadviseurs kijken vooral vanuit het Unierecht naar het Nederlandse bestuursrecht. In mijn recensie ga ik de andere kant op en kijk ik vanuit het Nederlandse bestuursrecht naar het Unierecht. Welke lessen kan het Unierecht trekken uit de Nederlandse discussies over maatwerk en burgerperspectief, volgend op de toeslagenaffaire?

Twee korte opmerkingen voordat ik op deze vraag nader inga. Het toenemend belang van het Handvest onderschrijf ik volledig. Zoals Widdershoven al opmerkte, gaan we daarover binnenkort bij de NJV van gedachten wisselen. Ook ik wil even reclame maken voor het mooie preadvies van Hanna Sevenster, ‘Heeft de keizer nieuwe kleren?’, en voor degenen die echt meer over dat Handvest willen weten: Janneke Gerards heeft een mooie *crash course* geschreven. Een tweede opmerking behelst een aanvullende gedachte die ik in mijn recensie uitgebreider heb uitgewerkt. Rechtsontwikkeling is mensenwerk, zeker in het Unierechtelijke bestuursrecht en de processen die in het preadvies worden beschreven. Individuen – rechters, advocaten – hebben hun stempel op die ontwikkeling gedrukt.

Als ik dan nu inga op de lessen vanuit Nederland voor het Unierecht, begin ik bij de door mij onderschreven stelling dat in het Unierechtelijke bestuursrecht, anders dan in het Nederlandse bestuursrecht naar aanleiding van de toeslagenaffaire, geen fundamentele heroriëntatie heeft plaatsgevonden. De stelling wordt ook in de Europeesrechtelijke literatuur onderschreven. De afwezigheid van een heroriëntatie is best opmerkelijk als je in aanmerking neemt wat het Unierecht anno nu op allerlei terreinen regelt. We kunnen hier denken aan het toezicht op banken, aan persoonsgegevens – de Algemene verordening gegevensbescherming –, aan recent nog de DSA/DMA<sup>25</sup> en aan de AI-Act op het terrein van kunstmatige intelligentie. Ik heb het dan nog niet eens over het uitdijende EU-acquis, dat het nationale bestuursrecht raakt; de preadviseurs besteden er veel aandacht aan.

Dit alles roept de vraag op hoe het komt dat de fundamentele discussie in EU-verband niet is gevoerd. Een mogelijke verklaring ligt in de omstandigheid dat de EU verder afstaat van de gewone burgers, zoals het uitblijven van gedachtewisselingen over de aanstaande Europese parlementsverkiezingen nu ook weer laat zien.

<sup>24</sup> Heeft het preadvies gerecenseerd in het NTB.

<sup>25</sup> Digital Services Act/Digital Markets Act.

EU-beleid raakt vooral banken, bedrijven en migranten. De discussie die er dan nog wel in de literatuur is, belicht juist de andere kant van de zaak, namelijk dat het Unierecht in rechtsbeschermingstendensen misschien soms wel te ver gaat. In mijn recensie ga ik in op een interessant en goed geschreven artikel van Joana Mendes.<sup>26</sup> Zij beschrijft hoe in de jaren tachtig het Hof van Justitie op basis van het EVRM en gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten allerlei rechtsbeginselen zonder een verdragsrechtelijke basis heeft geïdentificeerd. Ook de preadviseurs hebben die ontwikkeling geschetst. Er wordt nu in dit verband naar een legitimiteitsbasis gevraagd. Men betoogt, zouden we kunnen zeggen, dat het Unierecht een te grote broek aantrekt, in plaats van dat er veel kritiek is op het uitblijven van een beter burgerperspectief. Joana Mendes wijst in haar artikel op een ontwikkeling die door een aantal individuen in gang is gezet. Zij noemt Pescatore, een rechter bij het Hof van Justitie, maar ook academici zoals Schwarze hebben een belangrijke rol gespeeld.

Zoals gezegd: de fundamentele discussie is uitgebleven. In mijn recensie betoog ik, geïnspireerd door het preadvies, dat er voor het Unierechtelijke bestuursrecht geen enkele reden is om achterover te leunen. Ik bespreek in dat verband de situatie rondom de bewaking aan de Europese grenzen. De uitvoerder van die bewaking is het Europees Grens- en kustwachtagentschap Frontex. Als je deze uitvoerings-situatie met een toeslagenaffairebril en aan de hand van onze drie staatsmachten bekijkt, blijkt kritiek in de lijn te liggen. Kritisch zijn niet alleen *non-gouvernementele organisaties* (ngo's), maar ook de Ombudsman en het Europees bureau voor fraudebestrijding OLAF. OLAF constateerde eind 2021 dat er sprake was van 'serious misbehaviour', waaronder het verbergen van bewijs en intimidatie van klokkenluiders in verband met *pushbacks*. Ook de EU-wetgever, zoals recentelijk nog met het nieuwe pact, opteert voor een vrij restrictief migratiebeleid, vergelijkbaar met het fraudewetgevingsbeleid in Nederland van jaren geleden.

Hoe zit het dan met de derde macht, de rechterlijke macht, het Hof van Justitie? Terecht wijzen de preadviseurs erop dat op het gebied van het asiel- en vreemdelingenrecht het Hof grondrechten hoog in het vaandel heeft staan. Daar doe ik niets aan af, maar ik maak wel een aantekening bij de procesrechtelijke context en de toegang tot het Hof. Allerlei mooie zaken komen tot het Hof als gevolg van prejudiciële vragen van nationale rechters, maar de directe toegang, om het handelen van de EU zelf aan de kaak te stellen – bijvoorbeeld het handelen van Frontex –, is veel moeizamer. De afgelopen maanden zijn er enige zaken bij het Gerecht gestrand, met name op procesrechtelijke gronden. Hier zou inspiratie vanuit Nederland kunnen komen. Als het om toegang tot de rechter en ontvankelijkheidsvoorwaarden gaat – wij Unierechtjuristen spreken van *locus standi*, denk aan Plaumann –, is het heel lastig rechtstreeks toegang tot het Hof te krijgen. Ik wijs op de figuren *interventie* en *amicus curiae*: dergelijke ontwikkelingen kunnen vanuit Nederland het Unierecht inspireren.

In mijn recensie ga ik ook nog kort in op het verschil in toetsingsintensiteit. Hier komt eigenlijk mijn enige puntje van kritiek op het enorm uitgebreide preadvies om

---

26 J. Mendes, 'The Foundations of EU Administrative Law as a Scholarly Field: Functional Comparison, Normativism and Integration', *European Constitutional Review* 2022, nr. 4, p. 706-736, p. 709.

de hoek kijken. In het laatste hoofdstuk gaat het om de vraag wie nu de toetsende rechter is, het Hof van Justitie of de nationale rechter. Dat hoofdstuk maakt niet een heel duidelijk onderscheid tussen de toetsende rechters, terwijl er naar mijn indruk qua toetsingsintensiteit toch wel een duidelijk verschil is. Hier is nader academisch onderzoek wenselijk. Het Hof van Justitie legt zichzelf mijns inziens als het om EU-recht en -beleid gaat een veel beperktere toetsingsintensiteit op dan de nationale rechter bij toetsing van nationaal beleid en nationale wetgeving. Ik herinner in dit verband aan wat Maartje Verhoeven zojuist heeft gezegd over de terugtred van de nationale procedurele autonomie.

Een interessante illustratie van deze geringere toetsingsintensiteit vinden we in een uitspraak van het Hof van Justitie<sup>27</sup> naar aanleiding van vragen van onze Afdeling bestuursrechtspraak in een zaak onder de naam WU. In die zaak ging het over minimumnormen voor het gezichtsvermogen ten behoeve van de afgifte van een rijbewijs door het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR). De toepasselijke Europese richtlijn schrijft voor dat vrachtwagenchauffeurs een bepaald minimumgezichtsvermogen moeten hebben. De betrokken chauffeur voldeed niet aan de minimumnorm vanwege een oogaandoening, maar was wel rijgeschikt bevonden en had al jaren schadevrij gereden. De Afdeling vroeg zich af of zij met deze bijzondere omstandigheid rekening kon houden. Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend. Eenvormige uitleg van het Unierecht, aldus het Hof, is belangrijk, zodat van de minimumnormen niet mag worden afgeweken. Het Hof kende een groter gewicht toe aan de keuze die de Uniewetgever had gedaan op basis van een afweging tussen verkeersveiligheid en andere, ook in het Handvest genoemde, belangen. Hier was dus geen ruimte voor een evenredigheidsafweging zoals we in het Nederlandse bestuursrecht steeds meer zien. Een groot vertrouwen in de Uniewetgever en weinig ruimte voor de rechter om te toetsen. Een interessante voetnoot hierbij is dat het Hof deze vraag vrij gemakkelijk afdeed in een formatie van drie rechters zonder dat een advocaat-generaal conclusie had genomen. Blijkbaar is de inhoud van de Nederlandse discussies over maatwerk en evenredigheid in Luxemburg nog niet helemaal doorgedrongen.

Ik heb betoogd dat er ook bij de Unie nog genoeg te leren is van Nederlandse discussies over evenredigheid en van Nederlandse procesrechtelijke procedures. Delen de preadviseurs deze stelling?

## **Rob Widdershoven**

Met de stelling 'Europa kan heus wel wat leren van Nederland' ben ik het eens. Inderdaad is het jammer dat discussies over maatwerk en het evenredigheidsbeginsel in Europees verband niet worden gevoerd. Een gegeven is natuurlijk wel dat de 27 lidstaten allemaal hun problemen op een ander moment hebben, waardoor dit soort discussies moeilijk van de grond komen.

Een goede kant van 'Europa' is, zo hebben we net gehoord, dat men allerlei beginselen heeft ontdekt door toedoen van academici en rechters. Dat klinkt mij

---

<sup>27</sup> ECLI:EU:C:2024:261.

natuurlijk als muziek in de oren! In Duitsland is iets soortgelijks gebeurd. Wij blijven in ons land steeds aanhikken tegen toetsing aan evenredigheid bij beperking van nationale grondrechten, maar de Duitse rechter in de gedaante van het Constitutioneel Hof heeft die toetsing in de jaren vijftig zelf bedacht, waarmee hij dan weer in 1960 de Europese rechter heeft beïnvloed. In de Duitse Grondwet was en is die toetsing niet opgenomen. Die rechters hebben gedacht: we gaan een beperking niet alleen aan formele legaliteit toetsen, maar ook materieel op evenredigheid. Gelukkig is ook Nederland zestig jaar later zo ver gekomen! We kunnen echter nog stappen zetten; ook hier verwijs ik graag naar het proefschrift van Van Zanten.

Jasper Krommendijk heeft gezegd dat het Hof van Justitie minder kritisch is bij de toetsing van EU-besluiten dan bij die van nationale besluiten, terwijl wij de indruk wekken dat er weinig verschil is. Hierin heeft hij wel een beetje gelijk, zij het dat wij gelijk behoren te krijgen! Daarmee bedoel ik het volgende. Toen de toetsingsintensiteit nog onder de procedurele autonomie viel, was het logisch twee verschillende maatstaven te hebben voor de toetsing van nationale en EU-besluiten. Nu toetsing van zowel EU- als nationale besluiten aan artikel 47 Hv moet voldoen, zou er geen verschil meer moeten zijn. Er is maar één artikel 47 Hv, en dat geldt zowel voor het Hof van Justitie (dat EU-besluiten toetst) als voor de nationale rechter (die nationale besluiten binnen de werkingssfeer van het Unierecht toetst). Ik weet trouwens dat er wel degelijk verschillen in toetsing te bespeuren zijn: er zijn méér voorbeelden. Zo is het Hof van Justitie 'gemakkelijker' voor het EU-recht als dat imperatieve oplegging van EU-boetes voorschrijft dan voor lidstaten die datzelfde doen. Dat klopte al niet en helemaal niet meer, nu die toetsing in algemene zin op artikel 47 Hv is gebaseerd.

In de uitspraak van het Hof van Justitie die Jasper Krommendijk heeft genoemd, moet maatwerk het inderdaad afleggen tegen uniformiteit. Dat is inderdaad een harde uitspraak, maar wat ik dan wel prettig vind is dat het Hof de beslissing voor eigen rekening neemt. Het stemt in met het standpunt van de EU-wetgever dat uniforme toepassing van de richtlijn in kwestie in 27 landen prevaleert boven een afweging in een individueel geval in al die landen. Die redenering is in mijn ogen beter dan de Nederlandse lijn, die erop neerkomt dat de rechter zegt: omdat de wetgever de aangevoerde omstandigheden heeft verdisconteerd, mag ik de wet niet toetsen. Ik zie graag instanties die de verantwoordelijkheid voor hun keuze nemen, en dat is wat het Hof hier doet. Dat de uitkomst negatief is voor de burger, is jammer, maar het is niet anders: rechters zullen niet altijd tot een uitkomst komen die je graag ziet.

Het EU-recht kan aan de toepassing van bepaalde mooie regels in de Awb in de weg staan, dat wil natuurlijk niet zeggen dat we die mooie regels niet in de Awb moeten stellen. In de discussie over het nieuw voorgestelde artikel 3:4, tweede lid, wordt soms gesteld dat die bepaling moet worden afgewezen, omdat EU-verordeningen aan de toepassing ervan in de weg kunnen staan. Dat laatste kan inderdaad het geval zijn, en in dat geval moet artikel 3:4, tweede lid, Awb (nieuw) buiten toepassing worden gelaten. Het feit dat de EU af en toe een bepaalde Awb-regel niet toestaat, wil echter niet zeggen dat je die regel niet kan codificeren voor nationale situaties. Bij het vertrouwensbeginsel geldt iets soortgelijks. Dit is voor subsidies gecodificeerd en van die codificatie is niet afgezien omdat het EU-recht soms aan toepassing van het beginsel in de weg staat. Dat de EU af en toe aan toepassing

van een Awb-regel in de weg staat, wil niet zeggen dat die regel in louter nationale situaties niet zou kunnen worden voorgeschreven.

### **Maartje Verhoeven**

Met de stellingen van Jasper Krommendijk ben ik het wel eens. Opvallend is inderdaad dat de discussie over burgervriendelijker en toegankelijker recht die we in Nederland hebben, in Unieverband ontbreekt. Ik denk in dit verband ook aan de rechterlijke dialoog die in het tweede preadvies aan de orde is. Die dialoog is er niet als het om besluiten gaat waarmee men direct bij het Gerecht in eerste aanleg terecht kan.

# Uitreiking VAR-scriptieprijs

## Willemien den Ouden, voorzitter van de jury, draagt het juryrapport voor

Haastige spoed is zelden goed, zo luidt een bekend Nederlands spreekwoord. Dat schoot in mijn hoofd toen het VAR-bestuur in maart een jury aanzocht voor de scriptieprijs van 2024 die al op 24 mei moest worden uitgereikt. Maar toen ik hoorde wie de medejuryleden waren, was ik direct gerustgesteld. Dat waren namelijk Lukas van den Berge, werkzaam aan de Universiteit van Utrecht en Eline van Slijpe, werkzaam bij de gemeente Amsterdam. We zouden worden bijgestaan door Hendrik Herweijer, de onvolprezen secretaris van het VAR-bestuur. Denkend aan dit gezelschap kwam bij mij een heel ander spreekwoord op, namelijk: actie in de taxi! En die gedachte bleek juist. Binnen no time ging er een berichtje uit dat scripties konden worden aangeleverd bij het VAR-secretariaat. Niet veel later was er een digitale omgeving ingericht waarin de achttien scripties die werden voorgedragen in volledig geanonimiseerde vorm konden worden gelezen. Maar voordat we daarmee konden beginnen, moesten we als juryleden eerst een aanpak bespreken. Daarvoor pakten wij natuurlijk het VAR-scriptiereglement erbij.

Dat bood, zacht gezegd, weinig houvast. Er staat slechts in dat de jury de scriptieprijs toekent aan de auteur van een masterscriptie die 'naar het oordeel van de jury een waardevolle bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht of anderszins voor het bestuursrecht van waarde is'. Ook is geregeld dat als er geen geschikte scriptie wordt ingezonden, de jury de prijs gewoon niet uitreikt.

Ik mag best een beetje kritisch zijn op dit reglement omdat ik zelf medeverantwoordelijk ben geweest voor de vaststelling ervan. Het leek mij toentertijd als lid van het VAR-bestuur een fijne basis om aan het werk te gaan: lekker veel beleidsruimte. Maar als jurylid ervaar je transparant en objectief invullen van het open criterium 'een waardevolle bijdrage' best als een uitdaging.

Toch kwam de jury er al snel op uit dat we drie dingen belangrijk vonden. De winnende scriptie moest in de eerste plaats natuurlijk navolgbaar en mooi zijn geschreven. Een heldere structuur en fraai taalgebruik waren dus vereisten. Academische diepgang en breedte vormden het tweede criterium. Ten slotte, zo besloten wij, gold als criterium dat je door de winnende scriptie moet worden 'verlicht'. Daarover hebben we even doorgesproken: is dat wel een objectief en transparant criterium? Alle juryleden konden zich er evenwel direct iets bij voorstellen. En nu uit vaste jurisprudentie blijkt dat rapporten van juryleden nu eenmaal altijd een zeker subjectief element bevatten, besloten we met dit lijstje op weg te gaan.

En wat een rijkdom kwamen wij tegen in de digitale omgeving van Hendrik Herweijer! Over iedere scriptie is een rapportje geschreven en in al die rapportjes kwam in een of andere bewoording terug dat het om heel knap werk ging. Er waren

scripties bij over uiterst actuele thema's, zoals die over de menselijke maat in het wetgevingsbeleid, de scriptie over de grenzen van maatwerk en die over de versterking van de toegang tot het recht door het wijzigen van de artikelen 6:7 en 6:11 van de Awb. Er waren ook scripties over klassieke onderwerpen, zoals die over een algemene intrekkingregeling voor besluiten in de Awb, en er waren scripties over veel specifiekere onderwerpen, zoals het voorkómen van bezwaarschriften bij de sociale dienst en de al dan niet bestraffende herstelsancties in de Opiumwet en de Participatiewet. Stuk voor stuk lezenswaardige, inspirerende betogen waarvan je je nauwelijks kunt voorstellen dat zij geschreven zijn door studenten in het kader van hun masterscriptie. De jury hoopt van harte dat al deze auteurs zullen worden uitgenodigd om lid te worden van de VAR, want zij zullen allen van toegevoegde waarde zijn bij de bestuurlijke debatten van de toekomst, zo hebben zij nu al laten zien.

Maar, hoe flexibel het reglement ook is, er kan maar één winnaar worden aangeezen. Dat dit in dit geval niet eenvoudig was, mag blijken uit wat ik zojuist heb gezegd, en ook uit het feit dat de jury een tussenstap heeft ingelast om te kiezen uit de drie scripties die zij in eerste instantie had geselecteerd als potentiële winnaars. Het was lastig kiezen. Deze scripties hebben wij daarom nogmaals gelezen en individueel in een rangorde gezet. Door de rangordes met elkaar te vergelijken bleek dat twee van de scripties eindigden op een gedeelde tweede plaats.

In alfabetische volgorde gaat het ten eerste om de scriptie van Matthijs van der Beek. Hij deed rechtsvergelijkend onderzoek naar de overeenkomsten en verschillen inzake ambtshalve toepassing tussen het consumentenrecht en Europese grondrechten. Hij komt tot de conclusie dat de ambtshalve toepassing van Unierecht in consumentenzaken aanleiding geeft om in het bestuursrecht ten aanzien van de Europese grondrechten een actievere houding aan te nemen. Hij geeft ook nog een voorzet voor hoe dat gerealiseerd kan worden én doet een voorstel voor nader onderzoek. Een heel interessante scriptie, die tot nadenken stemt, met een boodschap die op een gepassioneerde wijze is vastgelegd. In Leiden mag men trots zijn op Matthijs, want daar werd deze scriptie geschreven.

De tweede scriptie die op de gedeelde tweede plaats terecht kwam, is van Luna Berkedam en gaat over de theorie en praktijk van de omgevingsdiensten, een onderwerp dat in het bestuursrechtelijke debat relatief weinig aandacht krijgt, terwijl toch gemeenschappelijke regelingen een grote invloed hebben op de manier waarop bevoegdheden van gemeentelijke bestuursorganen worden uitgeoefend. Door een combinatie van literatuuronderzoek, sociaalwetenschappelijke theorie en interviews biedt de scriptie een mooi zicht op de problematiek van het samenwerken binnen gemeenschappelijke regelingen en in het bijzonder op de discrepantie tussen de juridische vorm en de politiek-bestuurlijke context. Een waardevolle bijdrage aan het Nederlandse bestuursrechtelijke debat, daar waar het debat nog te weinig tot stand is gekomen, aldus de jury. Deze scriptie is geschreven aan de Rijksuniversiteit van Groningen, dus daar mag men trots zijn op Luna!

Op basis van de rangschikkingen na tweede lezing werd duidelijk dat er één scriptie bovenaan eindigde en dat deze dus de VAR-scriptieprijs van 2024 verdient. Deze scriptie gaat over een klassiek onderwerp, namelijk over private partijen die een publieke taak uitoefenen en wat dat betekent voor de normering van hun handelen en de rechtsbescherming daartegen voor burgers. Het onderwerp ontstatelijking is

een veel besproken onderwerp en die discussie wordt in de scriptie ook scherp in beeld gebracht, maar er wordt door eigen onderzoek ook nieuwe kennis hierover gegenereerd. De auteur heeft aan de hand van onderzoek naar zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk vormgegeven coronasteunmaatregelen laten zien hoe groot het verschil in rechtsbescherming voor de ontvangers van die steun in de praktijk is. Zij heeft concrete suggesties gedaan voor de verbetering van de rechtsbescherming van burgers die met private entiteiten te maken krijgen, met name door te pleiten voor meer bevoegdheden voor de Nationale ombudsman. Zij plaatst haar betoog bovendien midden in het huidige debat over de responsieve overheid en de menselijke maat en agendeert op deze wijze een oud en bekend probleem vanuit een nieuw perspectief.

Redenen waarom de jury heeft besloten dat de VAR-scriptieprijs van 2024 gaat naar Yacintha Habicht, voor haar scriptie *De Nationale ombudsman en rechtsbeschermingsproblematiek rond ontstatelijking*, die zij schreef aan de Universiteit van Amsterdam.

[Applaus]

[De bekroonde komt naar voren en neemt de prijs in ontvangst.]

**Yacintha Habicht:** Dank aan de jury en aan het VAR-bestuur voor het mogelijk maken van deze prijs. Ook ben ik Jacobine van den Brink zeer erkentelijk voor haar begeleiding bij dit onderzoek.



# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Jerfi Uzman

Voorzitter: Josta Drewes

Verslaglegger: Kas de Goede

## Eerste deelsessie

**Josta Drewes** heet iedereen welkom en vraagt **Jerfi Uzman** of hij de sessie wil beginnen door terug te blikken op het algemene deel.

**Uzman** benadrukt, om te beginnen, dat zijn preadvies een vrij abstracte beschouwing is die de rechtspraktijk niet direct voorschrijft hoe de Awb uit moet worden gelegd. Het gaat meer om een ontwikkeling waarvan we nog niet weten waar het naartoe gaat. Het preadvies wilde aanvankelijk de vraag beantwoorden hoe de grondwetgever, en de politiek, die richting bepaalt. Aanhakend op de vraag van Van Emmerik van vanochtend: er zijn enerzijds ontwikkelingen rondom het erkennen van effectieve rechtsbescherming als grondrecht, de algemene bepaling, en mogelijkheden om de rechtsbescherming te versterken, kortom een verlangen naar versterking van de rechtsbescherming. Anderzijds zien we ook populistische politiek die de rechter terug in het hok duwt. Dat zou tot formalistische rechtspraak kunnen leiden.

**Joyce Esser** complimenteert Uzman met een heel mooi preadvies. Het is een van de weinige publicaties de afgelopen tien jaar die raken aan haar proefschrift. Ze stelt een vraag over het cultuurbegrip, en het onderscheid tussen een normatieve en feitelijke benadering dat Uzman aanbrengt. Dit heeft te maken met de eerdere discussie met Ingrid Leijten vanochtend. Toen sprak Uzman van een constitutionele cultuur als olietanker die langzaam van richting verandert. In het preadvies wordt opgemerkt dat zo'n cultuur normatief beschouwd kan worden, of feitelijk. Uiteindelijk wordt in het preadvies een derde weg gekozen: de constitutie als cultuur. Maar ontwijk je daarmee niet de vraag of je normatief of feitelijk bezig bent? Je komt wel degelijk ook tot aanbevelingen welke narratieven door moeten worden ontwikkeld. Doe je dat als externe observator, of omdat jij onderdeel bent van die cultuur? Als het dat laatste is, wat zegt dat over de rol van de kritische wetenschapper, is er een betere of slechtere constitutionele cultuur in het bestuursrecht? Waar haal je de normativiteit vandaan van waaruit je aanbevelingen doet?

**Uzman** geeft aan een normatieve benadering te hanteren. Hij ziet de constitutie als cultuur niet als derde weg of alternatief. Je kunt constitutionele cultuur

beschouwen als iets dat naast wetgeving en de Grondwet staat. Het idee van constitutie als cultuur is een manier om te kijken naar die cultuur. Het probleem dat we krijgen bij grondwettelijke normen die de verhouding rechter-wetgever bepalen, is dat de rechtspraak altijd andere dingen in normen leest dan er staat. De contralegemjurisprudentie is niet verklaarbaar als je artikel 120 Grondwet leest. Hoe verklaar je dat je zegt dat artikel 120 Gw niet zomaar een bepaling is met rechtsgevolg maar uitdrukking geeft aan een gedachte, dat is volgens hem een variant van naar de Grondwet kijken als cultuuruiting. Hij is bij de antropologie te rade gegaan om te kijken hoe je cultuur in kaart kan brengen. Het is echter lastig om vanuit een extern perspectief feitelijk de wereld van het staatsrecht te beschrijven, omdat onze discipline normatief is. Hij omschrijft zich als relatief klassieke jurist bij wie het recht altijd een normatief element bevat. Maar dat is iets anders dan puur normatief bezig zijn. In het beschrijven zit altijd een normatieve component. Je houdt bij het beschrijven altijd waarden in je achterhoofd. De Britse auteur David Feldman merkte ooit in een boekrecensie op dat juristen grofweg kunnen worden ingedeeld in twee groepen: diegenen die het recht toch vooral als product van de (grond)wetgever zien, en diegenen die sceptisch zijn over de wetgever als juridisch instituut en het recht voorafvinden gaan aan wetgever en wetgeving. Uzman identificeert zichzelf wat meer met de tweede benadering, waarbij het geschreven en ongeschreven recht altijd moet worden geanalyseerd vanuit de uitgangspunten van het systeem. Samengevat kiest hij voor een normatieve benadering, waarin wel degelijk betere en slechtere keuzes te maken zijn. Waar je dat vandaan haalt, is de vervolgvraag: uit de beginselen van de democratische rechtsstaat.

**Roel de Lange** vraagt aandacht voor het perspectief van de juridisering van het staats- en bestuursrecht. Waar vroeger ook weleens meer vanuit de politiek werd geredeneerd, zijn deze disciplines nu juridischer geworden, zowel in binnen- als buitenland. Hij waarschuwt tegen het idee dat toetsing van wetten en de invoering van een constitutioneel hof als het sluitstuk van dit juridiseringsproces wordt beschouwd. Buitenlandse voorbeelden leren dat met name zo'n hof kan worden gebruikt om de doorwerking van internationaal recht te frustreren. Hij benadrukt dat de openheid voor doorwerking van internationaal recht en nieuwsgierigheid om te leren van buitenlandse voorbeelden tot nu toe onderdeel is geweest van de Nederlandse rechtsorde maar dat dit niet zo hoeft te blijven. Een constitutioneel hof kan ons die kant op sturen; hij is om die reden geen voorstander van zo'n hof.

**Arjo van Eijnsden**, raadsheer in de Hoge Raad, merkt aansluitend op De Lange op dat de Hoge Raad, en andere rechters, al constitutionele rechters zijn. Zij toetsen immers aan verdragen, Unierecht en de Grondwet. Hij wil benadrukken dat lagere regels vaak worden getoetst aan de Grondwet. Rechters kunnen hier goed mee uit de voeten en hebben al veel middelen, van beginselconforme interpretatie tot toetsen aan het vertrouwensbeginsel. Hij vraagt zich af welk probleem hier nou eigenlijk wordt opgelost. Formele wetgeving mag niet worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, maar ook daar wordt nu aan gewerkt. Welk probleem hebben we dan nog? We hebben al constitutionele toetsing door constitutionele rechters.

**Uzman** behandelt de vragen in omgekeerde volgorde. Hij spreekt uit blij te zijn dat een raadsheer van de Hoge Raad erkent dat deze een constitutionele rechter is. Hij is het daar al jaren van harte mee eens. Maar niet alle leden van Hoge Raad en parket zagen dat in het verleden zo. In die zin juicht Uzman dit 'voortschrijdend inzicht' van harte toe. Toch denkt hij niet dat de huidige toetsingspraktijk aan Europees recht en Grondwet volstrekt bevredigend is. Hij denkt dat er nog wel punten zijn waar winst is te behalen. Op het gebied van EVRM-toetsing bijvoorbeeld, volgt de Hoge Raad het zogenoemde spiegelbeginsel waarbij de jurisprudentie van het EHRM strikt leidend is. Uitleg van constitutionele waarden is in Nederland dus vooral: inschatten wat Straatsburg ervan zou vinden. Dat doet de Hoge Raad verdienstelijk, maar er zijn volgens Uzman zeker terreinen waar we zouden willen dat de nationale rechter de leiding neemt bij de rechtsontwikkeling. Dat wil het EHRM zelf ook. Of dat door de Hoge Raad of een constitutioneel hof gebeurt, is daarbij voor hem een secundaire discussie. Toch ziet hij voor zo'n constitutioneel hof wel meerwaarde, bijvoorbeeld omdat het huidige, versnipperde stelsel van constitutionele toetsing tot onduidelijkheden leidt. Als illustratie noemt hij in dat verband de rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving. De discussie over een constitutioneel hof kan wel momentum bieden, om na te denken over constitutioneel procesrecht dat bij toetsing hoort. Hij verwijst naar zijn eigen oratie en het aankomende proefschrift van Max Vetzo over deze kwestie.

Terugkomend op de vraag van De Lange erkent **Uzman** dat aan zo'n hof ook nadelen kunnen zijn verbonden. Hij merkt op dat de waarschuwing van De Lange een scherpzinnige is, maar tekent daarbij aan dat constitutionele hoven niet noodzakelijk zijn voor het dichttimmeren van de rechtsorde. Dat kan ook via de gewone rechtspraak, en via de wetgever. Weliswaar zijn constitutionele hoven in dat verband kwetsbaar voor *capture*, maar daarbij geldt dat de constitutionele cultuur, verwijzend naar het preadvies, essentieel is. Hij benadrukt bovendien dat buitenlandse voorbeelden weliswaar relevant zijn, maar niet altijd goed vergelijkbaar zijn met Nederland, juist vanwege die constitutionele cultuur. Hij waarschuwt in dat verband dat we het kind niet met het badwater weg moeten gooien. We zouden ons er niet door moeten laten weerhouden om constitutionele innovaties te ondernemen omdat het in Polen of Hongarije fout is gegaan.

**Ingrid Leijten** herkent het gevaar dat De Lange signaleert en werkt zelf aan een stukje voor een breder publiek met de pakkende werktitel 'waarom zelfs het voorstel voor constitutionele toetsing in dit akkoord geen goed idee is'. Ze ziet net als Uzman geen fundamentele bezwaar tegen een constitutioneel hof of constitutionele toetsing. Wat je echter ziet in dit akkoord is dat er een hof moet komen, één dubieus zinnetje over hoe daar invulling aan wordt gegeven, en verder een uitgebreide zin dat het parlement meer invloed moet hebben op de goedkeuring en uitvoering van verdragen, met ruimte voor expliciete toetsing aan de Grondwet. Ze ziet hier een verschuiving van de focus naar de Grondwet, waarbij parlement en hof mogelijk meer grip krijgen op verdragen. Dit is misschien een bezorgde lezing, maar daarin zie je die ontwikkeling wel terug. Als het gaat over het bij de tijd brengen van het constitutionele bestel is ze het ermee eens dat we niet moeten

denken dat we door schrapping van artikel 120 alles hebben opgelost, dat we dan de moderne constitutionele cultuur te pakken hebben.

**Marleen van Dalen** wil als raadsheer bij de Centrale Raad van Beroep even terugkomen op de veronderstelling dat een constitutioneel hof, als wetgeving buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met hoger recht, een beter antwoord kan geven op de vraag wat er nu moet gebeuren. Het is bij de CRvB wel een aantal keer gebeurd dat die wetgeving buiten toepassing werd gelaten. Afhankelijk van de norm kan de rechter dat soms zelf oplossen, op andere momenten gaat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om hier iets van te vinden. Waarom is dat anders of beter bij een constitutioneel hof? Heb je niet nog steeds het verschil in taak tussen de politiek en de rechter? De rechter moet de toepassing van het recht waarborgen en biedt rechtsbescherming, maar de voorvraag wat het inhoudelijke recht is, dat is niet aan de rechter.

**Uzman** erkent dat ook zo'n hof tegen soortgelijke vragen zal oplopen. Volgens hem zit de meerwaarde minder in het hof zelf, dan wel – indirect – in het nadenken daarover. Als je dat hof opricht, zul je regels moeten maken over de positie van dat hof. Dat kan bij instellingswet of door een grondwetswijziging, maar er komt discussie over. Je zult bijvoorbeeld de rechtsgevolgen ergens moeten regelen. Het wordt duidelijk in hoeverre andere rechters gebonden zijn en in hoeverre de wetgever is gebonden aan die oordelen. Als voorbeeld verwijst hij naar de avondklokzaak ten tijde van de coronapandemie. De civiele rechter in lagere instantie verklaarde het besluit waarbij de avondklok werd ingevoerd onverbindend. Er was vervolgens, ook onder de experts, nogal wat onduidelijkheid over de vraag wat daarvan nu precies de gevolgen waren. Dat moeten we verbeteren. Dat hoeft niet per se met een constitutioneel hof, maar als we dat hof instellen, is het onvermijdelijk dat dat gebeurt.

**Lukas van den Berge** merkt op dat uit dit antwoord, en uit het preadvies, blijkt dat Uzman het gezeur vindt om verschil te maken tussen buiten toepassing laten en onverbindend verklaren. Zelf acht Van den Berge buiten toepassing laten van de wet niet in strijd met artikel 120 Gw, omdat je in dat geval niet toetst, je zegt wat in een concreet geval recht inhoudt. De wetgever is voor het algemene aspect van het recht, de rechter bepaalt wat in een bepaald geval rechtens is. Hij oppert om dit conceptuele onderscheid wel te maken, ook omdat het een prachtige manier is om de taken van de rechter en de wetgever – die nooit helemaal uit elkaar kunnen worden gehouden – relatief van elkaar af te bakenen. Over het coronavoorbeeld merkt hij op dat het ging om een onverbindendverklaring. Als de rechter de regel in dat specifieke geval buiten toepassing zou laten weten we wat het rechtsgevolg is: de regel gaat niet op in dat geval. Verder is er geen rechtsgevolg, hooguit precedentwerking.

**Drewes** vraagt Uzman of hij dit onderscheid echt gezeur vindt.

**Uzman** zegt het onderscheid tussen buiten toepassing laten en onverbindend verklaren heel serieus te nemen maar dat met de rigide manier waarop dat onderscheid nu is vormgegeven, de verkeerde weg is ingeslagen. Hij is het er dan ook

niet mee eens dat in het genoemde voorbeeld, het probleem van de rechtsgevolgen zich niet voordoet. Het is een fictie om te zeggen dat als de rechter een regel buiten toepassing laat dit geen gevolgen heeft voor de rest van het recht. Het heeft niet altijd enorme effecten, er zijn klassieke individuele gevallen, maar we weten uit de rechtspraktijk dat het veel ingewikkelder is. Wat betreft de meer conceptuele vraag in hoeverre we hier onderscheid tussen moeten maken stelt hij dat de Hoge Raad ook het buiten toepassing laten als zodanig in strijd acht met artikel 120 Gw. Alleen als het gaat om niet verdisconteerde omstandigheden laat de Hoge Raad ruimte voor buiten toepassing laten. In die gevallen zegt de Hoge Raad dat de wet, als je er redelijk naar kijkt, hier niet voor is bedoeld. Als de wetgever dit had geweten had hij dit niet gedaan. Dat is volgens Uzman echter interpretatie van de wet: het vaststellen van het toepassingsbereik van de wet. De grondslag daarvoor is dan het interpretatieve mandaat van de rechter. Als je dit omdraait, als men dus als rechter zou zeggen dat iets wél de bedoeling is van de wetgever maar het vervolgens toch niet doet, dan acht je de regeling in de ogen van Uzman in dat concrete geval onverbindend. Alleen als een rechtsregel (in dat concrete geval) onverbindend is, kan de rechter deze buiten toepassing laten. Een fundamenteel verschil tussen buiten toepassing laten en onverbindendheid ziet hij dus niet. Het is in hoge mate een labeldiscussie, maar het heeft wel gevolgen.

**Van den Berge** blijft erbij dat de rechter zich bij het buiten toepassing laten van de regel niet op het terrein bevindt van de algemene regelgeving. Uzman vraagt zich af waarom we in dat geval artikel 94 Grondwet nog nodig hebben, als de rechter sowieso buiten toepassing mag laten.

**Van Dalen** voegt toe dat in de praktijk buiten toepassing laten via doorbraak-jurisprudentie vaak betrekking heeft op handelingen van bestuursorganen. Onverbindend verklaren gebeurt eerder wegens strijd met een direct werkende verdragsbepaling, maar dat vlieg je aan via rechtstreekse toetsing.

**Uzman** stelt dat een onverbindendverklaring volgens de huidige leer inhoudt dat een regeling geen rechtmatige toepassingen heeft. Buiten toepassing laten betekent dat deze specifieke toepassing niet is toegestaan. Maar ook dit kan verstrekkende consequenties hebben.

**Hans Gribnau** heeft een theoretischere opmerking soortgelijk als die van Van den Berge. Hij verwijst naar de *Doorbraak*-arresten, waarin de Hoge Raad zei dat het constitutioneel gebruik is dat de staatssecretaris de ruimte neemt om af te wijken ten behoeve van de doelmatige uitvoering. Als de staatssecretaris beleidsregels maakt die vertrouwen wekken, of een toezegging doet, dan kan je de wet buiten toepassing laten.

**Uzman** onderschrijft dat. Bij de *Doorbraak*-arresten kon je nog zeggen dat de regel buiten toepassing werd gelaten op grond van een externe factor. Dit lag niet in de regel zelf maar in het vertrouwensbeginsel. Maar het leerstuk van de niet verdisconteerde omstandigheden heeft zich ontwikkeld tot defecten die de regeling zelf

raken. Dat zie je bijvoorbeeld in het *Bosentan*-arrest van de Hoge Raad. In die zaak zat het defect in de regeling zelf.

**Gert-Jan Geertjes** heeft een vraag over constitutionele hoffelijkheid en of dit descriptief of meer normatief is bedoeld. Is het geen wensdenken?

**Uzman** geeft het klassieke juristenantwoord: ja en nee. Er zit wensdenken in, maar het is meer dan dat. Het gaat er voornamelijk om dat de manier waarop wij machtscheiding begrijpen niet overal hetzelfde is, en dat het in de Nederlandse context in hoge mate op samenwerkende machten is gericht. Concepten die we vroeger zagen als volgend uit machtscheiding of democratie kunnen we beter begrijpen als vormen van hoffelijkheid. Wetgever en rechter gaan met respect met elkaar om. De wetgever luistert vaak, ook al duurt het soms lang. Dus wel in zekere mate descriptief.

**Jan-Reinier van Angeren** stelt een vraag over het spiegelbeginsel. Hij vraagt zich af of de houding van de Nederlandse rechter om niet verder te gaan in uitleg van het EVRM dan het EHRM niet voortvloeit uit artikel 120 maar meer te maken heeft met cultuur. Hij werpt tevens de vraag op of een constitutioneel hof aan die cultuur een einde kan maken.

**Uzman** ziet hierin een kip-eiprobleem. Hij denkt dat het zowel met artikel 120 Gw als met de cultuur te maken heeft. De constitutionele cultuur van terughoudendheid komt volgens hem voor een belangrijk deel voort uit artikel 120. Als er een constitutioneel hof zou komen zou aan artikel 120 worden gesleuteld. Dat zal ongetwijfeld gevolgen hebben voor die cultuur, hij verwijst daarbij naar het Verenigd Koninkrijk. Het incorporeren van het EVRM via de Human Rights Act (HRA) heeft belangrijke gevolgen gehad voor de positie van de Britse rechtspraak, ook buiten HRA-zaken.

**Leijten** voegt toe dat het spiegelbeginsel ook gaat over de interpretatie van artikel 93 en 94 Grondwet. Die bepalingen werken door in de uitleg van het EHRM als uitlegger van de bepalingen. Als de Nederlandse rechter gaat toetsen aan de Grondwet verandert het eigenaarschap van de normen.

**Arjen van Driel Kluit** heeft een vraag over stelling 7 uit het preadvies. Hij heeft moeite met het laatste deel van deze passage ('zo nodig met voorbijgaan aan de letterlijke tekst van de wet'). Past dit wel in de cultuur van verantwoording die Uzman bepleit? Het kan immers leiden tot een luie wetgever die problemen laat oplossen door de rechter.

**Uzman** erkent dat dit een nadeel is, maar geeft aan dat de letterlijke tekst nu ook al geen harde grens is. Dan was de tweede vraag hoe dit zich verhoudt tot de verantwoording door de wetgever. In het huidige systeem met de niet verdisconteerde omstandigheden leest de rechter juist een beetje met de wetgever mee. Stel dat wetgever iets onsympathieks beoogt met een regeling. Dan kan de rechter twee dingen doen. Óf hij zegt: de wetgever heeft dit niet zo bedoeld, hij wilde iets sympathieks.

Of hij zegt: de wetgever heeft iets onsympathieks bedoeld, maar het is niet aan mij om hier iets van te vinden. De theorie is dat de wetgever de wet gaat veranderen als de rechter zegt dat het onsympathiek is, maar dit gebeurt niet in de praktijk. Dus de rechter moet soms misschien zeggen: ik begrijp de wetgever als sympathiek, dus ik doe het zelf, en als de wetgever iets anders wil zal hij dat expliciet moeten aangeven. Dat is de verantwoording die ik bedoel.

**Michiel Tjepkema** heeft ook een vraag over de stellingen. Kan je waar de stellingen spreken van bestuursrechter ook 'de rechter' lezen, of is het specifiek gericht tot bestuursrechter?

**Uzman** zegt dat je dit in veel gevallen als 'de rechter' kunt lezen. Hij spreekt van bestuursrechter omdat dit een bestuursrechtelijke vergadering is. Waar de civiele rechter overheidshandelen toetst, is hij dan weliswaar formeel geen bestuursrechter, maar treedt hij materieel wel als overheidsrechter op. Hij voegt toe dat niet voor niets proefschriften in het bestuursrecht ook gaan over jurisprudentie van de Hoge Raad – hij kent er een over nadeelcompensatie.

**Tjepkema** merkt op dat we maatwerk en responsiviteit kennen uit het bestuursrecht, en vraagt zich af of dat ook voor de civiele rechter belangrijke uitgangspunten zouden zijn.

**Uzman** denkt dat ook bij de civiele rechter in klassieke tweepartijengeding zonder overheid waarden als responsiviteit en empathisch vermogen een bepaalde rol moeten spelen.

**Esser** wil aanhaken bij Tjepkema en de relatie rechter-wetgever. Ze merkt op dat wat het bestuursrecht specifiek maakt de aanwezigheid is van een derde partij, het bestuur. Deze partij ontbreekt in het preadvies. Het bestuur heeft ook een rechtsvormende taak.

**Uzman** stelt dat hij niets over het bestuur heeft gezegd omdat het preadvies al vrij lang is – er moest ergens een beperking in zitten. Er zit ook wel een inhoudelijke reden bij, namelijk dat er al preadviezen zijn over toetsing in het bestuursrecht waar het bestuur prominent in fungeerde, bijvoorbeeld bij Hirsch Ballin en Van den Berge. Hij denkt wel dat bepaalde normen die worden ontwikkeld ook gelden voor het bestuur en dat het bestuur een bemiddelende rol vervult tussen wetgever en burger. Het bestuur heeft andere mogelijkheden om recht te doen aan pijnpunten van partijen.

**Lex Michiels** spreekt Uzman aan op een specifieke frase uit het preadvies: '[d]ie toelagenaffaire bracht structurele tekortkomingen in ons stelsel van rechtsbescherming aan het licht'. Is dat wel zo? Gaat het hier niet om een situatie waarin een rechterlijke instantie een lijn volgt en daar later op terugkomt? Later kun je zeggen dat we iets anders hadden moeten doen, maar dat heeft toch niets te maken met het stelsel van rechtsbescherming? En waarom zou het constitutionele hof daar een einde aan kunnen maken? Dat kan even goed fouten maken.



**Uzman** maakt duidelijk dat uit deze passage niet volgt dat we een constitutioneel hof moeten hebben. Dat heeft hij nooit gezegd of opgeschreven en moeten we wat hem betreft uit elkaar halen. Hij denkt dat van structurele tekortkomingen van het stelsel van rechtsbescherming wel degelijk sprake is. Volgens Uzman is, gelet op de maatschappelijke context, wel sprake van méér dan alleen een rechterlijke instantie die terugkomt van een eerdere lijn. De observatie, die hij ontleende aan een reeks bestuursrechtelijke artikelen, leek hem overigens niet echt omstreden.

**Drewes** sluit af en bedankt iedereen voor de discussie.

## **Tweede deelsessie**

**Drewes** opent de sessie en heet iedereen welkom.

**Roel Becker** geeft aan getriggerd te zijn door het laatste deel van het preadvies wat tot nieuwe vragen leidt over de machtenscheiding. De rechter moet immers relatieve grenzen zelf gaan uitleggen in een concreet geval en moet daarbij ook een politieke antenne ontwikkelen. Zijn vraag is tweeledig: je haalt Kortmann aan die zei dat grenzeloze bevoegdheden geen goed idee zijn in een rechtsstaat. Komt die relatieve grens niet in de buurt van zo'n grenzeloze bevoegdheid? En vraag je aan de andere kant juist ook niet heel veel van de rechter?

**Uzman** erkent dat de rechter bijna een soort superman moeten worden. Hij maakt de kanttekening dat de rechter ook bij het bestaan van absolute grenzen degene is die die grenzen uitlegt. Hij noemt in dat verband de ontwikkeling van de wetgevingsbeveldoctrine in het *Urgenda*-arrest als voorbeeld. Dat maakt het niet meteen grenzeloos. De grens wordt door de rechter uitgelegd maar ook bewaakt. In andere landen, zoals in Canada weleens is gebeurd, zien we dat de rechter ook gecorrigeerd wordt door de wetgever als de rechter te ver gaat. Dat is misschien weinig rechtsstatelijk, maar het kan wel, en belangrijker is: de rechter weet dat. Dat de rechter de grenzen uitlegt, betekent niet dat ze niet bestaan. Hij verwijst naar de vorige sessie en de vraag in hoeverre dit normatief of empirisch is en herhaalt dat er een normatief element in zit. Hij merkt ook nog op dat er altijd absolute grenzen zullen blijven bestaan, de rechter kan niet Rusland de oorlog verklaren. Bij de rechtsvormende taak gaat het echter overwegend om relatieve grenzen.

**Becker** blijft hiermee worstelen. Als het kabinet-Wilders I straks als reactie op onwelgevallige uitspraken van de Afdeling een nieuw hof opzet, is dat een rechtstatelijk gezond fenomeen? Is dat dan zo'n relatieve grens die door de staatsmachten in samenspraak worden gehandhaafd, of gaat er dan iets mis? En als er dan iets mis gaat, hoe kan een grens worden gesteld zonder dat er iets misgaat?

**Uzman** stelt dat de grenzen voor een groot deel neerkomen op *self restraint*. De rechter geeft zelf aan tot hoe ver hij kan gaan, en hij weet dat het elastiekje breekt als hij te ver gaat. Dat is iets magisch, iets ongrijpbaars. Egbert Myjer zei ooit dat het EHRM zich maar één Salduz per jaar kan veroorloven. Ook daar is de gedachte niet: *anything goes*. Hij verwijst ook naar het proefschrift van Geertjes over conventies die



worden gehandhaafd door politieke actoren waarbij een machtsverhouding bestaat dat ertoe leidt dat actoren zelfbeperking in acht nemen. De relatie rechter-wetgever wordt ook beheerst door zo'n constitutionele conventie.

**John Olivier** meent dat Uzman ideaaltypisch gelijk heeft, maar benadrukt dat rechterswerk menselijk is. In de praktijk zie je ook rechterlijk activisme. Hij heeft het idee dat de rechter in de open normen van de onrechtmatige daad soms teveel ruimte pakt. Hij vraagt zich af of rechters daadwerkelijk voldoende besef hebben dat het elastiek kan breken.

**Uzman** wil benadrukken dat het steeds gaat om inschattingen die ook verkeerd kunnen blijken te zijn. Hij noemt *Urgenda* als voorbeeld van het mechanisme van zelfbeperking. Verschillende klimaatjuristen vinden juist dat de civiele rechter in *Urgenda* niet ver genoeg is gegaan. Het geeft aan dat rechters zich er wel degelijk van bewust zijn dat zij niet alles kunnen doen.

Olivier vraagt zich af of er onderzoek is gedaan naar de psychologie van de persoon van de rechter. Uzman repliceert dat er vast rechtspsychologisch onderzoek op dit gebied gedaan wordt maar daar heeft hij, ondanks met een psychologe getrouwd te zijn, geen inzicht in. Hij denkt dat het minstens zo belangrijk is om te kijken naar de culturele dimensie. Rechters zijn altijd onderdeel van een college waarbinnen bepaalde veronderstellingen bestaan van wat de rechterlijke taak inhoudt. Misschien nog wel meer dan psychologische factoren, kan dat sturend zijn.

**Machiel de Vries** merkt op dat in Nederland het vertrouwen in de rechtspraak van de drie machten het grootst is en dat frustratie over collectieve acties zich vooral richt op die organisaties, niet op de rechter. Er is in Nederland veel terughoudendheid als het gaat om constitutioneel ingrijpen op de rechterlijke macht en de pijlen worden eerder gericht op het deel van de samenleving dat die middelen inzet. Hij vraagt Uzman hierop te reflecteren.

**Uzman** noemt het een interessante gedachte, maar stelt dat het inperken van deze acties ook geframed kan worden als een manier om de rechterlijke toets te verkleinen. Hij merkt op dat het interessant wordt als het kabinet werk maakt van deze plannen maar de rechter de toegang weer verruimt. Wat zal de politiek dan doen?

**Paul Adriaanse** heeft een vraag over het onderscheid tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Hij stelt dat Uzman deze tijdens de plenaire vergadering een beetje gelijk leek te stellen. Toch zijn er verschillen, bijvoorbeeld gelet op de context waarin de bestuursrechter appellabele besluiten toetst en de civiele rechter ook andere geschillen beslecht zonder besluit. Ziet Uzman (culturele) verschillen tussen deze rechters en hoe ze zich opstellen, of trekt hij een algemene lijn?

Dit is volgens **Uzman** een ingewikkelde vraag. Hij is een staatsrechtjurist die zich niet specifiek richt op de bestuursrechter in zijn onderzoek en niet geneigd is typische facetten van rechters daartoe te differentiëren. Hij denkt wel dat er verschillen in structuur bestaan die deels historisch kunnen worden verklaard. De

bestuursrechter lijkt zich volgens hem meer bewust dan de civiele rechter van de bijzondere aard van het algemeen belang, en van het feit dat de staat bestaat uit ambten met eigen verantwoordelijkheden. Dat zou ook te ver kunnen gaan, en het is mogelijk dat de bestuursrechter daarin soms doorschiet. Dan is het verfrissend als de civiele rechter dat minder heeft. Omgekeerd lijkt de civiele rechter de staat soms 'gewoon' te beschouwen als een uit de klauwen gewassen 'gewone' rechtspersoon. Hij denkt dat de bestuursrechter bijvoorbeeld de *Urgenda*-zaak in uitkomst en redenering anders had aangevlogen.

**Maurits Ippel** wil terugkomen op wat Uzman schreef over de aanpassing van artikel 3:4 Awb. Hij zegt dat het interessant is dat het de wetgever zelf is die hier de norm neerlegt en deze zich primair richt tot het bestuur. In die zin is er geen sprake van constitutionele toetsing maar eerder een toepassing van wetten in formele zin. Hij vraagt zich af hoe Uzman daarnaar kijkt.

**Uzman** juicht die ontwikkeling toe. Hij vindt het een goede zaak dat de wetgever probeert het probleem op te lossen via de Awb, al zou een wijziging van de Grondwet de voorkeur hebben. Hij verwijst verder naar een discussie die is gevoerd in de NTB en elders over de modaliteiten die de wetgever kiest die uitgaan van het frame dat er toetsing mogelijk wordt gemaakt. De stelling in zijn preadvies is dat we dit niet moeten zien als toetsing maar als interpretatie.

**Ippel** voegt toe dat dit ook de grondslag is waarvan je kan zeggen dat de Awb-wetgever vastlegt dat er geen onevenredige wetgeving wordt gemaakt tenzij er expliciet van de Awb wordt afgeweken. Uzman beaamt dit.

**De Vries** brengt een oud idee van Hirsch Ballin c.s. boven tafel om een soort hoofdwetten te introduceren die met tweederdemeerderheid worden aangenomen en tussen het niveau van de wet en de Grondwet in zitten. Dan hoeft je niet meteen de Grondwet te wijzigen maar zijn er wel wetten waar de wetgever niet zomaar van kan afwijken.

**Uzman** betitelt dit als een interessante gedachte, hij zou zeker voorstander zijn van een serie constitutionele wetten. Als het er echter om zou gaan om te kiezen voor een hogere drempel, dan zou dit echter ook prima in de Grondwet kunnen worden opgenomen. Uzman refereert in dit verband aan het al vaker bepleite idee om de tweede lezing van de procedure van de grondwetswijziging te schrappen. De originele gedachte dat de kiezer zich over een grondwetswijziging kan uitspreken is immers een fictie aangezien deze herzieningsverkiezingen samenvallen met reguliere verkiezingen. Ook zonder hogere drempel kan het echter handig zijn om formele wetten van een bijzondere constitutionele orde te hebben. Hij verwijst in dat verband naar het Britse systeem en de Human Rights Act waar expliciet van moet worden afgeweken.

**Luisa Pinto e Netto** wil graag weten wat Uzman denkt over toetsing aan sociale grondrechten.

**Uzman** vindt het jammer dat in voorstellen over constitutionele toetsing de sociale grondrechten zijn weggelaten. Hij ziet ook wel de gevaren, maar denkt dat het klassieke onderscheid aan het vervagen is. Die zie je in het buitenland maar ook in Nederlandse jurisprudentie. We moeten volgens hem minder bezig zijn met hoe recht wordt gelabeld en meer met wat de rechter aan harde informatie in een bepaling kan lezen. De terughoudendheid van de rechter kan daarbij ook op andere plekken worden gezocht, niet zozeer in de ontvankelijkheids- of in de toetsingsfase, maar bij de vraag wat de rechter kan doen. Daar kan hij terughoudend zijn en het bijvoorbeeld laten bij een verklaring voor recht. Hij heeft geclausuleerde sympathie voor toetsing aan sociale grondrechten.

**Berthy van den Broek** stelt een vraag over de verhouding tot de wetgever. Ze wijst op de Europese dimensie die veel uitspraken hebben die door de media worden belicht. Je kan zeggen dat de rechter zelf moet waarborgen dat besluiten en regelgeving in overeenstemming zijn met Europees recht. Moet de rechter niet zeggen dat de wetgever dit zelf in een eerder stadium had moeten doen. Maakt die Europese dimensie de verhouding tot de wetgever niet anders?

**Uzman** zegt dat de wetgever zonder meer een bepaalde verantwoordelijkheid draagt dat het Nederlandse rechtssysteem in lijn opereert met Europese en internationale verplichtingen. Hij stelt dat we zoveel aandacht hebben voor deze zaken omdat de rechter steeds meer probleemeigenaar is geworden op maatschappelijke dossiers. Hij wil de wetgever niet tekort doen, die heeft zeker aandacht voor internationale verplichtingen, maar er zijn wel bedrijfsongelukjes. En soms ontbreekt de politieke wil om regels uit te voeren. We moeten daarnaast differentiëren naar het type internationale verplichting. Historisch gaan we in Nederland uit van Europese regels die technisch en duidelijk zijn. In de huidige situatie, met het EVRM en het Handvest, heeft de staat meer globale verplichtingen die neerkomen op constitutionele waarden die ook onze waarden zijn. Dan versmelt het nationale en Europese met elkaar. Hij heeft de indruk dat dit niet nog niet altijd even goed is geland bij rechters. Er is te weinig politieke discussie over wat de rechten in het EVRM precies inhouden, en rechters moeten technische unierechtelijke bepalingen misschien anders interpreteren dan grondrechten.

**Becker** vraagt zich af hoe Uzman in dit verhaal kijkt naar de rol van de derde staatsmacht, het bestuur. Welke waarde hebben deze beginselen voor het bestuur? En moet de bestuursrechter niet terughoudender zijn dan de civiele rechter omdat deze een andere rol heeft?

**Uzman** geeft, refererend aan wat hij in de eerste sessie heeft gezegd, aan dat in het preadvies de rol van het bestuur om pragmatische redenen terzijde is gelaten. Het zou een te lang verhaal zijn geworden en hij was bovendien bang hier in elkaar te worden geslagen door bestuursrechtjuristen die meer weten van de relatie rechter-bestuur. Hij denkt wel dat deze beginselen een grote betekenis hebben in deze relatie. Bij rechtsvormende uitspraken kan de rechter terughoudendheid zoeken door het aan het bestuur over te laten, waarbij het bestuur als intermediair optreedt tussen rechter en wetgever. Hij denkt niet dat de rol van de bestuursrechter

wezenlijk anders is dan die van de civiele rechter omdat de Staat daar ook wordt ver-  
tegenwoordigd door het bestuur.

**Becker** stelt een vervolgvraag over *the right to justification*. Geldt dit ook richting het  
bestuur, mag dat zich ten aanzien van de wet net zoveel interpretatieruimte toe-  
meten als de rechter? Anders zou de rechter meer mogen vragen van de wetgever  
dan het bestuur.

**Uzman** noemt dit een preciaire vraag, maar hij denkt van wel. Het gaat hierbij om  
interpretatie in het licht van bepaalde beginselen – dat *mag* niet, dat *moet*. We  
verwachten dat het bestuur zelf nadenkt. Zeker met het democratiseren van het  
bestuur en de grote expertise die het bestuur heeft, valt er iets voor te zeggen dat  
het bestuur ten behoeve van de burger zelfstandig kan zeggen dat het deze wet-  
geving op een andere manier gaat interpreteren. Dan moet je natuurlijk wel altijd  
kijken naar de rechtsbescherming van derde-belanghebbenden.

**Drewes** vraagt zich af hoe we weten dat dat gebeurt. Zaken komen in de openbaar-  
heid als de burger het ergens niet mee eens is. Als het bestuur de wet anders toepast  
en de burger daar blij mee is, komen we daar niet achter.

**Van den Broek** zegt dat het in eerste instantie de wetgever is die bepaalt hoeveel  
ruimte het bestuur heeft. De wetgever bepaalt in hoeverre het bestuur beleids- en  
beslissingsruimte heeft.

**Uzman** erkent dat maar meent dat het verhaal daar niet ophoudt. Soms moet het  
bestuur ruimte pakken die de wetgever niet formeel heeft gegeven, in schrijnende  
zaken.

**Ippel** zegt dat het gek zou zijn als de interpretatieruimte van de rechter groter is dan  
die van het bestuur. De toetsingsbevoegdheid, dat zie je ook bij exceptieve toetsing,  
ligt ook bij het bestuur. In de praktijk zie je dat het bestuur dat niet doet, maar die  
verplichting zit er wel in.

**Uzman** zegt dat we die discussie concreet hebben gehad bij de vraag naar toetsing  
van formele wetten aan eenieder verbindende bepalingen. De Afdeling zei dat het  
bestuur zelfstandig bevoegd was om wetgeving om die reden buiten toepassing  
te laten. Uzman acht dit zelf correct en denkt dat het bestuur dat mandaat moet  
hebben, maar het was niet onomstreden. Anderen betoogden dat die toetsing liever  
overgelaten moest worden aan de rechter.

**Michiel Scheltema** vindt het prettig dat deze discussie een ruimere dimensie krijgt  
via het staatsrecht. Hij vraagt zich af waarom we zoveel waarde hechten aan de  
letter van de wet en de toelichting. Dit is immers niet altijd een weerspiegeling van  
het democratisch proces.

**Uzman** noemt het een gezond uitgangspunt om te erkennen dat de democratische  
legitimatie van formele wetten een fictie is, in de zin dat dit doorbroken kan

worden. Je kan je soms afvragen of de democratische volksvertegenwoordiging een bepaald gevolg voor ogen had. Het lijkt hem goed dat de rechter soms de fictie doorbreekt en zegt dat de wetgever ergens onvoldoende over heeft nagedacht, gelet op de zwaarte van de belangen. We moeten verder zoeken naar mechanismes waarbij de rechter de zaak bijvoorbeeld kan aanhouden omdat hij zeker wil weten dat er goed over is nagedacht. Hij heeft in het verleden gespeit voor een constitutionele lus om de interactie rechter-wetgever gestalte te geven.

**Hendrik Herweijer** verwondert zich over het beeld dat Uzman heeft van de VAR als hij bang is in elkaar te worden geslagen. Hij merkt op dat het lastig is om die interactie vorm te geven als het gaat om een formele wet: wie ga je aanschrijven? Hij vraagt zich ook af hoeveel ruimte er is voor interpretatie als de bepaling en de toelichting kraakhelder zijn. Maakt het daarbij nog uit hoe oud de wet is?

**Uzman** wijst voor een voorbeeld van zo'n interactie naar de Britse Human Rights Act en de positie van de Attorney General als een soort landsadvocaat in de regering. Nederland mist zo'n figuur. Hij verwijst opnieuw naar het proefschrift van Max Vetzo die hier onderzoek naar heeft gedaan. Wat betreft het tweede punt stelt hij dat de wet en de memorie van toelichting minder overtuigend worden naarmate ze ouder zijn, maar hij wil de interpretatie sowieso minder enten op de bewoordingen en de memorie van toelichting. De rechter moet bepaalde uitgangspunten meenemen in die interpretatie. Hij pleit juist voor soms wat minder aanknopingspunten zoeken in de parlementaire geschiedenis. Deze parlementaire geschiedenis moet duidelijker spreken. En daar kan je soms ook tegen in gaan.

**Adriaanse** wil, aansluitend op de vorige vraag over de tijdsfactor, nog wel weten hoe de rechter moet omgaan met het feit dat er tegenwoordig soms een andere politieke wind waait. Wat is de referentie voor uitleg, de visie van de oude of de nieuwe coalitie?

**Uzman** merkt op dat dit een klassieke discussie is. Er valt iets voor te zeggen om naar de oude wetgever te kijken, maar soms is het naar zijn mening zinvoller naar het heden te kijken. Ook omdat de huidige wetgever verantwoordelijk is voor het huidige beleid. Als er iemand kwaad wordt over de uitspraak zal dat de huidige wetgever zijn.

**De Vries** vraagt zich af of de staatsrechtelijk-historische context waarbij uitvoerende en wetgevende macht in Nederland dicht op elkaar zitten in dit verband nog een probleem is.

**Uzman** beaamt dat bestuur en wetgever inherent zijn verknocht, maar hij weet niet of dit zo problematisch is als het in het verleden is gezien. Deze verwevenheid heeft ook gezorgd voor vergaande democratisering van wetgeving. Een monistische verhouding heeft echter ook schaduwkanten. Rechterlijke toetsing kan daardoor worden gelegitimeerd. Dat is zonder meer waar.

**Drewes** rondt af en dankt iedereen voor de bijdragen.

# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Tim Boesman, Jo-Anne Nijland en Theo Schelfhout

Voorzitter: Bert Marseille

Verslaglegger: Femke Huisman

## Eerste deelsessie

**Bert Marseille** heet iedereen welkom en geeft de zaal de gelegenheid tot het stellen van vragen.

**Jo-Anne Nijland** heet iedereen nogmaals welkom en geeft aan dat ze het fijn vindt dat mensen interesse hebben in het preadvies en willen meedenken. Het schrijven van het preadvies was erg leerzaam en waardevol. Er zijn drie onderwerpen die de preadviseurs in ieder geval graag aan bod willen laten komen, discussie over andere onderwerpen mag daarnaast natuurlijk ook.

Het eerste onderwerp is het belang van de rechterlijke dialoog. De volgende vragen zijn hierbij opgesteld:

1. Heeft de bestuursrechter in eerste aanleg een rechtsvormende rol en verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de rechtspraak, en zo ja hoe moet zij die invulling geven?
2. In hoeverre beperken rechtsbeginselen zoals gelijkheid en rechtszekerheid de bestuursrechter om maatwerk te bieden?

Het tweede onderwerp is de taakopvatting van de bestuursrechter en advocaat. Hierbij kunnen de volgende vragen worden gesteld:

3. Wat is het startpunt van de rechter, de regel of de feiten? En vanuit welk perspectief handelt zij: een brede of beperkte taakopvatting?
4. Hoe kan de advocaat de rechter verleiden tot maatwerk, en de burger in de knel zo goed mogelijk helpen?

Het derde onderwerp ziet op het handelingsperspectief en de instrumenten voor bestuursrechtelijk maatwerk. De volgende vragen zijn hierbij opgesteld:

5. Is de evenredigheidsrechtspraak van de appèlinstanties voldoende handzaam voor de praktijk? Kunnen rechters en advocaten daarmee uit de voeten?
6. Bieden beginselconforme wetsuitleg en contra-legendtoepassing van het evenredigheidsbeginsel adequate instrumenten om bij gebonden bevoegdheden maatwerk te bieden?

**Hendrik Herweijer** heeft een opmerking over de rechtsvormende rol van de bestuursrechter in eerste aanleg (vraag 1). Hij vraagt zich af waarom de bestuursrechter in eerste aanleg die rechtsvormende rol niet zou hebben. De appèlrechter ziet maar een kleine selectie van de zaken, wat als nadeel kan worden gezien. In eerste aanleg kan soms makkelijker een aanzet worden gegeven tot rechtsvorming, omdat je daar als rechter meer zaken ziet. De rechtsvorming kan in eerste aanleg misschien wel makkelijker op gang worden gebracht. De appèlrechter kan vervolgens de puntjes op de i zetten of het nieuwe recht nog wat preciezer formuleren.

**Nijland** is het eens met Herweijer en vraagt zich af of de eerste vraag niet beter omgedraaid kan worden: zijn er mensen in de zaal die niet vinden dat ook de rechter in eerste aanleg een rechtsvormende rol heeft?

**Roel Becker** merkt op dat er in het preadvies twee verschillende rollen van de rechter worden geïndiceerd: het bieden van maatwerk (platgeslagen: het oprekken van de regels in een individueel geval) alsook het opzetten van een dialoog met de appèlrechters. Uitspraken waarin maatwerk wordt geboden door te kijken naar het individuele geval laten zich vaak niet goed veralgemeniseren. Andersom wordt in uitspraken die een rechtsvormende functie (kunnen) hebben juist getracht een algemene lijn te geven. Deze rechtsvormende uitspraken kunnen ook burgervriendelijk zijn, maar zijn nuttig door hun algemene karakter en bieden geen maatwerk in individuele gevallen. Zijn gevoel is dat deze twee rollen van de bestuursrechter, het bieden van maatwerk en rechtsvorming, zich niet even goed verenigen in één uitspraak. Zijn de preadviseurs het ermee eens dat een bestuursrechter in eerste aanleg zowel specifiek maatwerk kan bieden als belangrijke voorzetten kan geven voor rechtsvorming, maar dat allebei in dezelfde uitspraak vaak niet heel goed gaat?

**Theo Schelfhout** denkt dat de twee wel met elkaar zijn te verenigen. Als de rechter in eerste aanleg maatwerk toepast in de zin dat ze een regel anders gaat uitleggen dan in vaste jurisprudentie gebruikelijk was, moet deze rechter dat uitgebreid en transparant motiveren en aangeven hoe dat zich verhoudt tot de eerdere rechtspraak en – wanneer nodig – tot het hele rechtssysteem. Ook als die motivering focust op de omstandigheden van het individuele geval, wordt impliciet aan de appèlrechter gevraagd om een antwoord: blijven we het op een bepaalde manier doen of gaan we het anders doen?

Er zijn voorbeelden van rechters in eerste aanleg die vrij vergaande uitspraken hebben gedaan met toepassing van maatwerk. Het is interessant dat tegen deze uitspraken niet altijd hoger beroep wordt ingesteld. Denk bijvoorbeeld aan de vrij recente uitspraken van de bestuursrechter in eerste aanleg over WIA-daglonen, de hersteloperatie toeslagen en de eis van notariële akte bij het overnemen van informele schulden.

**Marseille** vraagt welke verklaring de preadviseurs hebben voor het feit dat er niet in hoger beroep is gegaan in deze zaken.

**Schelfhout** antwoordt dat het bestuursorgaan het blijkbaar eens was met het feit dat er sprake was van onredelijke hardheid. Een andere verklaring is dat het

bestuursorgaan het er niet mee eens blijft, maar geen behoefte heeft aan een principiële uitspraak van de appèlrechter.

**Janneke van Eekeren** vult het volgende aan. Als een rechter ervoor zorgt dat een uitspraak voor alle partijen begrijpelijk is en daardoor geaccepteerd wordt door partijen, zou dat kunnen zorgen voor veel minder rechtszaken. Dit kan als positief worden gezien.

**Tim Boesman** komt terug op de eerdere vraag van Becker. Er zijn veel voorbeelden van rechterlijke dialogen over wetsuitleg die de mogelijkheid creëren om in toekomstige gevallen individueel maatwerk te bieden. Wij noemen dat 'ruimteschepend' maatwerk omdat daardoor ook in toekomstige gevallen ruimte ontstaat om meer rekening te houden met specifieke gevolgen. De werking van dit soort uitspraken is dus wel breder, hoewel een rechter dit dan wel in een individueel geval heeft toegepast.

**Ramon Ridder** vraagt zich af hoe preadviseurs maatwerk voor zich zien als er meer dan twee partijen betrokken zijn.

**Boesman** erkent dat maatwerk in meerpartijengeschillen moeilijker is. Dit zie je ook terug in de CBB-uitspraak over artikel 6:11 Awb. Meerdere partijen compliceert het kunnen bieden van maatwerk enorm. In dit preadvies hebben we de nadruk gelegd op tweepartijengeschillen in het vreemdelingenrecht en socialezekerheidsrecht. Daar is de vraag om maatwerk, om daadwerkelijk in te kunnen zoomen op een individueel geval, in ieder geval groot. Op deze terreinen speelt dat probleem van meerdere partijen gelukkig niet of nauwelijks. In het omgevingsrecht is dit natuurlijk een heel ander verhaal.

**Viola Bex-Reimert** vraagt zich af of er ook ruimte is voor maatwerk, of een soort groepsmaatwerk, als je als rechter besluiten tegenkomt waarbij een combinatie van wetten eigenlijk niet goed op elkaar aansluit. Loop je dan als rechter tegen artikel 120 Grondwet aan en of iets wel of niet is verdisconteerd? Hoe zien jullie dat?

Een klassiek voorbeeld is als ouders stoppen met een bedrijf en stakingswinst krijgen waardoor hun inkomen omhoog gaat en het kind in kwestie een terugvordering van DUO krijgt. Er zijn ook veel voorbeelden binnen het vreemdelingenrecht in combinatie met het socialezekerheidsrecht. Met die categorie besluiten weet men nog steeds niet heel goed wat men ermee aan moet. Hebben jullie hier een idee over?

**Nijland** erkent dat dit een heel lastige, maar terechte vraag is. Hoe ver strekt het maatwerkkader van de rechter? Hoe ver kan je gaan in het betrekken van gevolgen of moet een rechter slechts focussen op de rechtsgevolgen van dit ene besluit? Als advocaat zou zij ervoor pleiten dat een rechter zo ver mogelijk gaat in het betrekken van gevolgen en alles wat relevant is in de beoordeling betreft. Ze kan zich echter uit bestuurlijk oogpunt voorstellen dat dit nog niet zo makkelijk is, vooral als het gaat om relatief onzekere toekomstige gevolgen en is benieuwd wat mensen in de rechtspraak en het bestuur daarvan vinden; welke belemmeringen zien zij daarin?



**Berthy van den Broek** wil graag iets zeggen vanuit het perspectief van het bestuur over maatwerk. Als je heel veel gelijksoortige besluiten moet nemen, ontkom je er als bestuursorgaan niet aan om eerst te bedenken wat het standaardgeval is en wat in dat geval dan de beslissing zou zijn. Er moet een grote bulk van zaken zijn die standaard is en die volgens de standaardlijn wordt afgehandeld. Dit is ook voor burgers fijn om te weten, dat zorgt voor gelijkheid. Er is altijd een groep gevallen waarbij er sprake is van bijzondere omstandigheden, daar kan maatwerk worden geboden. Wel blijft het lastig om te bedenken in welke gevallen maatwerk wordt toegepast en wat dit maatwerk dan moet zijn. Ook is het belangrijk dat een besluit goed wordt gemotiveerd. Soms heeft een besluit waar maatwerk wordt toegepast ook voor veel andere mensen gevolgen.

In het omgevingsrecht wordt nu 'standaardmaatwerk' ontwikkeld. Gemeenten hebben op dit moment onder de Omgevingswet ruime bevoegdheden om af te wijken van bepaalde voorschriften van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en maatwerk te bieden. Het is niet handig als iedere gemeente afzonderlijke regels bedenkt om maatwerk te bieden. Veel gemeenten zijn daarom nu met elkaar aan het bedenken hoe ze maatwerk kunnen afstemmen op bepaalde bijzondere omstandigheden van een locatie, zodanig dat dit standaard wordt voor een bepaalde groep.

**Boesman** vult aan dat naar aanleiding van de uitspraak van het CBb over de verschoonbaarheid van termijnoverschrijdingen ook een discussie is ontstaan over de vraag hoe bestuursorganen die individuele beoordeling moeten verrichten. En voor bestuursrechters: kunnen rechters zaken nog wel op grond van artikel 8:54 Awb buiten zitting afdoen als je eigenlijk per geval individueel moet bekijken of een termijnoverschrijding verschoonbaar is? De suggestie van Widdershoven in zijn conclusie was dan ook om een meer categorale benadering te kiezen, bijvoorbeeld door alle gevallen waarin de termijnoverschrijding binnen een week valt, verschoonbaar te achten. Scheltema gaat nog veel verder en stelt voor om aan te sluiten bij het privaatrecht, waar wordt uitgegaan van een verjaringstermijn van één of vijf jaar. Dat zijn manieren om het bieden van maatwerk toch beheersbaar en werkbaar te houden en het bestuur en de rechtspraak niet te overspoelen met de verwachting dat zij steeds specifiekere besluiten moeten nemen.

**Nijland** noemt ter aanvulling het voorbeeld van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) inzake verlengingsaanvragen. In het verleden was het zo dat als een houder van een verblijfsvergunning één dag te laat was met een verlengingsaanvraag, alle opgebouwde rechten verloren gingen en iemand opnieuw moest beginnen met het tellen van verblijfsjaren. In de wet bestaat geen enkele ruimte om van deze regel af te wijken. De IND is hier creatief mee omgegaan en heeft beleid ontwikkeld waarbij wordt uitgegaan van verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding als de vergunninghouder binnen een maand na het verstrijken van de termijn verlenging heeft aangevraagd. Dit kan worden gezien als een vorm van categoriaal maatwerk.

**Johan ten Berg** reageert als specialistisch adviseur van de IND op Jo-Anne Nijland door te zeggen dat het genoemde beleid van de IND met name een pragmatische beslissing was om geen bestuurlijke capaciteit te stoppen in iets wat een beperkte

opbrengst heeft voor de maatschappij. Het is daarnaast belangrijk om aandacht te vragen voor het feit dat aanvragen vanuit de IND worden behandeld door mensen die niet zijn opgeleid en niet worden betaald voor het niveau waarop er tijdens deze sessie wordt gediscussieerd. Uitvoerbaarheid is dan ook echt een belangrijk onderwerp. We moeten goed kijken naar wat we verwachten van de overheid en van individuele ambtenaren. Ook met betrekking tot exceptieve toetsing of contra-legendtoepassingen; verwachten we van een individuele beslisambtenaar dat hij moet afwijken van een wet in formele zin? Dat is veel gevraagd. Je kunt je ook afvragen of dit aan een bestuursorgaan is. Waarom moet een bestuursorgaan de wet verdedigen? Misschien is het beter dat door de rechter te laten doen.

**Schelfhout** reageert dat het een interessante vraag is: in hoeverre zou de bestuursrechter er rekening mee moeten houden dat beslissingen niet worden genomen door mensen waarvan verwacht mag worden dat ze tot allerlei nuanceringen en afwegingen in staat zijn? En moeten er hogere eisen worden gesteld aan de besluitvorming naarmate het geschil voortschrijdt, bijvoorbeeld in de bezwaarfase?

**Ten Berg** reageert dat hij zijn opmerking vooral wil relateren aan stelling 8 van het preadvies ('De drietrapstoets van het evenredigheidsbeginsel is op papier begrijpelijk, maar voor de praktijk complex. Bestuursrechters en advocaten hebben behoefte aan meer praktische handvatten vanuit de wetenschap en ervaringen uit andere rechtsstelsels.') Het is zijn wens dat de rechtspraak heel goede en praktischere handvatten geeft voor het toepassen van maatwerk.

**Nijland** benadrukt dat er in het preadvies wordt gepleit voor een vertaalslag tussen de rechtspraak en de primaire beslisfase, of dat in ieder geval een aanzet wordt gedaan om daarop te reageren. Veel advocaten worstelen hiermee. Er is in de sociale advocatuur weinig tijd om jurisprudentie nauwkeurig te lezen en toe te passen. Het zou ontzettend helpen als vanuit bijvoorbeeld de wetenschap wordt meegedacht over hoe maatwerk in een specifieke zaak mogelijk kan worden gemaakt.

**Tanja Dompeling** worstelt met het begrip maatwerk; wat is nou precies maatwerk? Als maatwerk wordt gezien als individuele beoordeling, dan past de rechter in elke zaak maatwerk toe, ook als een rechter de wet volgt. Individuele feiten worden immers getoetst aan regelgeving. Als met maatwerk wordt bedoeld dat ruimte moet worden gegeven aan bijzondere omstandigheden om af te wijken, dan is dat iets anders. Dit soort maatwerk is bedoeld voor uitzonderingssituaties. Wat bedoelen jullie met maatwerk? Als daarmee wordt bedoeld dat de rechter handvatten moet geven voor maatwerk, dan wordt het ingewikkeld. Juist als het gaat om de toetsing van de bijzonderheid van een specifiek geval, zijn er heel moeilijk handvatten voor te geven. De evenredigheidsjurisprudentie is bijvoorbeeld ook best ingewikkeld. Als de wet niet meer als leidraad wordt gehanteerd in alle gevallen, wanneer hanteer je de wet dan wel en wanneer niet? Wat is in die gevallen het kader?

**Boesman** antwoordt dat – vanuit het perspectief van de rechter – een van de kenmerken van maatwerk is dat een rechter kijkt naar de gevolgen van een besluit voor de burger. In verschillende zaken kan een rechttoe rechtaan toepassing van

de regels verstrekkende gevolgen hebben voor burgers, waarbij hun bestaanszekerheid wordt geraakt. Die zaken vragen van de rechter om meer in te zoomen op de zaak. Als een rechter in alle gevallen een regel op de beschikbare feiten plakt, zullen er soms uitkomsten zijn die niet goed voelen. Denk hierbij aan de kinderopvangtoeslagenaffaire. Hier moeten lessen uit worden getrokken. Het betekent dat een rechter het ongemakkelijke gevoel, dat je kunt krijgen als je met een burger in gesprek gaat over de gevolgen van een besluit, onderdeel maakt van de taakopvatting en de manier waarop het wettelijke stelsel wordt toegepast.

**Schelfhout** erkent dat maatwerk niet gedefinieerd kan worden als dat het alleen maar zou gaan over bijzondere gevallen die zich zelden voordoen. Het gaat er vooral om: vanuit welk burgerbeeld kijk je als rechter naar de zaak? Vind je dat er gevolgen zijn die voor de burger onaanvaardbaar zijn en dat sprake is van irreële eisen? Als voorbeeld kan wederom de verschoonbaarheid van termijnoverschrijding worden gebruikt. Door goed te motiveren waarom sprake is van verschoonbaarheid, geef je een zeker houvast voor de beoordeling van andere gevallen en ondervang je dat het systeem vastloopt. Misschien is er dan geen sprake van 'echt' maatwerk, maar het heeft wel effecten die maatwerk mogelijk maken.

**Nijland** voegt toe dat de uitleg van maatwerk als iets wat alleen in heel concrete zaken aan de orde komt te beperkt is. In het preadvies wordt het voorbeeld gegeven van nareis in het vreemdelingenrecht. Er bestonden heel strenge eisen voor nareis, zo streng dat mensen zonder officiële bewijsstukken bijna nooit in aanmerking kwamen voor nareis. Rechters in eerste aanleg hadden hier veel oog voor. De Afdeling heeft uiteindelijk een uitspraak gedaan waaruit volgt dat bestuursorganen veel integraler naar zo'n zaak moeten kijken en alle feiten en omstandigheden van een burger in de beoordeling moeten betrekken. De Afdeling heeft hiermee veel meer oog voor het perspectief van de burger. Via de rechterlijke dialoog wordt aldus ruimte gecreëerd voor maatwerk in andere individuele zaken.

**Maurits Ippel** vraagt zich af of appèlrechters niet ook terughoudend moeten zijn met heel principiële rechtsvormende uitspraken op het moment dat het nog niet echt nodig is, omdat hiermee ook de zuurstof uit de rechtelijke dialoog wordt weggehaald. Een appèlrechter geeft soms bijvoorbeeld een oordeel over hoe nieuwe wetgeving moet worden uitgelegd, zonder dat deze appèlrechter alle of in ieder geval meerdere gevallen reeds voor ogen heeft.

Daarnaast vraagt hij zich af wat een rechterlijk dialoog betekent of kan betekenen voor de rechtzoekende. Het komt voor dat de rechtzoekende in eerste instantie gelijk krijgt, maar het bestuursorgaan doorprocedeert omdat deze belang heeft om een principiële uitspraak uit te lokken. Hebben de preadviseurs ideeën over wat voor instrumentarium faciliterend zou zijn voor de rechterlijke dialoog? En wat betekent een rechterlijke dialoog voor de burger die misschien een kansloze zaak aan moet spannen of heel lang moet wachten op zijn gelijk?

**Nijland** reageert op de tweede vraag. Als advocaat is dit een ingewikkeld dilemma. Als advocaat staat het belang van de cliënt voorop en ben je partijdig. Het algemeen belang is niet relevant. Als advocaat moet je er altijd voor gaan als je voor je cliënt

een positief resultaat kunt bereiken. Daar waar er principiële vragen spelen en je als advocaat de rechter kunt verleiden om in dit geval een uitzondering te maken, moet dat je primaire inzet zijn. Er zijn echter advocaten die hier anders over denken.

**Boesman** spreekt over het dilemma omtrent schikkingen. Er wordt bij de Centrale Raad in bijstandszaken bijvoorbeeld veel geschikt. Dit is natuurlijk goed voor de betreffende partijen omdat een oplossing wordt bereikt. In de kinderopvangtoeslagen heeft de Afdeling in diverse zaken ook op een schikking aangestuurd, omdat de gekozen wetsuitleg geen ruimte bood om tot maatwerk over te gaan. Het grote nadeel hiervan is echter dat rechtbanken niet op de hoogte waren van deze schikkingen, omdat deze niet zichtbaar waren. Rechtbanken gingen daarom maar door met de heel strenge wetstoepassing in de veronderstelling dat dit moest van de Afdeling. Daardoor stakte de rechtsvorming en rechtsontwikkeling.

**Schelfhout** reageert op de eerste vraag van Maurits Ippel. Of appèlrechters in sommige gevallen terughoudend moeten zijn met principiële rechtsvormende uitspraken, hangt af van het type zaak. Met betrekking tot de nieuwe Omgevingswet zie je bijvoorbeeld heel snel allerlei uitspraken over het overgangsrecht. Dit is prima, er worden keuzes gemaakt die helderheid geven. Op andere gebieden moet je daar als rechter wat voorzichtiger mee zijn en vooral zorgen dat je geen motivering geeft die voor geen enkele discussie vatbaar is. Juist door op een manier te motiveren waarbij de afwegingen die zijn gemaakt duidelijk worden, wordt de dialoog uitgelokt. Het is niet wenselijk wanneer je als rechter een maand daarna weer anders oordeelt, maar een minder dichtgetimmerde jurisprudentie geeft wel de opening om de rechtspraak later te nuanceren of bij te stellen.

**Riccardo Osterwald** merkt op dat maatwerk een soort toverformule lijkt te zijn geworden. Bestuursorganen besteden in de praktijk al veel aandacht aan maatwerk. Juristen zijn altijd op zoek naar handvatten, richtlijnen en afspraken. Dat is precies wat maatwerk niet is. Bij elk besluit moet het erom gaan of het besluit rechtvaardig is en of dat doel wordt bereikt met dit besluit. In de discussie die gevoerd wordt, gaat het te weinig over het feit dat maatwerk gaat over houding, gedrag en vaardigheden en dat het minder iets puur juridisch is. Als je het echt over maatwerk, menselijke maat en evenredigheid wilt hebben, moeten we als juristen een stapje opzij doen en erkennen dat maatwerk niet zuiver juridisch is. Het is belangrijk om naar rechtvaardigheid te kijken en weg te blijven van meer handvatten en meer richtlijnen. Het is juist goed om de vrijheid te laten aan datgene wat echt recht doet aan de persoon die voor je staat. Het is belangrijk dat je als bestuursorgaan goed kunt uitleggen waarom je afwijkt.

**Ymre Schuurmans** geeft aan dat het perspectief van Riccardo Osterwald, gereedeneerd vanuit de praktijk, erg interessant is. Vanuit het academisch debat kom je misschien wel op dezelfde conclusie uit. Probeer het begrip maatwerk maar eens internationaal te vertalen, dit gaat lastig. Er bestaat wel een andere term, namelijk 'individual justice'. Jerfi Uzman laat in zijn preadvies zien dat we traditiegetrouw heel erg vanuit bevoegdheden redeneren; is het bestuursorgaan binnen de bevoegdheid gebleven? Heel veel rechtssystemen doen dit op deze manier, maar er zijn ook

systemen die focussen op ‘*individual justice*’. Daar heb je een andere attitude voor nodig. Het is niet per se helemaal niet juridisch en het is iets wat je best in een stelsel kunt omarmen.

**Jessica van Spengen** sluit hierbij aan. Op basis van haar ervaring als rechter komt ze op precies hetzelfde punt uit. Maatwerk is niet iets buiten-juridisch, geen middel om iets proberen maar goed te krijgen. Het is een oplossing die tot stand kan komen binnen de kaders van het recht, door met een nieuwsgierige en actieve houding goed te kijken naar de feiten en deze heel goed te wegen, om uiteindelijk een oplossing te vinden die daar het allerbeste bij past. Veel regels bevatten ook een redelijkheidstoets, op grond waarvan een afweging kan worden gemaakt. Misschien moeten we afspreken dat we de term maatwerk vervangen door de term ‘*individual justice*’?

**Dorien Brugman** vindt voorgaande opmerkingen mooi klinken, maar merkt op dat ze het niet zo makkelijk vindt, welk woord je ook gebruikt. Bij toepassing van maatwerk kom je op een punt dat je je als rechter of bestuursorgaan moet afvragen wat rechtvaardig is. Hoe doe je dat? Het is best eng om zelf te bedenken wat rechtvaardig is, aanknopingspunten zijn dan fijn. We denken als collega’s onderling al niet hetzelfde, terwijl we allemaal rechtvaardig recht willen spreken.

**Ten Berg** maakt een opmerking over de tweede vraag (‘In hoeverre beperken rechtsbeginselen zoals gelijkheid en rechtszekerheid de bestuursrechter om maatwerk te bieden?’) en focust hierbij op het bestuursorgaan. Er bestaan reserves bij beslismedewerkers om met maatwerk aan de gang te gaan. Het blijkt dat mensen heel verschillend denken over bepaalde zaken. Bestuursorganen maken werkinstructies om ervoor te zorgen dat er in vergelijkbare situaties enigszins gelijk wordt besloten, ongeacht waar in Nederland. Er bestaan twee tegengestelde verlangens, ‘*individual justice*’ en gelijkheid. Meer maatwerk betekent mogelijk meer verschillende beslissingen in op relevante punten vergelijkbare gevallen. Is er – bij een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel – in een van de twee gevallen sprake van een juridische misslag, of is dit dan gewoon een gevolg van maatwerk? Hoe gaan rechters dit waarderen? Zal de durf van beslismedewerkers om maatwerk toe te passen afnemen als het beroep op het gelijkheidsbeginsel snel aanvaard wordt? Het juridische antwoord zal zijn om het besluit beter te motiveren. Hoe werkt dat in de praktijk, zeker bij uitvoeringsorganisaties die tienduizenden besluiten moeten nemen? Een antwoord hierop is voor de praktijk essentieel.

**Nijland** bedankt iedereen voor de inbreng en herkent de dilemma’s. In het preadvies komen twee duidelijke voorwaarden naar voren voor burgervriendelijkere rechtspraak: attitude en de organisatie. Wat betreft gelijkheid, misschien zou het gelijkheidsbeginsel een iets minder grote rol moeten spelen. Aan de andere kant kan gelijkheid ook op een andere manier worden toegepast, denk aan evenredige gelijkheid. Een klassiek voorbeeld hiervan is het voorbeeld van de drie kinderen, allemaal van een andere lengte, die alle drie niet over een hekje kunnen kijken. Er zijn zes blokjes te verdelen. Het toepassen van het gelijkheidsbeginsel zoals we dat nu kennen zou betekenen dat alle drie de kinderen twee blokjes krijgen, met

als resultaat dat niet iedereen over het hekje kan kijken. Het zou eerlijker zijn als de zes blokjes zo worden verdeeld dat elk kind over het hek kan kijken. We moeten misschien toe naar een andere benadering van het gelijkheidsbeginsel.

**Boesman** vult aan dat het op exact dezelfde manier toepassen van bepaalde normen op ongelijke gevallen, ook leidt tot rechtsongelijkheid. Die vrees voor rechtsongelijkheid en willekeur leeft misschien meer bij het bestuur en bij de rechtspraak dan bij burger. Voor de burger levert het meer onzekerheid op als de rechter zich niet openstelt voor zijn verhaal, als de rechter niet luistert naar wat voor gevolgen een besluit heeft en bereid is dit mee te wegen in de beslissing. Dat voelt voor een burger denk ik meer als willekeur. Het is voor beslismedewerkers en rechters veiliger om uit te gaan van vaste normen die op elk geval kunnen worden toegepast, maar daar reddend we het niet mee. Daarmee bereik je geen rechtvaardige rechtspraak.

**Schelfhout** geeft aan dat het begrip maatwerk wat hem betreft mag worden ingewisseld voor een beter begrip. Het woord maatwerk zet je immers ook niet als zodanig in een uitspraak, het begrip wordt slechts gebruikt om een bepaalde tendens weer te geven, waarvan we toch met z'n allen denken dat deze nodig is. De oude benadering ging te zeer uit van het perspectief van het bestuursorgaan. Dit is bijgesteld, in de nieuwe benadering wordt meer van het burgerperspectief uitgegaan. Op een bepaald moment ontstaat er vanzelf weer een evenwicht tussen de twee benaderingen. Juist door goed te motiveren waarom de uitkomst in bepaalde gevallen afwijkt van vaste jurisprudentie, zullen er op een bepaald moment weer nieuwe vaste lijnen komen.

**Michiel Scheltema** benadrukt dat het uiteindelijk gaat om de vraag wat de burger ervan vindt, bij de beantwoording van de tweede vraag ('In hoeverre staan de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid in de weg aan maatwerk?'). Waarom de beginselen in de weg zouden staan aan maatwerk is hem onduidelijk. Bij beginselen gaat het om burgers. Een burger beroept zich niet op vaste jurisprudentie. Een burger wil zekerheid hebben dat hij of zij behoorlijk behandeld wordt en dat het bestuursrecht niet heel gekke uitkomsten oplevert. Als maatwerk een middel is, denkt hij niet dat dat de rechtszekerheid in gevaar brengt. Het is een argument dat juristen aanspreekt, maar burgers niet.

**Boesman** is het hier volkomen mee eens. Het is een vaak gehoorde en gevoelde weerstand om meer maatwerk toe te passen. Het is belangrijk om niet te zwaar te tillen aan het rechtszekerheidsbeginsel of gelijkheidsbeginsel, omdat dit uiteindelijk niet nodig is voor de burger.

**Brugman** ziet dit anders. Een regel is bedacht door een democratisch gelegitimeerd orgaan en is voor iedereen van toepassing. Zo weten burgers ook waar ze recht op hebben. Als je als burger niet voldoet aan de voorwaarden om ergens recht op te hebben, dan zit daar ook een ratio achter. Andere mensen die niet voldoen aan de voorwaarden, hebben een bepaald recht wegens de desbetreffende regel ook niet gekregen. Dit is anders bij heel schrijnende, uitzonderlijke gevallen, daar zitten we juist bij het punt waar we met z'n allen over moeten nadenken. Maar het zojuist

beschrevene is wel wat het gelijkheidsbeginsel ook behelst. We willen graag iedereen eerlijk behandelen.

**Ippel** vraagt zich in reactie daarop af binnen welke bandbreedte je vindt dat een uitkomst mag liggen. De uitkomst van elk individueel geval kan niet precies hetzelfde zijn. We moeten het hebben over de bandbreedte waarbinnen het nog rechtvaardig is dat vergelijkbare gevallen een net wat andere uitkomst hebben. Dat is dan niet helemaal willekeurig, maar er bestaat wel een marge waarbinnen we deze ongelijkheid acceptabel vinden.

**Karin Schreuder** heeft een opmerking over stelling 6 ('Het is zowel in het belang van de burger als van de rechtsvorming dat de eerstelingsrechter in geval van twijfel kiest voor de meest burgervriendelijke uitkomst'). Het perspectief van maatwerk moet je zien in de context van de reactieve taak van een rechter. Een rechter oordeelt over een beroep dat binnenkomt, meer specifiek over de feiten en de gronden die zijn aangevoerd. Juristerij is een prachtig vak, maar het hoeft niet steeds juridischer gemaakt te worden. Met een bandbreedte, zoals eerder genoemd, probeer je het toch weer dicht te regelen. Dichtregelen leidt iedere keer weer tot vragen over hoe ver je mag en moet gaan. Je kijkt als rechter naar de feiten en naar het recht, maar het is allemaal niet zo eenduidig en makkelijk. Uiteindelijk is het contact tussen burger en overheid het belangrijkste; kan goed worden uitgelegd aan de burger waarom een bepaald besluit is genomen?

**Schelfhout** beaamt dat het zeker niet makkelijk is, maar waarom zou het makkelijk moeten zijn? Rechters zijn opgeleid om moeilijke zaken op te lossen en uit te leggen op een manier dat het toch nog begrijpelijk is. Het blijft wel belangrijk om niet alleen het burgerperspectief te hanteren, maar ook andere perspectieven. We zien in de praktijk nog heel veel zaken waarin het burgerperspectief nog niet overheersend is. Bij verreweg de meeste zaken die bij de rechtbank komen, speelt het burgerperspectief nog helemaal niet zo'n zware rol en kun je je afvragen of de uitkomst voor de burger nu echt redelijk is. Het blijft dus belangrijk om te blijven nadenken over de vraag of het belang van de burger voldoende meespeelt.

**Nijland** sluit hierbij aan. We moeten niet vergeten waar we vandaan zijn gekomen. Er wordt tijdens deze deelsessie een heel mooie discussie gevoerd. Het zou mooi zijn als deze discussie omtrent maatwerk breder wordt gevoerd. Er zijn nog veel rechters die niet individueel naar een zaak kijken en geen vragen stellen op zitting. En advocaten die niet goed weten hoe zij hun zaken effectief kunnen presenteren zodat een rechter maatwerk kan toepassen. Er is dus echt nog een slag te maken. In dit preadvies hopen we een aanzet te geven voor hoe we dat zouden kunnen doen.

**Van Ekeren** geeft aan dat ze laatst bij een bijeenkomst was met verweerders, advocatuur en de rechterlijke macht, waarin met elkaar werd gesproken over bewijslast. Veel aspecten die zij daar noemden, zijn hier ook aan de orde geweest. Dit soort bijeenkomsten zijn heel nuttig. Dit soort uitwisselingen zal hopelijk de procedure in de rechtszaal ten goede komen en ook de waardering van bewijs.



**Schelfhout** onderkent de eerdere opmerking van Nijland en benadrukt dat er nog veel nodig is in de rechtspraak.

**Marseille** sluit af met de opmerking het gelijkheidsbeginsel als handelingsperspectief kan worden gezien. Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden en ongelijke gevallen in de mate dat ze ongelijk zijn. Janneke Gerards heeft geschreven dat het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel met elkaar verbonden zijn. Het evenredigheidsbeginsel kan een rechtvaardiging vormen om gelijke gevallen niet helemaal gelijk te behandeld, of enigszins ongelijke gevallen toch gelijk. Dat komt overeen met de bandbreedte waar Ippel het over had. Het gelijkheidsbeginsel hoeft dan geen sta-in-de-weg te zijn voor het leveren van maatwerk.

**Marseille** dankt iedereen voor de inbreng en mooie discussies.

## **Tweede deelsessie**

**Bert Marseille** heet iedereen welkom bij de tweede deelsessie van het preadvies van Jo-Anne Nijland, Theo Schelfhout en Tim Boesman. In de vorige deelsessie was er sprake van een geanimeerde discussie, hij hoopt dat dat nu weer het geval zal zijn.

**Jo-Anne Nijland** heet iedereen nogmaals welkom en geeft aan dat ze het fijn vindt dat mensen interesse hebben in het preadvies en willen meedenken. Afgelopen jaar hebben ze als preadviseurs veel nagedacht en geschreven over het onderwerp en het is daarom extra fijn om te zien dat andere mensen de interesse in dit onderwerp delen. Tijdens deze deelsessie zouden ze graag de volgende onderwerpen behandelen.

Het eerste onderwerp is het belang van het rechterlijke dialoog. De volgende vragen zijn hierbij opgesteld:

1. Heeft de bestuursrechter in eerste aanleg een rechtsvormende rol en verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de rechtspraak, en zo ja hoe moet zij die invulling geven?
2. In hoeverre beperken rechtsbeginselen zoals gelijkheid en rechtszekerheid de bestuursrechter om maatwerk te bieden?

Het tweede onderwerp is de taakopvatting van de bestuursrechter en advocaat. Hierbij kunnen de volgende vragen worden gesteld:

3. Wat is het startpunt van de rechter, de regel of de feiten? En vanuit welk perspectief handelt zij: een brede of beperkte taakopvatting?
4. Hoe kan de advocaat de rechter verleiden tot maatwerk, en de burger in de knel zo goed mogelijk helpen?

Het derde onderwerp ziet op het handelingsperspectief en de instrumenten voor bestuursrechtelijk maatwerk. De volgende vragen zijn hierbij opgesteld:

5. Is de evenredigheidsrechtspraak van de appèlinstanties voldoende handzaam voor de praktijk? Kunnen rechters en advocaten daarmee uit de voeten?



6. Bieden beginselconforme wetsuitleg en contra-legendtoepassing van het evenredigheidsbeginsel adequate instrumenten om bij gebonden bevoegdheden maatwerk te bieden?

Het idee is om met het tweede onderwerp te beginnen, omdat in de eerste deelsessie het eerste onderwerp al uitgebreid aan bod is gekomen. Discussie of vragen over andere onderwerpen mag natuurlijk ook.

**Leo Neve** geeft aan dat bestuursrechters naar zijn ervaring vaak maar 20 minuten de tijd krijgen om een zaak te bespreken, en dat rechters binnen die tijd niet in discussie willen gaan maar slechts de standpunten willen horen van partijen. Hoe zit dat dan met het dialoog tussen procespartijen ter zitting en de bestuursrechter?

**Tim Boesman** beaamt dat het inderdaad helaas nog steeds voorkomt dat mensen met zo'n gevoel de zittingszaal uitlopen. Met de rechterlijke dialoog bedoelen de preadviseurs vooral de dialoog die wordt gevoerd tussen rechtbanken en appelrechters maar de dialoog van de rechter met procespartijen is ook heel belangrijk. Tijdens deze dialoog moet de rechter het feitelijke materiaal vinden om een uitspraak te doen die ook tot een evenredige uitkomst leidt. Het bestuursrecht heeft zich de afgelopen jaren wat dat betreft in een goede richting ontwikkeld. Sinds de Nieuwe zaaksbehandeling zijn rechters actiever geworden, maar het zal zeker nog niet altijd goed gaan helaas. Het is zo belangrijk om als rechter met de burger het gesprek aan te gaan om de relevante feiten boven tafel te krijgen en te vragen wat een besluit teweegbrengt. Dit moet je als rechter actief betrekken bij de beoordeling en in het bestuursrecht heb je daar als rechter ook allerlei middelen en instrumenten voor.

**Neve** vraagt zich af hoe je dit als rechter kunt doen, als je tien dagen voor zitting pas een dossier krijgt en niet meer kan ingrijpen in de tijd die is toegewezen voor de zitting?

**Theo Schelfhout** geeft aan dat een rechter met een oplossing moet komen, als deze ziet dat er bijvoorbeeld meer tijd nodig is voor een zaak. Het zou niet zo moeten gaan zoals Leo Neve het beschrijft. Juist op zitting is het belangrijk dat er een gedachtewisseling plaatsvindt en dat het goed aan het licht komt als de burger zich benadeeld voelt, zodat een rechter hierop door kan vragen.

**Neve** reageert dat als rechters niet betrokken worden bij de agendering van een zaak, deze toch gebonden zijn aan het vastgestelde tijdsschema.

**Schelfhout** geeft aan dat dit verschilt per rechtbank. Er zou in ieder geval van tevoren een goede inschatting gemaakt moeten worden van de tijd die voor een zaak nodig is en welke vragen gesteld zouden moeten worden. Dit is de streefnorm. In praktijk zal dit helaas nog niet overal zo worden toegepast.

**Wilfried Derksen** herkent zich niet in het beeld dat wordt geschetst. Als een zaak op zitting komt, wordt dit vroegtijdig aangekondigd bij de rechter. De rechter bekijkt

de zaak en beslist hoeveel tijd de zaak op zitting krijgt, of er vragen moeten worden gesteld of artikel 8:54 dan wel 8:57 Awb kan worden toegepast. Dit is een vorm van regievoering op een zaak. Er is dus wel degelijk al vroeg in het proces bemoeienis van een rechter.

**Thomas Sanders** heeft een vraag over stelling 6 ('Het is zowel in het belang van de burger als van de rechtsvorming dat de eerstelijnsrechter in geval van twijfel kiest voor de meest burgervriendelijke uitkomst'). Hoe gaan we om met zaken waarin sprake is van meerpartijenverhoudingen? In een gemiddelde omgevingsrechtzaak staan er belangen van twee burgers tegenover elkaar. Hoe moet de stelling in zulke gevallen worden gezien?

Daarnaast merkt Sanders op dat hij de dialoog met de vierde macht, het bestuursorgaan, mist. Rechters doen soms verrassende uitspraken die helemaal niet landen bij een bestuursorgaan, omdat het gesprek ook niet met hen op die manier is gevoerd. Een bestuursorgaan zal dan sneller in hoger beroep gaan. Er is misschien dus ook nog wel wat te winnen door het gesprek met het bestuursorgaan aan te gaan en ook richting het bestuursorgaan aan verwachtingsmanagement te doen.

**Boesman** reageert op het laatste punt en geeft aan dat hij het hier mee eens is. Als een rechter overweegt om een bestuursorgaan ongelijk te geven, zou de rechter dit moeten bespreken, zodat het bestuursorgaan op zitting nog de kans krijgt om te reageren. In het preadvies wordt echter gefocust op bepaalde deelgebieden van het bestuursrecht, waar lange tijd vooral weinig ruimte was voor de belangen van de burger en met deze belangen weinig rekening werd gehouden. Geredeneerd vanuit deze deelgebieden bestaat reden en behoefte om wat meer te focussen op de rol van de burger binnen het proces.

**Schelfhout** begrijpt de eerste vraag van Thomas Sanders goed en geeft aan dat de stelling eigenlijk niet gaat over meerpartijenverhoudingen. In meerpartijenverhoudingen kan het echter ook zijn dat er tussen de burgers sprake is van verschil in zelfredzaamheid en inzicht. Je hebt burgers met zeer deskundige advocaten en mensen die dat niet hebben. Het zou dan alsnog goed zijn als de rechter de minder zelfredzame burger een steuntje in de rug biedt door hier rekening mee te houden.

**Sanders** vraagt zich af of de preadviseurs bedoelen dat zij aanleiding zien om een bepaalde ongelijkheidscompensatie toe te passen in zaken waar bijvoorbeeld een grote projectontwikkelaar met veel juridische bijstand het opneemt tegen een andere burger.

**Schelfhout** zou wat betreft ongelijkheidscompensatie willen focussen op de procesvoering, door er bijvoorbeeld voor te zorgen dat ook de 'normale' burger de kans krijgt om diens stellingen goed naar voren te brengen, maar acht het concept van ongelijkheidscompensatie minder bruikbaar voor wetsuitleg. Het is goed om stelling 6 voor nu te beperken tot rechtsgebieden met vooral tweepartijenverhoudingen, maar het is zeker interessant om hier nog verder over na te denken.

**Nijland** voegt nog toe dat de visie van Thomas Sanders is gebaseerd op zijn specialisatie in het omgevingsrecht. In het vreemdelingenrecht is het echter vaak andersom, dus het bestuur maakt gebruik van de mogelijkheid van hoger beroep om precedentwerking te voorkomen, terwijl dat vanuit het burgerperspectief niet zo fraai is en burgers daar veel last van hebben. Waarom, vraag ik mij dan af.

**Selma van Velsen** maakt graag nog een opmerking over de dialoog met procespartijen. In een rapport van de Universiteit van Groningen genaamd 'Versneling van rechtsbescherming in het omgevingsrecht' staat een ontzettend mooie beschrijving van alle regie-instrumenten die een bestuursrechter heeft. Juist op zitting kan de dialoog met de procespartijen worden aangegaan, om te achterhalen hoe een besluit tot stand is gekomen en of rekenschap is gegeven van evenredigheid/menselijke maat. De combinatie van de dialoog tussen bestuursrechters en de dialoog tussen bestuursrechter en procespartijen kan leiden tot heel interessante uitkomsten.

**Nijland** bevestigt dat het super goed zou zijn als rechters meer gebruik maken van hun regie-instrumenten. Collega's werkzaam in de rechtspraak zullen daar mogelijk meer belemmeringen in zien. Hierop aanvullend zie je in het vreemdelingenrecht steeds vaker dat het bestuursorgaan veel eerder samen met de procesvertegenwoordiger naar zaken gaat kijken – in gevallen dat er in beroep is gegaan – en zaken eerder uit de beroepsmolen haalt, om te voorkomen dat een vreemdeling een jaar moet wachten op de zitting om vervolgens van de procesvertegenwoordiger van de IND te horen dat het besluit wordt ingetrokken omdat het besluit onvoldoende gemotiveerd wordt geacht. Dit is niet zozeer een vorm van regie vanuit de rechter, maar een vorm van regie vanuit het bestuur. Hierdoor wordt de rechtspraak minder belast en hoeven burgers niet onnodig lang in onzekerheid te verkeren.

'Waarschijnlijk zijn de meeste bestuursrechtjuristen hier vandaag goed geïnformeerd over het belang om een beroep op het evenredigheidsbeginsel goed te onderbouwen, met feiten en documenten. Interessanter en uitdagender is denk ik de vraag hoe we ook de mensen buiten deze jaarvergadering van dat belang en inzicht doordrongen krijgen.'

**Schelfhout** stelt dat de bestuursrechter inderdaad meer gebruik zou moeten maken van de instrumenten waarover deze beschikt. Bij veel rechtbanken worden de instrumenten in de praktijk weinig gebruikt. Dit heeft veelal te maken met de organisatie en capaciteit, maar dat is eigenlijk geen excuus. Wat je in ieder geval kunt doen als rechter, is waar nodig langer de tijd nemen voor een zitting dan voor de zaak was ingepland of een extra zitting inplannen wanneer sprake is van tijdnood.

**Van Velsen** geeft aan dat ze de invalshoek van toepassing van de menselijke maat bij de ontwikkeling en uitvoering van wet- en regelgeving miste tijdens de inhoudelijke vergadering 's ochtends. In toenemende mate heeft evenredigheid echt een plaats in het maken van beleid en de besluitvorming. Hoe kijken jullie daar tegenaan?

**Schelfhout** beaamt dat bestuursorganen in toenemende mate rekening houden met de menselijke maat in hun besluitvorming, wat erg positief is en voor veel zaken een oplossing biedt. Er zullen echter altijd zaken blijven die bij de rechtbank terechtkomen.

**Tissa van den Akker** spreekt over de feitenvaststelling en de feiten naar boven krijgen op zitting door middel van de onderzoeksinstrumenten die de rechter daarvoor heeft. De feiten naar boven krijgen is namelijk wel afhankelijk van de competenties die je als rechter bezit. Hoe zien de preadviseurs dit? En hoe kunnen rechters zich hierin ontwikkelen? Er zit bijna nooit iemand in de zaal om feedback te geven.

**Boesman** antwoordt dat zowel de Nieuwe zaaksbehandeling als de kinderopvangtoeslagenaffaire als verandermomenten kunnen worden gezien die hebben gezorgd voor meer focus op (procedurele) rechtvaardigheid. Hopelijk is het merkbaar dat rechters tegenwoordig proberen de zitting optimaal te benutten, het gesprek aan te gaan en burgers te vragen wat de gevolgen van een besluit zijn. Naast het feit dat de burger zich op die manier gehoord voelt, kan een bestuursrechter ook alleen toetsen op evenredigheid en andere rechtsbeginselen als alle feiten goed naar voren zijn gekomen. Van oudsher werken rechters heel zelfstandig. Naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagenaffaire is er wel echt sprake van een cultuuromslag. Er worden tegenwoordig bijvoorbeeld meer overleggen georganiseerd waarin rechters de mogelijkheid hebben om moeilijke zaken te bespreken met collega's.

**Peter Kugel** vraagt zich af wat de preadviseurs vinden van het feit dat er in het bestuursrecht geen vertegenwoordiging is vereist. Hebben de preadviseurs het liever als burgers wel of niet door advocaten worden bijgestaan? En hoe kijken de preadviseurs aan tegen het feit dat sommige burgers niet of door een slechte advocaat worden bijgestaan en andere burgers door een goede, dure advocaat? Zou het wenselijk zijn als rechters bijvoorbeeld minder aandacht besteden aan bedrijven met een dure advocaat vanuit een soort van ongelijkheidscompensatie?

**Schelfhout** geeft aan dat het voor de kwaliteit van de zaaksbehandeling niet zou moeten uitmaken of partijen wel of niet worden bijgestaan door een advocaat. Het is wel belangrijk dat mensen toegang hebben tot een advocaat, zeker in de sociale rechtsgebieden, en dat deze advocaat ook voldoende kwaliteit heeft. Er zijn echter ook rechtsbijstandsverleners die geen advocaat zijn die dat heel goed doen, dus verplichte vertegenwoordiging van een advocaat zou niet per se hoeven.

**Boesman** voegt hieraan toe dat hij, bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht, soms liever geen advocaat dan een slechte advocaat ziet. Als rechter voel je je soms meer geroepen om aan ongelijkheidscompensatie te doen als er geen procesvertegenwoordiger bij betrokken is. Maar eigenlijk zou dit geen grote rol moeten spelen. Als rechter moet je eigenlijk in alle gevallen een actieve houding aannemen en waar nodig feiten en gronden aanvullen.

**Nijland** stipt aan dat de financieringsproblematiek binnen de sociale advocatuur het soms moeilijk maakt voor advocaten om altijd kwaliteit te bieden. Voor een

bezwaarprocedure krijgt een advocaat bijvoorbeeld acht uur betaald. Binnen deze acht uur moet alles worden gedaan – gesprekken met cliënten, bewijsstukken uitpluizen, gronden opstellen, hoorzitting bijwonen – wat gewoon best wel lastig is. De financieringsproblematiek maakt het dus ook wel erg lastig. Het is dus goed als rechters zich niet al te veel laten leiden door wel of geen advocaat, maar dat het burgerperspectief voorop wordt gesteld.

**Van den Akker** geeft aan dat het inschakelen van een advocaat heel vaak verhardend werkt in conflicten tussen mensen. Het zou in sommige situaties misschien zelfs beter zijn als mensen geen advocaat inschakelen.

**Armin Karimi** vraagt zich af hoe in de rechtspraak de keuze wordt gemaakt om in de ene zaak extra tijd te bieden en de andere zaak via de standaardwerkwijze op te lossen, ook gelet op de spaarzame tijd die beschikbaar is en dat maatwerk meer tijd kost. Hoe denken de preadviseurs daarover?

**Schelfhout** antwoordt dat het er uiteindelijk om gaat of je als rechter ziet dat in een bepaalde zaak de gevolgen die iemand ondervindt zeer ernstig uitpakken of verregaande gevolgen hebben. Dit zie je soms al in de stukken, maar vaak wordt dit pas duidelijk op zitting. In welke zaken dat dan precies is, dat is lastig te beantwoorden. Vaak is de impact van een besluit de aanleiding voor het bieden van maatwerk.

**Boesman** voegt toe dat dit inderdaad het perspectief is van de individuele rechter; de rechter gebruikt zijn intuïtie. Vanuit het perspectief van de interne organisatie zie je in de afgelopen jaren binnen de rechtspraak steeds meer dat rechters elkaar opzoeken om over lastige zaken na te denken en te spreken. Een wat ouder voorbeeld speelde bij de rechtbank Rotterdam die een half jaar lang is afgeweken van de vaste rechtspraak van de Afdeling over de kinderopvangtoeslagen, nadat een aantal collega's hierover uitvoerig met elkaar had gesproken. Er is mede vanwege de toeslagenaffaire meer openheid ontstaan binnen de rechtspraak.

**Nijland** geeft aan dat de vraag van Armin Karimi ontzettend fundamenteel is; wat maakt dat een rechter in de ene zaak wel en in een andere zaak geen maatwerk toepast? En wat kan je als advocaat doen om een rechter als het ware te 'triggeren'? Een rechter moet zich verplaatsen in het perspectief van de burger, maar een advocaat moet zich verplaatsen in de positie van de rechter.

**Michiel van Emmerik** merkt op dat er een belangrijke plicht op advocaten (en partijen) rust om zo veel mogelijk bijzondere omstandigheden aan te voeren, nu daardoor de kans inderdaad groter is dat de rechter hierdoor tot nadenken wordt aangezet. Het is mooi om te horen dat er nu ook vaker binnen de rechtspraak discussie ontstaat over bepaalde zaken. Evenredigheid is iets heel erg goeds, maar het lijkt nu soms wel alsof er overal een beroep op evenredigheid wordt gedaan. Het is belangrijk dat advocaten ervoor zorgen dat er in de juiste gevallen een beroep op evenredigheid wordt gedaan en dat dit beroep wordt gestaafd met de juiste feiten. Als rechters ervan overtuigd zijn of worden dat een bepaald besluit niet deugt, zijn er altijd mogelijkheden.

**Nijland** is het ermee eens dat het als advocaat heel belangrijk is om te wijzen op bijzondere feiten en omstandigheden. Waarschijnlijk zijn de meeste bestuursrechtjuristen hier vandaag goed geïnformeerd over het belang om een beroep op het evenredigheidsbeginsel goed te onderbouwen, met feiten en documenten. Interessanter en uitdagender is denk ik de vraag hoe we ook de mensen buiten deze jaarvergadering van dat belang en inzicht doordrongen krijgen. Hoe bereiken we advocaten die zich slechts beroepen op juridische argumenten, en de rechter niet helpen om een beroep op het evenredigheidsbeginsel goed te kunnen beoordelen?

**Lukas van der Berge** neemt in het preadvies twee tendensen waar; enerzijds een pleidooi om te durven afwijken van gebaande paden wanneer nodig en anderzijds een sterke behoefte aan handvatten bij het afwijken van deze gebaande paden. Hoe verhouden deze tendensen zich tot elkaar? Durf je als rechter alleen af te wijken als er bepaalde handvatten zijn of moet je soms toegeven dat echte rechterlijke durf of moed ook vereist dat handvatten niet altijd bestaan?

**Boesman** denkt dat een rechter zich soms moet laten leiden door zijn intuïtie en het gevoel dat er iets moet gebeuren. Uiteindelijk moeten we echter wel werken met het systeem dat ons ter beschikking staat. In het preadvies is daarom als uitgangspunt genomen dat er binnen het systeem een oplossing te vinden moet zijn, bijvoorbeeld door middel van wetsuitleg of het maken van een uitzondering door exceptieve toetsing of contra-legemtoepassing. Het kan zijn dat het systeem daarbij wordt opgerekt, maar dat beschouwen wij wel als werken binnen het systeem. Er is één aspect waarbij je je wel serieus kunt afvragen of er binnen het systeem voldoende ruimte is om een oplossing te vinden en dat is het toetsingsverbod. Als een bepaling in de formele wet niet voor meerdere uitleg vatbaar is, kan je als rechter nu bijna niets doen om maatwerk te bieden en een evenredige uitkomst te bereiken. Eigenlijk moet een rechter ook in zulke gevallen iets kunnen doen, als er sprake is van onmiskenbaar onrecht. Dit zou gerealiseerd kunnen worden door de strenge norm van het *Harmonisatiewet*-arrest te verlaten.

**Erik Scheers** vraagt zich af hoe de preadviseurs de invloed van het politieke klimaat op de discussie omtrent maatwerk zien. Je ziet nu een beweging naar meer maatwerk, maar we gaan ons in een ander politiek klimaat begeven. Hoe bestendig is het idee van maatwerk?

**Nijland** ziet op dit moment dat de Afdeling de afgelopen jaren een iets positievere trend heeft ingezet in de zin van meer rechtsbescherming voor de vreemdeling, maar is bang dat dat mogelijk weer de andere kant opslaat door het huidige politieke klimaat. Ze is benieuwd hoe sterk de rechtspraak is om daar tegenwicht aan te bieden.

**Schelfhout** verwacht niet dat rechters bepaalde ontwikkelingen fundamenteel anders gaan zien wanneer er een andere politieke wind waait. In de rechtspraak wordt altijd gezegd dat moet worden gekeken naar hoe de maatschappij zich ontwikkelt en daarop moet worden ingespeeld. Dit heeft echter wel een grens als het

gaat om fundamentele zaken waarin effectieve rechtsbescherming en bescherming van burgerrechten in het geding zijn.

**Boesman** geeft aan dat hij zich wel zorgen maakt. De ontwikkeling richting burgerfreundelijkere rechtspraak wordt in ieder geval in het vreemdelingenrecht doorkruist door plannen die zullen leiden tot strengere regelgeving. De druk op rechtbanken zal daardoor toenemen. Het is spijtig dat er mogelijk ook maatregelen doorgevoerd zullen worden waarvan nu al bekend is dat deze in strijd zijn met bepaalde verdragen.

**Kugel** voegt toe dat Rob Widdershoven in de eerdere deelsessie heeft aangegeven dat het barre tijden zullen worden, maar dat hij vertrouwen heeft dat rechters de rechtsstaat zullen verdedigen. Daarnaast wil hij stelling 2 ('De appèlrechter heeft het laatste woord maar de eerstelijnsrechter moet niet aarzelen om een (van vaste rechtspraak) afwijkende uitspraak te doen als dat nodig is om een evenredige uitkomst te bereiken') linken aan het Europees recht. Moeten lagere rechters niet wat moediger zijn door sneller prejudiciële vragen te stellen? Daarmee omzeil je als bestuursrechter in eerste aanleg de appèlrechter.

**Nijland** stelt dat rechters dit in het vreemdelingenrecht jarenlang hebben gedaan en nog steeds doen, omdat de Afdeling zo streng was. Ook wordt het vreemdelingenrecht natuurlijk het meest beïnvloed door het Unierecht. Heel veel antwoorden op deze prejudiciële vragen hebben geleid tot wijziging van de rechtspraak van de Afdeling. Als rechters op andere rechtsterreinen zich daardoor geïnspireerd voelen, *go ahead*. Het is zeker een goede manier, maar er zijn natuurlijk ook veel andere manieren om de dialoog aan te gaan met appèlrechter.

**Boesman** voegt toe dat het vreemdelingenrecht in een aantal opzichten als inspiratie kan dienen voor andere rechtsgebieden, omdat het zo dynamisch is. De uitbreiding van de rechterlijke dialoog met de rechter in Luxemburg is daar een heel mooi voorbeeld van. In de meerderheid van de gevallen waarin een rechtbank prejudiciële vragen heeft gesteld, heeft dit geleid tot een verruiming van de rechtspraak van de Afdeling en daarmee tot meer ruimte in het vreemdelingenrecht. Er is best wat discussie over de vraag of het wenselijk is dat rechtbanken dit doen, maar de rechtbank is ook Unierechter, dus het stellen van prejudiciële vragen is een legitieme manier om de rechterlijke dialoog uit te breiden en voort te zetten. Het is dan natuurlijk wel belangrijk dat de verwijzende rechter dat goed motiveert.

**Bahija Aarras** maakt graag een opmerking over stelling 8 ('De drietrapsstoets van het evenredigheidsbeginsel is op papier begrijpelijk, maar voor de praktijk complex. Bestuursrechters en advocaten hebben meer behoefte aan praktische handvatten vanuit de wetenschap en ervaringen uit andere rechtsstelsels'). Zij ziet in deze stelling een relatie met de taakopvatting van de bestuursrechter. Los van de vraag of de rechter handvatten überhaupt nodig heeft om een moedige rechter te zijn, zijn de handvatten er volgens haar al. De evenredigheidstoets/drietrapsraket omvat namelijk een grondrechtelijke toets. In een grondrechtelijke toets wordt al heel lang een evenredigheidstoets gehanteerd. Een van de problemen is dat de



bestuursrechter vaak niet wil toekomen aan een grondrechtelijke toets. Terug naar de taakopvatting van de bestuursrechter: zou effectieve rechtsbescherming niet het startpunt van de bestuursrechter moeten zijn? Dat bepaalt vervolgens of het een perspectief van systeemdenken of probleemdenken vereist. Als er structurele fouten in het systeem zitten, vereist dat een andere toetsing dan als het om disproportionaliteit in een concreet geval gaat.

**Nijland** reageert dat effectieve rechtsbescherming als startpunt van de bestuursrechter een fundamentele perspectiefverschuiving is, in de zin dat je als rechter nog meer uitgaat van wat de burger daadwerkelijk nodig heeft. Zij sprak vanochtend met Viola Bex-Reimert over de vraag in hoeverre je bij rechterlijke toetsing van discretionaire bevoegdheid onderscheid kan maken tussen technische ruimte en politieke ruimte en of de rechter wellicht indringender mag toetsen bij politieke ruimte.

Nijland moest daarbij heel erg denken aan de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken, dit betreft echter een feitenvaststelling, dus je komt hierbij helemaal niet toe aan een evenredigheidstoets. Wat Nijland hoort zeggen is dat de feitenvaststelling het zicht kan belemmeren en in de weg kan staan van een goede beoordeling van wat de burger daadwerkelijk nodig heeft op het punt van effectieve rechtsbescherming. Misschien zou je dus niet moeten beginnen bij de feiten, omdat je dan mogelijk niet uitkomt bij die effectieve rechtsbescherming. Maar hoe dat dan precies zou moeten, dat weet Nijland niet.

**Schelfhout** geeft aan dat in de bestuursrechtspraak een steeds sterkere oriëntatie op grondrechten is te zien, ook in het kader van de evenredigheidstoets. Daarmee is echter nog lang niet alles opgelost en praktische handvatten blijven nodig. Het is belangrijk om ook te kijken naar andere rechtsstelsels zoals het Europees stelsel. Daar kan men inspiratie en nieuwe perspectieven vinden voor de Nederlandse bestuursrechtspraak.

**Tony Barshini** merkt op dat het al veel is gegaan over hoe we maatwerk kunnen bewerkstelligen. Maatwerk kost echter veel tijd, menskracht en geld. Denken jullie dat er grenzen zijn aan maatwerk? Houdt het ergens op? Waar liggen die grenzen? Aan wie is het om die grenzen te bepalen?

**Boesman** beaamt dat rechtspraak kan vastlopen als maatwerk betekent dat je als rechter steeds meer per individueel geval de feiten moet onderzoeken en zaken die doorgaans buiten zitting worden behandeld ook op zitting moet behandelen om tot het echte verhaal van de burger te komen. In de literatuur is hier al veel over gezegd. Eén manier om dit het hoofd te bieden is dat de rechter zich vaker afvraagt of sprake is van een individueel probleem waarvoor een uitzondering op de regel moet worden gemaakt of dat er eigenlijk een breder probleem speelt. Als sprake is van een breder probleem, vraagt dat ook om een ruimere, meer constitutionele, benadering. Dat kan bijvoorbeeld door de geldende regel anders uit te leggen. Dit heeft ook effect op andere zaken die daarna komen. Dit is een manier om te voorkomen dat de rechtspraak nog verder vastloopt in de steeds intensievere beoordeling van individuele gevallen.



**Steven Debie** vraagt zich af of er niet ook een belangrijke rol voor de appèlrechter is weggelegd om de dialoog tussen appèlrechter en rechter in eerste aanleg meer leven in te blazen.

**Schelfhout** denkt dat dit al wel gebeurt, in steeds grotere mate. Vroeger werden afwijkende uitspraken in hogerberoepszaken vaak afgedaan met een korte verwijzing naar eerdere vaste rechtspraak van de appèlrechter. Dat zie je nu veel minder. De appèlrechter motiveert in dat soort zaken steeds uitgebreider en besteedt daarbij aandacht aan alle overwegingen van de rechtbank.

**Marseille** bedankt iedereen voor de inbreng en mooie discussies.

# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Maartje Verhoeven & Rob Widdershoven

Voorzitter: Hanna Sevenster

Verslaglegger: Melanie van Zanten

## Eerste deelsessie

**Hanna Sevenster** heet iedereen van harte welkom bij deze deelsessie en vraagt aan wie van de deelnemers zij het woord mag geven.

**Robert Jan Hekket** bijt het spits af met een vraag over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden bevoegdheden. Bij nationale gebonden bevoegdheden kan worden getoetst aan het nationale evenredigheidsbeginsel. Bij dwingend geformuleerde EU-regelgeving, zoals de douaneregels, is daarentegen geen ruimte voor toepassing van het Europese evenredigheidsbeginsel. Hekket vraagt zich af wat dat betekent voor de nationale context. Zou deze Unierechtelijke beperking moeten meebrengen dat er ook geen ruimte is voor evenredigheidstoetsing van nationale gebonden bevoegdheden?

**Rob Widdershoven** antwoordt dat er inderdaad veel EU-regels zijn, bijvoorbeeld ook op het gebied van landbouw, waarvan niet kan worden afgeweken en die harder kunnen zijn dan het Nederlandse recht. Het enkele feit dat er bij die EU-regels geen ruimte is voor de toepassing van het Europese evenredigheidsbeginsel kan volgens Widdershoven geen reden zijn om die lijn door te trekken naar nationale zaken. Als wij in Nederland vinden dat het nationale evenredigheidsbeginsel dwingend geformuleerde nationale regelgeving opzij kan zetten, dan moeten we dat kunnen bepalen. Wellicht kan zo'n bepaling niet altijd worden toegepast in zaken die vallen binnen de reikwijdte van het Unierecht – dan moet immers het Unierecht inclusief het Europese evenredigheidsbeginsel worden toegepast – maar dat geldt voor meer regels van de Awb. Zo kan ook onze nationale bezwaar- en beroepstermijn uit artikel 6:7 Awb niet steeds worden toegepast in Unierechtelijke zaken, omdat sommige verordeningen een andere termijn dwingend voorschrijven. Dat is echter geen reden om geen uniforme termijn in de Awb op te nemen. Kortom, dat het Unierecht soms voorschrijft hoe een onderwerp moet worden toegepast in Unierechtelijke zaken is geen reden om in het nationale recht niet te regelen wat wij zelf belangrijk vinden. Dat onze nationale regels dan soms buiten toepassing moeten worden gelaten, is dan maar zo.

**Valentijn Wösten** vraagt zich af welke betekenis het Handvest kan hebben voor de toegang tot de bestuursrechter onder de Crisis- en herstelwet, in het bijzonder ten aanzien van de regel dat alle beroepsgronden, anders dan in reguliere procedures, binnen zes weken moeten worden ingediend. Met name voor derdebelanghebbers is dat vrij beperkend omdat zij doorgaans pas laat in de procedure worden betrokken en het vaak complexe besluiten betreft.

**Maartje Verhoeven** denkt niet dat het Handvest voor deze problematiek een oplossing biedt. Verhoeven wijst erop dat kwesties als fatale beroepstermijnen, ook in de zin dat binnen een termijn alle beroepsgronden ingediend moeten worden, door het Hof van Justitie worden benaderd via het beginsel van procedurele autonomie en dat aldus op dit vlak veel variatie mogelijk en toegestaan is. In een heel specifiek en bijzonder geval zou de regel dat alle beroepsgronden binnen een termijn van zes weken moeten worden ingediend misschien in strijd kunnen zijn met het doeltreffendheidsbeginsel, maar gebaseerd op de bestaande rechtspraak, vooral *Eco Advocacy* (C-721/21), gaat het Unierecht voor deze kwestie geen oplossing bieden.

**Widdershoven** vult aan door de context van het arrest *Eco Advocacy* te schetsen. In dat arrest werd de Ierse regel dat het voorwerp van geschil bepaald wordt door de gronden die zijn aangevoerd op het moment van de instelling van beroep, toelaatbaar gevonden in het kader van de procedurele *rule of reason*. Daarbij was de redenering dat een dergelijke regel vertraging voorkomt en daarom een goed verloop van de procedure verzekert.

**Wösten** maakt vervolgens een koppeling met de term onevenredigheid. Die term is nog grotendeels onbepaald. Geeft die onbepaaldheid misschien ruimte om te zeggen dat de zeswekentermijn voor het indienen van alle beroepsgronden onevenredig is?

**Widdershoven** reageert dat dit in beginsel misschien zo had kunnen zijn, maar dat het Hof van Justitie heeft gekozen voor een andere benadering. De regel waarover we hier spreken (over fatale beroepstermijnen) is een beperking van het recht op toegang tot de rechter. Dit had door het Hof beoordeeld kunnen worden in het kader van artikel 47 Handvest en dan had die beperking evenredig moeten zijn, maar dat is niet de lijn die het Hof heeft gekozen in *Eco Advocacy*, al is Widdershoven het ermee eens dat het Hof deze route wel had kunnen kiezen.

**Selma van Velsen** vraagt zich af of hier niet ook de impact op een partij, de mate van ingrijpendheid, een rol speelt of in de toekomst zou kunnen spelen. Heeft het Hof van Justitie daarover nog iets gezegd in het arrest *Eco Advocacy*?

**Verhoeven** ziet niet direct dat die ingrijpendheid een grote rol zou kunnen spelen, omdat de termijnstelling in de Crisis- en herstelwet heel vergelijkbaar is met de Ierse regel zoals die werd beoordeeld in het arrest *Eco Advocacy*.

**Widdershoven** stemt in met Verhoeven en wijst er verder op dat de ingrijpendheid wel iets kan uitmaken, maar dan wel bijvoorbeeld in de context van artikel 41 van

het Handvest (recht op behoorlijk bestuur) en niet in de benadering van procedurele autonomie die het Hof geeft gekozen in het arrest *Eco Advocacy*.

**Thomas Sanders** complimenteert de preadviseurs met hun preadvies dat hij met veel interesse heeft gelezen en stelt een vraag over bestuurlijke sancties. Hij vraagt zich af wat de betekenis is van het arrest MV-98 (C-97/21) van het Hof van Justitie voor sluitingen op grond van artikel 13b Opiumwet. In dat arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de verzegeling van een pand waar goederen worden opgeslagen waarmee btw-fraude kan worden gepleegd als 'van strafrechtelijke aard' moet worden gekwalificeerd, waarvoor ook van belang is dat deze maatregel mede als doel heeft om nieuwe overtredingen te voorkomen. Een sluiting op grond van artikel 13b Opiumwet is ook toekomstgericht, in de zin dat het doel is om overtredingen in de toekomst te voorkomen. Tegen deze achtergrond vraagt Sanders aan Verhoeven en Widdershoven of zij vinden dat het MV-98-arrest de doodsteek voor Opiumwetsluitingen kan zijn.

**Widdershoven** weet niet zeker welke conclusies we nu moeten trekken uit het MV-98-arrest. Uit het arrest lijkt te volgen dat herstelsancties die herhaling moeten voorkomen bijna altijd zouden moeten worden aangemerkt als bestraffend. Dat zou het einde kunnen betekenen voor onze herstelsancties. Widdershoven betwijfelt echter of het Hof deze lijn bewust heeft ingezet. Hij vindt het oordeel onverwachts en merkt op dat de uitspraak is gedaan door een kamer met drie rechters en zonder conclusie, waardoor hij zich afvraagt of men wel heeft doordacht welke vergaande consequenties dit oordeel zou kunnen hebben. Als het Hof deze lijn bewust heeft ingezet en zal doorzetten, dan wordt de toepassing van herstelsancties om herhaling van de overtreding te voorkomen wellicht bestraffend en zullen daarvoor andere waarborgen moeten gelden. Zover is het nog niet. Het lijkt vooralsnog een incidenteel geval en nog geen vaste lijn.

**Sevenster** vraagt zich af of het feit dat in de algemene vergadering van het Hof (met alle rechters) de keuze wordt gemaakt om een zaak te verwijzen naar een kamer van drie zonder advocaat-generaal juist niet eigenlijk zegt dat het Hof het gegeven oordeel in MV-98 kennelijk evident vindt. Aldus plaatst Sevenster een kanttekening bij de gedachte dat een lijn die is ingezet in een uitspraak die is gedaan door drie rechters minder van betekenis zou zijn voor de kant die het Hof opgaat.

**Widdershoven** reageert dat het wellicht voor het Hof onomstreden zou kunnen zijn, maar voor Nederland betreft het een vergaand oordeel dat ons aan het denken moet zetten over de kwalificatie van met name onze herstelsancties die erop gericht zijn om overtredingen in de toekomst te voorkomen. Widdershoven schetst verder twee mogelijke manieren waarop de jurisprudentie van het Hof zich zou kunnen ontwikkelen op dit punt. Een eerste mogelijkheid is dat we naar een systeem toegaan waarin meer sancties als bestraffend worden aangemerkt, maar waarbij er mogelijk niet voor elke bestraffende sanctie dezelfde waarborgen gelden. Hoe passend is het bijvoorbeeld om bij sancties zoals aan de orde in het arrest MV-98 ook het ne bis in idem-beginsel en het nemo tenetur-beginsel toe te passen? Een tweede

mogelijkheid is dat het Hof het oordeel in het arrest MV-98 in de toekomst verzacht, in die zin dat de categorie bestraffende sancties niet wordt uitgebreid.

**Sevenster** legt aan de zaal de vraag voor wat de hier gevoerde discussie betekent voor stelling 1. Die luidt:

‘Unierechtelijke beginselen en fundamentele rechten kunnen inspiratie bieden voor een burgervriendelijker bestuursrecht en moeten daarom vrijwillig worden geadopteerd, zodat zij ook van toepassing zijn buiten de werkingssfeer van het Unierecht. Deze adoptie past wat betreft rechtsbescherming goed bij de ambitie van het nieuwe artikel 17 Gw.’

**Widdershoven** antwoordt dat als het Hof in de toekomst meer sancties aanmerkt als bestraffend, dat veel van onze nationale herstelsancties binnen de context van het Unierecht dan bestraffend zullen zijn. Dat zou dan voor zoveel herstelsancties gelden, dat we niet meer kunnen werken met twee systemen (nationaal ‘herstel’, Europees ‘bestraffend’). We zullen in dat geval hoe dan ook opnieuw moeten nadenken over (de kwalificatie van) onze sancties, inclusief de daarbij horende waarborgen, al dan niet op vrijwillige basis.

**Sanders** stelt een vervolgvraag en verwijst daarbij naar stelling 8. Die luidt:

‘De bestuursrechter moet bestuurlijke sancties van strafrechtelijke aard, waaronder ook de verzegeling van een bedrijfspand om herhaling van overtredingen te voorkomen, valt, indringend toetsen. Deze maatstaf kan ook gelden voor niet-bestruffende bestuurlijke sancties.’

De zinsnede ‘deze maatstaf kan ook gelden voor niet-bestruffende bestuurlijke sancties’ leest Sanders als een oproep van de preadviseurs om het Handvest preventief te gaan toepassen bij niet-bestruffende bestuurlijke sancties en daarbij ook de maatstaven voor bestraffende sancties te gaan toepassen. Sanders vraagt de preadviseurs of zijn lezing klopt of dat hij misschien te veel leest in stelling 8.

**Widdershoven** merkt op dat deze stelling ziet op evenredigheidstoetsing en dat het erom gaat dat we, voor zover we dat nog niet zijn, af moeten van het idee dat herstelsancties niet serieus zouden te hoeven worden getoetst. Of die toets precies even ver moet gaan als bij bestraffende sancties, laat Widdershoven vooralsnog in het midden, ook omdat de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof moet worden afgewacht. De stelling is om die reden ook voorzichtig geformuleerd.

**Michiel van Emmerik** maakt een opmerking vanuit EVRM-perspectief die aansluit bij de discussie die gevoerd wordt. Ook in de rechtspraak van het EHRM is er op dit punt veel onduidelijkheid, in die zin dat het begrip ‘criminal charge’ in Straatsburg niet meer steeds leidend is en het EHRM soms sancties die eerder als ‘criminal charge’ werden aangemerkt niet langer als zodanig kwalificeert. Dit ondersteunt de eerder door Widdershoven gedane oproep om ons hele nationale ‘sanctiesysteem’ te doordenken. Het is, los van het EVRM en het Unierecht, onze taak in Nederland

om goed te kijken naar de waarborgen die zouden moeten gelden bij sancties en hoe we de rechtsbescherming tegen die sancties vormgeven. In dat licht vindt ook Van Emmerik dat niet elke waarborg, zoals het recht op een advocaat en een tolk, even passend is voor iedere sanctie. Daarin zullen we moeten differentiëren.

**Widdershoven** is het eens met Van Emmerik.

**Marleen Botman** snijdt een ander onderwerp aan: een door haar opgemerkt verschil tussen de Unierechtelijke en nationale evenredigheidstoets. De Unierechtelijke evenredigheidstoets wordt in het kader van het vrij verkeer zo toegepast dat nationale beperkingen daarvan door het Hof van Justitie in abstracto – op regelgevingsniveau – worden getoetst op geschiktheid en noodzakelijkheid. Er vindt op EU-niveau geen beoordeling plaats van de evenwichtigheid (evenredigheid in strikte zin) van zo'n beperking. Op nationaal niveau beoordeelt de rechter daarentegen ook de evenwichtigheid, waarbij die toets niet in abstracto wordt uitgevoerd maar betrekking heeft op de evenwichtigheid in het concrete geval. Ter illustratie wijst Botman op de uitspraak *Amsterdam Cheese Company* van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2018:4173). Botman vraagt de preadviseurs hoe zij hiertegen aankijken en of zij vinden dat het Hof van Justitie ook een op het concrete geval gerichte evenwichtigheidstoets zou moeten uitvoeren.

**Widdershoven** ziet het verschil ook en denkt dat het verschil niet principieel is, maar te maken heeft met de taakverdeling tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter. Het Hof van Justitie gaat over de evenredigheid *as such* en beperkt zijn beoordelingen van nationale beperkingen gelet daarop tot een toets op geschiktheid en noodzakelijkheid op regelgevingsniveau. Vervolgens is het aan de nationale rechter om te bekijken of de beperking ook in het concrete, voorliggende geval evenwichtig is. Er is hier volgens Widdershoven een parallel te trekken met de grotkameruitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 26 maart 2024 (ECLI:NL:CBB:2024:190). Daaruit volgt dat de beoordeling van algemeen verbindende voorschriften als zodanig met name plaatsvindt door een geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets, terwijl bij de concrete toepassing van die voorschriften vooral moet worden gekeken naar de evenwichtigheid. Terzijde merkt Widdershoven op dat er wel zaken zijn waarin het Hof van Justitie ook de evenwichtigheid beoordeelt. Dat gebeurt met name in zaken die in de sanctiesfeer liggen, zoals in het arrest *Urbán* (C-210/10).

Het onderwerp van discussie verandert met vragen van **Matthijs van der Beek**. Zijn vragen gaan over stelling 5, die luidt:

'In de geest van de ongelijkheidscompensatie die het Unierecht soms nastreeft voor zwakkere groepen kan de bestuursrechter een ruimere plicht aannemen tot ambts-halve toepassing van het recht. Deze verplichting zou kunnen gelden voor de toetsing van de evenredigheid van sancties en maatregelen op het terrein van sociale zekerheid en toeslagen.'

Van der Beek vraagt de preadviseurs als eerste hoe zij de inpassing van deze plicht in de Awb voor zich zien. Met name vraagt Van der Beek zich af of de plicht ook zou moeten gelden op andere terreinen als we evenredigheidstoetsing van sancties en maatregelen op het terrein van sociale zekerheid en toeslagen gaan zien als een kwestie van openbare orde. Ten tweede legt Van der Beek de preadviseurs de vraag voor of het wel nodig is om deze kwestie te beschouwen als van openbare orde. Zouden we niet hetzelfde resultaat kunnen behalen met het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden?

**Verhoeven** begint met de beantwoording van de tweede vraag van Van der Beek. Verhoeven denkt dat we een heel eind kunnen komen met het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, mits de rechter doorvraagt ('bedoelt u hiermee te zeggen dat ...'). Afhankelijk van de rechter die beslist, kan veel al worden binnen geharkt en in die zin is het de vraag of het een groot verschil zal maken als de verplichting tot ambtshalve toetsing van het recht wordt uitgebreid. Daarbij verwijst Verhoeven ook naar de recent verschenen conclusie over ambtshalve toetsing in vreemdelingenzaken aan het beginsel van non-refoulement en merkt daarover op dat in de meeste zaken toch al een beroep wordt gedaan op dat beginsel of dat dit erin gelezen kan worden. Over de eerste vraag van Van der Beek merkt Verhoeven op dat de verruimde plicht tot ambtshalve toepassing op het terrein van sociale zekerheid en toeslagen inderdaad waarschijnlijk tot gevolg zal hebben dat die verruiming dan ook moet gelden voor andere terreinen. Als evenredigheidstoetsing op één terrein een kwestie van openbare orde wordt, dan ligt het voor de hand dat dit voor alle terreinen geldt.

**Widdershoven** haakt aan en merkt op dat we af en toe ook iets nieuws moeten proberen. Er was een tijd waarin ambtshalve toepassing van het recht in het sociale-zekerheidsrecht normaal was. De afschaffing van die plicht moet worden gelezen in artikel 8:69 lid 1 Awb, maar daarin staat niets over welke kwesties wel en niet van openbare orde zijn, zodat die bepaling ook niet in de weg hoeft te staan aan een ruimere ambtshalve toetsing. Daarnaast heeft afschaffing plaatsgevonden zonder dat we eigenlijk weten waarom. Zouden we gelet daarop niet eens goed moeten nadenken of die ambtshalve toepassing van het recht in het sociale zekerheidsrecht weer terug zou moeten keren? De verruiming past bovendien bij de lijn die op EU-niveau is ingezet, inhoudende dat de rechter bij 'zwakkere belangen' méér ambtshalve moet doen (vreemdelingenrecht, consumentenrecht). Hoe een en ander dan precies zou moeten worden vormgegeven, is een vervolgvraag. Zolang verruiming niet aan de orde is, moet in elk geval het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden zo ruim mogelijk gebeuren.

In zijn reactie op de antwoorden van de preadviseurs wijst **Van der Beek** op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de plicht om ambtshalve de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring te toetsen (ECLI: NL:RVS:2023:2829). Van der Beek vraagt zich af of een vergelijkbaar resultaat ook bereikt had kunnen worden via het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. En: als we dan nu toch de situatie hebben dat de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring ambtshalve moet worden getoetst, zouden we die plicht, mede gelet

op de overwegingen in de zojuist genoemde uitspraak van de Afdeling, moeten doortrekken naar zaken waarin absolute grondrechten aan de orde zijn?

**Verhoeven** vindt het een ingewikkelde vraag, met name omdat zij de redenering van de Afdeling in de bedoelde uitspraak niet goed kon volgen.

**Widdershoven** wijst er nogmaals op dat het gelet op de Unierechtelijke rechtspraak geen gek idee zou zijn als de rechter in bepaalde zaken een ruimere plicht heeft om ambtshalve te toetsen dan in andere zaken. Het gaat dan met name om gevallen waarin absolute grondrechten aan de orde zijn, zoals artikel 4 Handvest, en zaken die betrekking hebben op 'zwakkere belangen', zoals in het consumentenrecht. Widdershoven merkt op dat de Awb ons ver heeft gebracht, maar dat we nu met de uitdaging van uniformiteit zitten, in die zin dat op 'zwakkere groepen' dezelfde procesregels van toepassing zijn als in bijvoorbeeld het meer 'corporate' omgevingsrecht. Het is de vraag in hoeverre die uniformering wenselijk is; het Unierecht geeft aanleiding om die vraag ontkennend te beantwoorden. Laten we er eerst over nadenken of we op bepaalde terreinen, zoals sociale zekerheid, wat meer kunnen doen, en vervolgens pas de vraag opwerpen of een en ander zich allemaal verdraagt met huidige procesregels als artikel 8:69 Awb. Inhoud gaat voor de vorm, om met de voorzitter van de VAR te spreken.

**Leo Neve** is benieuwd naar de opvatting van de preadviseurs over de nationale jurisprudentie naar aanleiding van het *Conorzio*-arrest van het Hof van Justitie (C-561/19). Dit arrest was voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aanleiding voor een prejudiciële verwijzing over de vraag of het verkort motiveren in bepaalde vreemdelingenzaken in hoger beroep in overeenstemming is met de Unierechtelijke verplichting, gebaseerd op artikel 267, derde alinea, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) gelezen in het licht van artikel 47, tweede alinea, Handvest, dat een nationale rechter wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep in de regel moet motiveren waarom hij niet verplicht is een vraag over de uitleg van het Unierecht voor te leggen aan het Hof. Voor de Hoge Raad was het *Conorzio*-arrest echter geen aanleiding om te twifelen aan de Unierechtelijke toelaatbaarheid van een verkorte afdoening. Neve vraagt de preadviseurs te reflecteren op dat verschil.

**Widdershoven** denkt dat voorzitter Sevenster de vraag waarschijnlijk beter zou kunnen beantwoorden, maar wijst erop dat er aan de uitspraak van de Hoge Raad waaruit het bovenstaande blijkt, een omvangrijke conclusie van een advocaat-generaal vooraf is gegaan die erop neerkwam dat er in dit geval geen EU-probleem was. Sowieso zal er bij een verkorte afdoening door de Hoge Raad meestal een conclusie liggen waarin ook achterhaald kan worden wat precies de redenen zijn om niet prejudicieel te verwijzen. Widdershoven kijkt verder uit naar het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële verwijzing door de Afdeling.

**Erik Scheers** vindt het toch opmerkelijk dat de Afdeling en de Hoge Raad op dit punt eerder hetzelfde standpunt hadden en dat de Afdeling nu, blijkens haar prejudiciële verwijzing, lijkt te zijn omgegaan naar aanleiding van het *Conorzio*-arrest.



**Sevenster** reageert dat de Afdeling niet zozeer is omgegaan, zoals ook uit haar voorlopige beantwoording van de prejudiciële vraag blijkt, maar tot verwijzing besloot omdat er sowieso al langer discussie was over de toelaatbaarheid van de verkorte afdoening en het arrest *Consortio* daarbij kwam.

Door de vraag van **Joep Schoenmakers** wordt stelling 1 wederom aan de orde gesteld. De stelling luidt:

‘Unierechtelijke beginselen en fundamentele rechten kunnen inspiratie bieden voor een burgervriendelijker bestuursrecht en moeten daarom vrijwillig worden geadopteerd, zodat zij ook van toepassing zijn buiten de werkingssfeer van het Unierecht. Deze adoptie past wat betreft rechtsbescherming goed bij de ambitie van het nieuwe artikel 17 Gw.’

Schoenmakers wijst er onder verwijzing naar de recensie van Jasper Krommendijk op dat individuen, zoals individuele rechters, een belangrijke rol hebben gespeeld bij de ontwikkeling van Unierechtelijke beginselen en dat het Handvest een ‘constitutional moment’ heeft gemist. Hij vraagt de preadviseurs of zij dat ook zo zien en of dit gegeven dan problematisch zou zijn voor vrijwillige adoptie van Unierechtelijke beginselen en fundamentele rechten. En mist die vrijwillige adoptie geen democratische legitimiteit bezien vanuit het nationale perspectief?

Volgens **Widdershoven** heeft het Handvest wel degelijk een ‘constitutional moment’ gehad. Alle rechten die in het Handvest staan, waren eerder weliswaar al bekend als beginselen en moesten door de lidstaten in acht worden genomen als zij handelden binnen de werkingssfeer van het Unierecht, maar door het Handvest zijn deze beginselen veel scherper op het netvlies gekomen. Hoewel wellicht wat overdreven, heeft het Handvest ervoor gezorgd dat het Hof van Justitie tot op zekere hoogte is getransformeerd van een economische rechter naar een grondrechtenrechter. Het Handvest biedt veel moois, zoals de rechten van de verdediging, en als we dat toch al moeten toepassen in zaken die vallen binnen de werkingssfeer van het Unierecht, laten we dan kijken of diezelfde normen ook in nationale zaken kunnen gelden. En nu we toch bezig zijn: een mooie stap zou zijn als het recht op behoorlijk bestuur in onze Grondwet wordt opgenomen, ergens na artikel 17 Grondwet. Dat lijkt echt een vooruitgang, die ook niet op gespannen voet staat met democratische legitimatie; veel Tweede Kamerleden lijken daar ook achter te staan. Bovendien is goed bestuur een van de kernthema’s van het nieuwe kabinet.

**Schoenmakers** blijft het doorsijpelen van het Handvest in het nationale recht een interessant vraagstuk vinden; wat is nou eigenlijk de ‘grondwettelijke status’ van dit document bezien vanuit het nationale perspectief en biedt dat voldoende legitimatie voor een vergaande beïnvloeding van het nationale recht?

**Widdershoven** antwoordt dat het Handvest nou eenmaal primair Unierecht is en dat het voorrang heeft op alles wat wij in ‘EU-zaken’ in Nederland doen. Dat is juridisch gezien geen discussiepunt.

**Van Emmerik** vult aan dat het Handvest op een bijzondere manier tot stand is gekomen, waarbij nationale parlementen, regeringen en ngo's hebben samengewerkt. Het Handvest is niet uit het niets gekomen en bouwt voort op het recht van de lidstaten; dat biedt ook een grondslag voor de invloed die het Handvest heeft.

**John Olivier** vindt het een prachtig preadvies en vraagt de preadviseurs wat de uitvoeringspraktijk hieraan zou kunnen hebben.

**Van Velsen**, die adviseur is van de uitvoeringspraktijk, vult **Olivier** aan. Van Velsen zegt dat zij de indruk krijgt dat de bestuursrechter het voortouw moet nemen bij de verdere invulling van bijvoorbeeld evenredigheid(stoetsing) en de wijze waarop maatwerk kan worden geboden. Maar ook de uitvoering heeft daar een belangrijke rol in en men is zich er ook al heel erg van bewust om zich bij de ontwikkeling en uitvoering van regelgeving rekenschap te geven van evenredigheid en de menselijke maat.

In zijn reactie vertelt **Widdershoven** dat de preadviseurs een achtergrond hebben in de wetenschap en de rechtspraak en dat daarom het perspectief van de uitvoerende macht wat onderbelicht is gebleven in het preadvies. Widdershoven hoopt toch dat het preadvies op punten inspiratie biedt voor de uitvoering, al valt er veel meer over te zeggen dan hij en Verhoeven in dit preadvies hebben gedaan.

**Sevenster** legt stelling 2 voor aan de zaal. Die stelling luidt:

'Binnen de werkingssfeer van het Unierecht moet de nationale rechter om diverse redenen (voorrang, prejudiciële procedure, hogere bescherming) primair toetsen aan het Handvest en niet aan het EVRM. Daartoe moet de rechter een beroep op een EVRM-recht met toepassing van artikel 8:69 lid 2 Awb converteren in een beroep op het equivalente recht van het Handvest.'

**Stef van der Kolk** is het oneens met de stelling. Het gaat in de stelling om juridische redenen waarom de rechter primair zou moeten toetsen aan het Handvest, maar Van der Kolk betwijfelt of de wereld daar nou echt anders van zou worden. De rechter gebruikt beginselen, het Handvest en het EVRM allemaal bij het nadenken; in de praktijk zal het volgens Van der Kolk dan ook weinig uitmaken als de rechter primair aan het Handvest zou toetsen in plaats van aan het EVRM.

**Widdershoven** reageert dat het in de praktijk inderdaad misschien niet zoveel zal uitmaken. Tegelijkertijd is dit een onomkeerbare rechtsontwikkeling waar we een keer aan moeten geloven. Via het Handvest krijgen we het EVRM ook binnen (vergelijk artikel 52 lid 3 Handvest) en primair toetsen aan het Handvest heeft binnen de werkingssfeer van het Unierecht ook de voorkeur vanwege sommige eigen, van het EVRM afwijkende afslagen die onder het Handvest zijn gemaakt en omdat bepaalde rechten uit het Handvest veel verder zijn uitgewerkt dan in het EVRM. Artikel 41 Handvest (recht op behoorlijk bestuur) geldt überhaupt niet op grond van het EVRM. Bovendien is er dan het voordeel dat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld over onderwerpen waarover veel discussie wordt gevoerd, zoals

bijvoorbeeld de vraag of *naming and shaming* een al dan niet bestraffende sanctie is, dan wel niet meer dan een vorm van informatieverschaffing. Binnen de werkings-sfeer van het Unierecht kan (en in hoogste instantie moet) zo'n vraag prejudicieel worden verwezen naar het Hof.

**Sevenster** merkt op dat we ook niet moeten vergeten dat de beperkingsclausule van artikel 52 Handvest veel strenger is dan de beperkingsclausules uit het EVRM.

**Paul Adriaanse** stelt geen vraag over stelling 2 maar stelling 1:

‘Unierechtelijke beginselen en fundamentele rechten kunnen inspiratie bieden voor een burgervriendelijker bestuursrecht en moeten daarom vrijwillig worden geadopteerd, zodat zij ook van toepassing zijn buiten de werkingssfeer van het Unierecht. Deze adoptie past wat betreft rechtsbescherming goed bij de ambitie van het nieuwe artikel 17 Gw.’

Adriaanse is benieuwd naar hoe op het Unierecht geïnspireerde nationale beginselen invulling moeten krijgen – buiten de sfeer van het Unierecht dus. Hij vraagt zich af of nationale rechters zich bij die invulling ook zouden moeten oriënteren op de rechtspraak van het Hof van Justitie, mede erop gelet dat er in die gevallen geen prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.

**Widdershoven** zegt dat het bij vrijwillige adoptie soms wel mogelijk is om prejudiciële vragen te stellen, maar meestal niet inderdaad.

**Verhoeven** lijkt het wenselijk dat wat betreft de invulling van die nationale beginselen dan wordt aangesloten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie. Anders ontstaat de situatie dat er een beginsel of recht eerst vrijwillig wordt geadopteerd maar later toch anders wordt uitgelegd dan de Europese equivalent.

**Tony Barshini** stelt de volgende vraag. Veel Nederlands beleid is gestuurd door EU-recht, hetgeen sommige groepen als beperkend zien. In algemenere zin ontstaat er een sentiment dat Brussel beperkend is. Barshini vraagt zich af wat er gebeurt als dat sentiment zich ook gaat richten op EU-rechtspraak. Hoe moet het Hof van Justitie daar dan mee omgaan? En hoe moeten wij als juristen daarmee omgaan?

**Widdershoven** denkt dat we moeten afwachten wat de toekomst, waaronder de Europese verkiezingen, ons gaat brengen om die vraag te kunnen beantwoorden. Widdershoven denkt dat rechters echt wel tegen een stootje kunnen. De rechters zullen netjes het recht blijven toepassen, ook al worden het waarschijnlijk wel barre tijden met stevige aanvaringen. Die rechters blijven wel overeind.

**Sanders** wil nog even terug naar vrijwillige adoptie. We hebben daarvan een recent voorbeeld gehad bij de invordering van dwangsommen en de hoorplicht. Zouden we niet moeten onderzoeken wat zo'n vrijwillige adoptie nou precies heeft opgeleverd?

Heeft het alleen meer werk opgeleverd of zijn we er ook echt iets mee opgeschoten? Het zou een mooie *testcase* zijn.

Het heeft tenminste meer werk opgeleverd, antwoordt **Widdershoven**, maar misschien ook wel echt meer rechtvaardigheid. Responsief bestuur kost nou eenmaal geld en we moeten erover nadenken of ons dat waard is.

**Sevenster** sluit deze deelsessie af. Zij bedankt iedereen voor zijn aanwezigheid en inbreng en wenst de deelnemers een plezierige dag!

## **Tweede deelsessie**

**Hanna Sevenster** verwelkomt iedereen bij de tweede deelsessie over het preadvies van Maartje Verhoeven en Rob Widdershoven. Het was een erg leuke eerste deelsessie en Sevenster verwacht dat de tweede deelsessie minstens zo leuk wordt!

**Raymond Schlössels** vertelt dat hij het preadvies met heel veel plezier heeft gelezen. Hij zegt met name getriggerd te zijn door de mooie beschouwingen over behoorlijk bestuur. In die beschouwingen zie je heel duidelijk dat de beginselen die daaraan gerelateerd zijn heel anders worden benaderd op EU-niveau, namelijk veel meer vanuit de gedachte dat aan die beginselen aanspraken en rechten kunnen worden ontleend door de burger. Dat is een andere invalshoek dan die beginselen beschouwen als normering voor bestuurshandelen. Schlössels vraagt de preadviseurs om te reflecteren op de vraag of de consultatieversie van het voorstel voor de Wet versterking waarborgfunctie Awb voldoende recht doet aan dat Europese 'rights-perspectief'. Het lijkt er volgens Schlössels op dat het voorstel toch vooral gericht is op bestuurlijk normeren.

**Rob Widdershoven** vindt dat een lastige vraag, maar stelt voorop dat het de goede kant op gaat. Ter illustratie wijst hij op het dienstbaarheidsbeginsel, dat weliswaar is geformuleerd als norm voor het bestuur maar waar ook een duidelijk 'rechten-component' in zit. Dit beginsel past dus meer in de Europese lijn. Verder wijst Widdershoven op het voorstel tot uitbreiding van het hoorrecht bij financiële beschikkingen. Het idee achter die uitbreiding is ook de bescherming van de burger en niet alleen het waarborgen van een zorgvuldige beslissing *as such*. Dat past in het EU-perspectief, waarin het hoorrecht zowel een beginsel van behoorlijk bestuur als een recht van de burger is. Die 'dubbele' functie zit dus ook in het voorstel tot uitbreiding van het hoorrecht. Ook het voorstel om de burgerlus op te nemen in de Awb zou misschien geplaatst kunnen worden in de categorie 'rights-perspectief'. Kortom, het wetsvoorstel heeft in dit verband wel wat plusjes. Tegelijkertijd valt er ook nog veel te winnen, ook buiten het terrein van het wetsvoorstel. Widdershoven pleit voor het opnemen van het recht op behoorlijk bestuur in onze Grondwet. Het nieuwe kabinet, dat erg gericht is op goed bestuur, kan die handschoen oppakken.

**Jan Reinier van Angeren** heeft een praktische vraag. Op pagina 248 van het preadvies gaat het over de inlichtingenvordering en lijkt de stelling te worden ingenomen dat artikel 47 Handvest zou kunnen meebrengen dat een inlichtingenvordering

moet worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb. Als dat al wordt gedaan, dan geldt dat alleen voor inlichtingenvorderingen in 'EU-zaken'. Van Angeren vraagt zich af of het dan om redenen van rechtseenheid wenselijk zou zijn om alle inlichtingenvorderingen, ook als het Unierecht niet van toepassing is, aan te merken als een Awb-besluit.

**Widdershoven** merkt op dat een en ander voorzichtig is geformuleerd op die pagina en geeft ter achtergrondinformatie een schets van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt. Het Hof heeft in het kader van de fiscale gegevensuitwisseling tussen lidstaten geoordeeld dat beroep op een rechter moet kunnen worden ingesteld tegen de inlichtingenvordering waarvan niet-naleving tot een bestraffende sanctie kan leiden. Van personen kan niet worden verlangd dat zij de vordering schenden en daarmee een bestraffende sanctie riskeren, enkel en alleen om toegang tot de rechter te krijgen. Dat zou een schending van de wezenlijke inhoud van artikel 47 Handvest betekenen. In Nederland kennen wij ook vorderingen waarvan de niet-naleving tot een (bestraffende) sanctie kan leiden. Mits het Unierecht van toepassing is, moeten dergelijke vorderingen dus kunnen worden voorgelegd aan een rechter. In principe voldoet Nederland aan die eis, omdat tegen zo'n vordering een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter worden ingesteld. Maar we moeten ons afvragen, hoewel het een beetje retoriek is: hoe wenselijk is het dat we de burgerlijke rechter nodig hebben om de kern van een fundamenteel recht (artikel 47) te beschermen? Tegen deze achtergrond zou erover nagedacht kunnen worden om de inlichtingenvordering als Awb-besluit aan te merken dan wel als een bestuurlijk rechtsoordeel dat omwille van de rechtsbescherming gelijkgesteld wordt met een Awb-besluit. Als dat wordt gedaan in EU-zaken, dan moet het inderdaad ook buiten dat terrein, zegt **Widdershoven**. Maar dat raakt aan de discussie over vrijwillige adoptie en die zullen we ongetwijfeld later nog gaan voeren.

Maar dat betekent dus wel dat je zou moeten zeggen dat de civiele rechter geen effectieve rechtsbescherming biedt, vraagt **Sevenster** aan **Widdershoven**.

**Widdershoven** zegt dat de normatieve preadviseur het op dit punt even overneemt van de *hardcore* juridische. Hij vindt het opmerkelijk dat het bestuursrecht op een terrein dat typisch bestuursrechtelijk is kennelijk tekortschiet om de wezenlijke inhoud van artikel 47 Handvest te garanderen. Inderdaad is de civiele rechter soms nodig om het recht op toegang tot de rechter tegen overheidshandelen in Nederland volledig te realiseren, maar moet het bestuursrecht ook van de civiele rechter afhankelijk zijn ter voorkoming van de schending van de kern van artikel 47 Handvest?

**Erlinde Kuijpers** stelt een vervolgvraag vanuit het perspectief van het bestuur dat dit soort informatievorderingen doet. Kuijpers vraagt zich af: waar brengt ons dit? Uiteraard is rechtsbescherming mooi, maar we moeten het ook praktisch houden.

Dat is een goede vraag, zegt **Widdershoven**. Uiteraard zullen we daarover na moeten denken en goed moeten uitzoeken waar de problemen met deze informatievorderingen echt zitten. Tegelijkertijd: het idee dat soms de enige opties zijn ofwel

overtreden en een sanctie opgelegd krijgen ofwel naar de civiele rechter, blijft opmerkelijk en legt een beperking van het bestuursrecht bloot.

**Auke Kuipers** stelt een vraag over semiprocedurele evenredigheidstoetsing en dan in het bijzonder de aanbeveling dat de bestuursrechter een negatief oordeel op grond van een semiprocedurele toetsing op evenredigheid moet baseren op de schending van het evenredigheidsbeginsel en niet op de schending van formele rechtsbeginselen als zorgvuldigheid en motivering. De redenering die daarbij hoort, lijkt te zijn dat als de rechter de evenredigheid van een besluit niet kan vaststellen, dat besluit dan ook niet evenredig is. Kuipers vraagt of de preadviseurs dat verder zouden willen toelichten. Gaat dit niet wat te ver?

**Widdershoven** antwoordt dat, vooropgesteld, deze redenering gebruikelijk is in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de rechtspraak van de Duitse (constitutio-nale) rechter. In die zin is het niet gek. Stel: het bestuur legt een sanctie op. Daarbij moet het bestuur een goed verhaal hebben (goed gemotiveerd, zorgvuldigheid voorbereid) en die sanctie moet evenredig zijn. Als het bestuur dat goede verhaal niet heeft, dan is die sanctie op dat moment gewoonweg onevenredig. Dus: in het licht van *deze* gebrekkige motivering en onzorgvuldige voorbereiding is die sanctie op dat moment dan in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Dat is ook wat het Hof van Justitie zegt. Bovendien heeft het ook voordelen om in dit soort gevallen bij voorkeur te kiezen voor de schending van het evenredigheidsbeginsel, en niet de schending van het formele zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel. Het geeft een duidelijker signaal af aan de samenleving dat er op dit moment iets mis is met het besluit en het bestuur zal eerder geneigd zijn om over te gaan tot een inhoudelijke heroverweging. Daarmee is de burger meer gebaat dan met de vaststelling dat het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel is geschonden. Het voorgaande betekent niet dat herstel is uitgesloten, maar de boodschap is wel: zolang dat herstel niet heeft plaatsgevonden, is het besluit in elk geval onevenredig.

**Marleen van Dalen** zou zelf niet snel geneigd zijn om de zaak terug te sturen naar het bestuursorgaan als er sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel. Van Dalen vertelt dat als zij als rechter geconfronteerd wordt met een sanctie die onevenredig is, ze zelf in de zaak zou voorzien en daarvoor iets evenredigs in de plaats zou stellen. Bij een onzorgvuldige voorbereiding of een gebrekkige motivering ligt dat anders en daarom verschilt het volgens Van Dalen van een onevenredigheidsoordeel. Recent was er een zaak bij de Centrale Raad van Beroep waar deze problematiek speelde, vertelt Van Dalen. Het was een zaak die ging over de verlaging van de beslagvrije voet, waardoor AOW'ers minder gunstig uitkwamen. Er is toen discussie gevoerd over de vraag: is dit nou onevenredig of heeft de regelgever niet goed nagedacht over de effecten van deze wijziging voor deze categorie van mensen? We hebben gezegd dat dit geen inhoudelijk manco is, maar dat het op dit moment een kwestie is van niet goed over nagedacht hebben en dat er strijd is met het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel. Zo kan het niet, maar de regelgever kan vervolgens kijken wat er nog wel van te maken is. Welbewust is toen niet gekozen voor strijd met het evenredigheidsbeginsel.

**Widdershoven** denkt dat het misschien ook een beetje een kwestie van smaak is. Ook in deze casus had hij zich kunnen voorstellen dat de conclusie zou zijn: met deze motivering is het dus geen evenredige keuze. Dat wil niet zeggen dat het niet verbeterd kan worden, maar zoals het voorlag, met die motivering, is het een keuze die niet voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.

**Van Dalen** vraagt of het dan vooral gaat om het sanctierecht.

**Widdershoven** antwoordt dat die sanctie slechts ter illustratie was. Het kan bijvoorbeeld ook om algemeen verbindende voorschriften gaan. Hij wijst er nogmaals op dat deze redenering op EU-niveau vrij gebruikelijk is.

**Dorien Brugman** zegt dat het op zich interessant is om na te denken over welk etiket er geplakt wordt op een gebrek, maar dat zij als rechter zou proberen uit te leggen in de uitspraak wat er dan precies niet goed is met het besluit. Het is ook belangrijk voor het vervolg van de zaak wat het bestuursorgaan nog denkt voor ruimte te hebben en hoeveel ruimte wij als rechters nog zien.

**Widdershoven** is het daarmee eens, maar het gaat er volgens hem om: laat het uiterlijk van de vernietiging wel serieus zijn. Wek niet de indruk dat het slechts om een klein procedurefoutje gaat.

**Ramon Ridder** kan zich vanuit het perspectief van de burger voorstellen dat die bij een vernietiging vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel denkt: nu ben ik er. Maar dan kan het toch nog in zijn nadeel uitpakken als een formeel gebrek hersteld wordt. Er worden dan verwachtingen gewekt die niet waargemaakt kunnen worden. Kiest de rechter daarentegen voor een vernietiging wegens een motiveringsgebrek, dan is de boodschap dat er nog een aangepaste motivering kan komen en dat de burger zichzelf niet rijk moet rekenen. Dit moet geen academische discussie worden, maar een discussie die wordt gevoerd vanuit het perspectief van de rechtzoekende.

**Widdershoven** antwoordt dat de beginselen van zorgvuldigheid en motivering instrumenteel zijn, in die zin dat zij in dienst staan van een bepaalde norm, zoals evenredigheid. Er is dan een keuze tussen vaststelling van de schending van de basisnorm of de instrumentele norm. In de meeste andere landen is het toch zo dat wordt vastgesteld dat de basisnorm is geschonden. Of het bij de burger onrealistische verwachtingen wekt, weten we niet. Widdershoven vindt de boodschap dat er op dat moment echt iets mis is met het besluit duidelijker, maar geeft ook aan dat men daar anders over zou kunnen denken.

**Sevenster** legt stelling 5 voor aan de deelnemers. Deze stelling luidt:

‘In de geest van de ongelijkheidscompensatie die het Unierecht soms nastreeft voor zwakkere groepen kan de bestuursrechter een ruimere plicht aannemen tot ambts-halve toepassing van het recht. Deze verplichting zou kunnen gelden voor de toetsing



van de evenredigheid van sancties en maatregelen op het terrein van sociale zekerheid en toeslagen.’

**Schlössels** is zeer voor ongelijkheidscompensatie, maar vindt de relatie tussen ongelijkheidscompensatie en ambtshalve toetsing complex. Een vraag die meteen rijst als de rechter de toetsing van evenredigheid ambtshalve gaat uitvoeren, is of er dan ook andere normen zijn waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen. Je kunt je er in het kader van ongelijkheidscompensatie bijvoorbeeld ook alles bij voorstellen dat de rechter ambtshalve toetst aan grondrechten. Worden de sluisdeuren met deze aanbeveling niet opengezet? En hoever wil je die openzetten? En hoe kan er worden gedifferentieerd in beginselen: waarom wel evenredigheid en niet gelijkheid?

**Maartje Verhoeven** legt uit dat de stelling vooral bedoeld is om aan te zetten tot nadenken over de vraag of een verruiming van ambtshalve toetsing wenselijk is. Verhoeven voelt er wat voor om ambtshalve toetsing te verruimen met het oog op een burgervriendelijker bestuursrecht. De evenredigheid van sancties en maatregelen op het terrein van sociale zekerheid en toeslagen zou dan een mooi startpunt kunnen zijn. Overigens denkt Verhoeven dat we met het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden ook al heel ver komen, maar als dat in een bepaald geval toch geen uitkomst biedt, dan kan ambtshalve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel toch van pas komen. De vraag is inderdaad wel of dat een aardverschuiving zou veroorzaken, maar Verhoeven ziet dat niet snel gebeuren.

**Widdershoven** benadrukt dat, zoals ook Verhoeven zei, deze suggestie is gedaan om weer eens opnieuw na te denken. Voor 1994 was ambtshalve toetsing aan het recht in het sociale zekerheidsrecht normaal. Toen is de Awb gekomen, met als consequentie dat er wel ambtshalve wordt aangevuld maar de ambtshalve toetsing beperkt is tot kwesties van openbare orde. Om de zoveel jaar moeten we weer eens opnieuw nadenken, zeker nu er in Europa de trend is om in meer gevallen ambtshalve te toetsen. Dat is aan de orde in het consumentenrecht, het vreemdelingenrecht en bij sommige grondrechten, zoals artikel 4 van het Handvest. Als er in Europa wordt gediscussieerd over een ruimere ambtshalve toetsing, dan moeten wij die discussie misschien ook gaan voeren. Tegen die achtergrond moet de aanbeveling worden begrepen als een oproep om na te denken of wij de plicht tot ambtshalve toetsing willen verruimen. Pas daarna komt de vraag in beeld hoe dat juridisch-technisch dan allemaal geregeld zou moeten worden.

**Brugman** vertelt dat zij tijdens het schrijven van haar proefschrift langzaam maar zeker tot de gedachte kwam dat ambtshalve toetsing in bepaalde soorten zaken bij bepaalde soorten besluiten wel zou moeten kunnen. Daarbij heeft Brugman gedacht aan normen met een hoog beschermingsniveau en besluiten die heel ingrijpend zijn. Het zou mooi zijn als de wetgever over deze problematiek zou meedenken. Die had ook kunnen zeggen dat de rechter de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring ambtshalve moet beoordelen.



**Widdershoven** merkt naar aanleiding van het voorgaande op: als je geen steen in de vijver gooit, dan gaan we ook niet opnieuw nadenken.

**Van Dalen** vertelt dat zij zojuist kort met haar collega besprak: hoe pakken wij dit als rechters aan? Van Dalen denkt dat rechters al heel ver kunnen komen met het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en dat het bij de Centrale Raad van Beroep niet veel verschil zou maken als de plicht tot ambtshalve toetsing ruimer zou worden. Als je als rechter denkt: dit deugt niet, dan zegt iemand op een bepaald moment wel wat en dan kun je daar vervolgens wat mee als rechter.

**Widdershoven** antwoordt dat dit misschien waar zou kunnen zijn, maar dat uit het preadvies van Tim Boesman, Jo-Anne Nijland en Theo Schelfhout wel blijkt dat het verschil in de mate waarin rechters, weliswaar in eerste aanleg, ambtshalve aanvullen groot is.

**Van Dalen** reageert met de opmerking dat er heus een verschil zal bestaan, maar niet binnen de Centrale Raad van Beroep.

**Viola Bex-Reimert** vraagt zich af wat het voorgaande betekent voor het vreemdelingenrecht, waarin het grievenstelsel bestaat. Maakt dat grievenstelsel het ingewikkelder voor de rechter om dingen binnen te halen, nog los van het feit dat er in dit soort zaken niet vaak een zitting is?

**Verhoeven** antwoordt dat het grievenstelsel in eerste aanleg sowieso al niet geldt, waarna **Sevenster** aanvult dat de ambtshalve toetsing in bewaringszaken is doorgetrokken in hoger beroep, ondanks het grievenstelsel.

**Widdershoven** gooit, nu we toch bezig zijn zegt hij, een extra steen in de vijver. Er is ook een EU-uitspraak in het vreemdelingenrecht waarin het gaat om heroverweging naar aanleiding van nieuwe rechtspraak. Dat roept ook weer een vraag op over hoe streng wij in Nederland eigenlijk zijn gelet op artikel 4:6 Awb. In de recente nationale jurisprudentie wordt gezocht naar een middenweg tussen hard maar niet keihard zijn en die discussie speelt dus ook op EU-niveau, waarbij dan ineens geoordeeld wordt dat nieuwe rechtspraak wel een novum is. Daarmee is niet gezegd dat we dat ook moeten invoeren bij artikel 4:6 Awb, maar het roept wel de vraag op: moeten wij hier ook iets mee?

**Sevenster** merkt in dat licht op dat het 'probleem' dat nieuwe rechtspraak geen novum is in de praktijk soms al wordt ondervangen, bijvoorbeeld door de IND. Die zal niet snel zeggen dat je geen beroep kunt doen op een uitspraak van het Hof van Justitie die twee dagen later is verschenen dan het moment waarop een aanvraag werd ingediend.

**Louise Verboeket** snijdt een ander onderwerp aan. Verboeket merkt op dat er veel op het bordje van de bestuursrechter terechtkomt, maar ook op dat van het bestuursorgaan. Dat bestuursorgaan moet horen, de besluitvorming moet zorgvuldig zijn en het moet het liefst ook allemaal op tijd. Dat lijkt haar best lastig en

het roept de vraag op of er niet een soort van compensatie zou moeten bestaan in de zin van plichten voor de burger. Verboeket denkt hier bijvoorbeeld aan het aanbestedingsrecht waarin het *Grossmann-verweer* geldt (leerstuk van rechtsverwerking; bezwaren moeten zo spoedig mogelijk bekend worden gemaakt aan de aanbestedende dienst). Verboeket vraagt zich af of de preadviseurs ook gedachtes hebben over compensatie of plichten voor de burger; een ander soort ongelijkheidscompensatie.

**Widdershoven** reageert met betrekking tot de aanbestedingssituatie dat die vrij specifiek is, waarbij het gaat om meerpartijengeschillen waarin een compromis moet worden gezocht tussen verschillende belangen. In meer algemene zin geldt verder dat er veel Unierecht bestaat dat helemaal niet zo prettig is voor de burger en op grond waarvan zeker ook voor de burger plichten gelden. Het Unierecht kent bijvoorbeeld ook een beginsel misbruik van recht, dat vooral is ontwikkeld in het belastingrecht. Dat missen wij in het bestuursrecht en zouden we misschien best wel kunnen gebruiken voor burgers die het systeem saboteren. Widdershoven wijst ter illustratie op een zaak waarin mensen aangezet werden om de waarheid te verdraaien zodat zij een bepaalde aanspraak ergens op konden maken. De rechtbank dacht er toen over om het op het Unierecht geïnspireerde beginsel misbruik van recht toe te passen. Met dit beginsel zouden we misschien wel wat kunnen en dus ja, het Unierecht biedt ook op dit punt inspiratie, maar daar ging het preadvies niet over.

**Karin Schreuder** stelt een vraag over de definitie van tweepartijengeschillen en drie- of meerpartijengeschillen. Financiële geschillen worden vaak gezien als tweepartijengeschillen, waarbij die geschillen in het douanerecht kunnen gaan over de herziening van hoge douaneschulden. Daarbij voelt Schreuder vanuit Europa de boodschap dat rekening moet worden gehouden met het feit dat het gaat om het geld van de Unie, bijna alsof er een derde partij bij betrokken is. Schreuder noemt ook het zuinigheidsbeginsel dat men in België kent: een vorm van redelijkheid bij het uitgeven van geld. Als men tweepartijengeschillen tegen de achtergrond van het voorgaande plaatst, kan de vraag worden gesteld in hoeverre van een tweepartijengeschil daadwerkelijk sprake is in de zaken die zij noemt. Er is een Unie die geld wil zien, een overheid die misschien beknibbelige besluiten neemt gelet op de gedachte van zuinigheid en een besluit dat (zeer) ingrijpende gevolgen heeft voor een partij. Kan dan wel gesproken worden van een tweepartijengeschil? En wat betekent dit alles voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel en waar zit de financiële component, vraagt Schreuder zich af.

**Widdershoven** kent het zuinigheidsbeginsel als rechtsbeginsel niet, maar het uitgangspunt dat je met overheidsgeld verantwoord moet omgaan is natuurlijk een uitstekende (legitieme) doelstelling. En daar begint de evenredigheidstoets mee: wat is precies het doel van een maatregel en is dat doel legitiem? Zo zouden we het naar verwachting in Nederland aanvliegen, waarbij aldus het verantwoord omgaan met overheidsgeld een plaats heeft in (het beoordelen van) het doel van een maatregel. Europa zou misschien strenger willen in de zin dat relatief veel gewicht wordt

toegekend aan ‘zuinigheid’ en daarom valt het Unierecht soms misschien ook wel strenger uit.

**Schreuder** vraagt zich nog steeds af of haar voorbeeld over herziening van douaneschulden tweepartijgeschillen betreft.

Wat **Widdershoven** betreft wel. Onder drie- of meerpartijgeschillen verstaat hij geschillen waarin er twee of meer burgerpartijen zijn die vaak tegengestelde belangen hebben.

**Verhoeven** is het daarmee eens. In de casus zoals door Schreuder geschetst, gaat het nog steeds om een overheid tegenover de burger, ongeacht het belang van de EU of een lidstaat bij het geschil.

**Van Angeren** stelt een vraag over wat de preadviseurs schrijven op pagina 279 van het preadvies. Daarbij citeert hij de preadviseurs:

‘Bovendien moet de rechter bij exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften bewaken of de belangeninbreng tijdens de totstandkoming voldoende evenwichtig is geweest en of ook minder georganiseerde belangen in dat proces voldoende aandacht hebben gekregen. In die zin delen wij de opvatting in de literatuur dat als het bestuursorgaan een bepaald belang in dat proces sterk laat prevaleren – denk bijvoorbeeld aan het financiële handavingsbelang van een ministerie – de rechter dient na te gaan of de gevolgen van die strikte handhaving voor de gereguleerden scherp in kaart zijn gebracht.’

Wat vaak gebeurt in de praktijk over coronasteunsubsidies is dat het bestuursorgaan zegt dat de regeling grofmazig is vastgesteld mede omdat voldoende rekening moet worden gehouden met de uitvoeringspraktijk, vertelt Van Angeren. Biedt het bovenstaande citaat grond voor (scherpere) vragen als: wat zijn dan eigenlijk precies de gevolgen voor de uitvoeringspraktijk van het op een bepaalde manier regelen van die coronasteunsubsidies? En wat zijn de nadelen voor de groep die niet deze coronasteun krijgt? Daarbij merkt Van Angeren op dat navolging van het voorstel van Verhoeven en Widdershoven een positieve ontwikkeling zou kunnen zijn, maar dat het ook een behoorlijke onderzoekspllicht meebrengt voor het bestuur.

**Widdershoven** licht toe dat het citaat terugslaat op de kinderopvangtoeslagenaffaire, waarbij met name het financiële belang van de overheid werd gediend. Het gaat erom: als de overheid regelgeving gebruikt om vanwege haar eigen financieel belang heel strikte dwingende regels vast te stellen, dan moet de rechter extra alert zijn op de vraag hoe de belangen van betrokkenen worden beschermd. Dit betekent niet dat de overheid nooit iets generieks zou kunnen regelen, zoals aan de orde bij de coronasteunmaatregelen. Maar die vorm van regulering kent wel grenzen. In dat licht wijst Widdershoven op een uitspraak van het College van Beroep van het bedrijfsleven van 15 maart 2022 (ECLI:NL:CBB:2022:116). Heel kort blijkt daaruit: aan het uitvoeringsbelang mocht aan het begin van de coronapandemie een groot en doorslaggevend gewicht worden toegekend, maar naarmate de tijd vorderde,

moest beter worden gemotiveerd waarom juist dat belang nog steeds boven andere belangen – die van degenen die geen steun ontvingen – mocht prevaleren. Een goed voorbeeld van een zaak waarin de rechter er alert op was dat de overheid niet zomaar het eigen belang laat prevaleren.

**Van Angeren** herkent dat veel gewicht wordt toegekend aan het belang van de uitvoering, ook bij herzieningen van coronasubsidies. Daarbij haalt hij Willemien den Ouden aan waar zij zei: ‘Een gewaarschuwd mens telt voor twee.’ Tegelijkertijd wordt nauwelijks inzichtelijk gemaakt wat de extra kosten voor de uitvoeringspraktijk zouden zijn bij mindere generieke regelingen en wordt geen vergelijking gemaakt met het nadeel van generieke regelingen voor ondernemingen of particulieren die geen coronasubsidie ontvangen. Als we de evenredigheidstoets echt goed willen uitvoeren, zal er iets meer moeten gebeuren dan alleen stellen dat iets uitvoeringstechnisch ingewikkeld is.

**Widdershoven** is het op zich hiermee eens, maar denkt dat het een kwestie van maatvoering is. Onder bepaalde omstandigheden kan aan het uitvoeringsbelang wel veel gewicht worden toegekend, zoals tijdens het begin van de coronapandemie. Maar dan gaat het om een uitzondering; het uitvoeringsbelang kan niet per definitie zwaarwegend zijn.

**Jessica Hoitink** vertelt dat zij het afgelopen jaar op interimbasis betrokken is geweest bij de toeslagenaffaire. Zij heeft de indruk dat een moeilijkheid in compensatiezaken, zoals die over coronasteunmaatregelen en de Hersteloperatie Toeslagen, is dat men pas gaandeweg leert hoe een dossier in elkaar zit en wat de beste afhandelingsmethode is. Het is goed mogelijk dat betrokkenen gaandeweg pas denken: het moet anders, want wat we nu doen is ondoenlijk, het duurt veel te lang en het kost te veel geld. Zo overweegt de Commissie Werkelijke Schade om alle dossiers opnieuw te gaan behandelen, omdat men erachter komt dat de afhandeling bij nader inzien anders had moeten plaatsvinden. Hoitink vreest dat het ‘probleem’ van voortschrijdend inzicht zich ook voor zal gaan doen bij de compensatie van ondernemingen die betrokken zijn bij de toeslagenaffaire. Vermoedelijk wordt dat veel ingewikkelder dan waar men nu van uitgaat. Tegen deze achtergrond vraagt Hoitink zich af of het recht in dit soort zaken van compensatie eigenlijk wel een behulpzaam instrument is, want we lopen kennelijk steeds achter de feiten aan als we dat recht toepassen. Ook vraagt Hoitink zich af of het Unierecht hier iets kan betekenen aan de voorkant, zoals bij het ontwerpen van regelgeving.

**Widdershoven** is bang dat het Unierecht hier niet zo heel veel kan betekenen. Op het gebied van uitvoering maakt de EU het in elk geval meestal niet makkelijker. Waar het Unierecht misschien wel iets had kunnen betekenen, is bij de algoritmische opsporingsmethode – aan het begin van de toeslagenaffaire dus. Op dat gebied is de EU bezig met regelgeving. Met betrekking tot de vraag of het recht nog wel een behulpzaam instrument is in dit soort compensatiezaken antwoordt Widdershoven dat de aanwezigheid van het recht een gegeven is. Het recht zal moeten normeren en zal voorwaarden moeten scheppen en als we het daar niet mee

eens zijn, zullen we toch naar een rechter moeten. Natuurlijk is het recht maar een beperkt deel van het verhaal, maar zonder kunnen we niet.

**Hoitink** denkt dat Widdershoven gelijk heeft, maar geeft nog een ander voorbeeld. Hoitink vertelt dat er in Nederland ontzettend veel zzp'ers zijn en daarbij doen zich vragen voor rondom staatssteun. Het is goed voor te stellen dat hierover generieke afspraken gemaakt worden, maar hoe kunnen we dan voorkomen dat we vastlopen?

**Widdershoven** antwoordt dat het een belangrijke vraag is, maar dat hij op die vraag nu geen antwoord heeft.

**Verboeket** haalt stelling 8 aan:

‘De bestuursrechter moet bestuurlijke sancties van strafrechtelijke aard, waaronder ook de verzegeling van een bedrijfspand om herhaling van overtredingen te voorkomen, valt, indringend toetsen. Deze maatstaf kan ook gelden voor niet-bestaaffende bestuurlijke sancties.’

Naar aanleiding van de laatste zin vraagt Verboeket de preadviseurs of zij dan ook zou moeten denken aan bijvoorbeeld kortingen op subsidies.

**Widdershoven** zegt over dit onderwerp uren te kunnen praten, maar houdt het vanwege de nog beperkte tijd in deze deelsessie kort. Widdershoven vertelt dat het woordje ‘kan’ er heel bewust staat, omdat de stelling is gebaseerd op rechtspraak die nog niet is uitgekristalliseerd. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is een ontwikkeling te zien die niet helemaal spoot met hoe we in Nederland tegen bepaalde zaken aankijken. Op EU-niveau lijkt men namelijk herstelsancties ter voorkoming van een overtreding bestraffend te vinden, met alle gevolgen van dien. We zien verder ook in de Europese jurisprudentie dat de evenredigheidstoetsing van bestraffende en niet-bestaaffende sancties weinig verschilt en dat is waar de laatste zin in de stelling vandaan komt. We weten alleen nog niet of dat geldt voor elke last onder dwangsom of bestuursdwang en evenmin of niet-bestaaffende sancties op precies dezelfde manier en met dezelfde intensiteit moeten worden getoetst op evenredigheid. Wel is duidelijk dat ook de evenredigheidstoetsing van niet-bestaaffende sancties behoorlijk serieus moet zijn, wat eigenlijk ook al geldt op grond van de *Harderwijk*-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2022:285). Dat geldt ook voor het voorbeeld van kortingen op subsidies dat Verboeket noemt in haar vraag. De jurisprudentie van het Hof van Justitie opent in elk geval een boek waarvan we eigenlijk dachten dat het gesloten was en zo gaat het soms met rechtsontwikkeling.

**Sevenster** vindt de opmerking ‘zo gaat het soms met rechtsontwikkeling’ een mooie uitsmijter. Zij sluit de deelsessie af en dankt de deelnemers voor hun aanwezigheid en deelname aan de interessante discussie.

# Huldiging winnaars VAR-pleitwedstrijd

**Voorzitter:** De pleitwedstrijd werd afgelopen woensdag in Amsterdam aan de Vrije Universiteit gehouden. Helaas heb ik zelf alleen de laatste helft van het programma kunnen bijwonen, maar ik denk dat dat de beste helft was. Ik was bij de troostfinale en de finale, allebei ontzettend goed, met teams die heel erg aan elkaar gewaagd waren; zelfs de teams in de troostfinale waren gewaagd aan de teams van de finale, maar ik denk dat het team van de Universiteit Maastricht terecht heeft gewonnen. Dit team bestond uit Isabel Bandsma, Steven Debie, Ruben Peetam en Youri Quaedvlieg. Ik verzoek hen naar voren te komen.

[Applaus]

**Voorzitter:** Verder bleken er, met een soort een-op-eenbenadering maar liefst vier begeleiders te zijn: Raymond Schlössels, Sander Jansen, Sam Schuite en Bob Assink.

[Applaus]

**Voorzitter:** Nu richt ik mij in het bijzonder tot de winnende teamleden. Toen ik jullie zag pleiten, vielen me een paar dingen op. De ‘hoofdpleiter’ in de finale deed het heel erg goed, met heel veel *force of nature*. Er zat zelfs iemand naast hem die mij vertelde dat er af en toe briefjes met ‘beetje dimmen!’ naar de pleiter toe werden geschoven. Er was zó veel *force of nature*, dat het soms een beetje te veel dreigde te worden! Gelukkig is dat niet gebeurd.

Traditioneel stelt de voorzitter van de VAR vragen aan de pleiters. Ik heb er drie bedacht. Die zal ik even noemen, en dan moeten jullie maar bedenken welke jullie willen beantwoorden, waarbij een antwoord van alle vier op alle drie de vragen niet nodig is.

1. Voor hoeveel procent is jullie winst aan jullie zelf te danken en voor hoeveel procent aan jullie begeleiders?
2. Hebben jullie na woensdag een ander carrièreperspectief?
3. Het verschil tussen een VAR-pleitwedstrijd van twintig jaar geleden en van nu is groot. Het karakter van twintig jaar geleden was 100% toernooimodel, maar nu zien we ook wel het overlegmodel. Welk model past beter bij jullie?

**Teamlid:** Op de eerste vraag zouden we met ‘50/50’ kunnen antwoorden. Zonder onze begeleiding hadden wij het niet kunnen doen, want we zijn nog maar gevorderde leken. Andersom denk ik dat onze begeleiders van ons heel veel hebben kunnen leren. Zo was er een mooie balans; uiteindelijk kom je dan in het midden uit.

**Teamlid:** Ik heb hier weinig aan toe te voegen. Wat ik heel mooi vond, was dat we ons een groot team voelden: de begeleiders en de pleiters.

**Voorzitter:** En hoe zit het met het carrièreperspectief?

**Teamlid:** Misschien stoppen op het hoogtepunt, maar om nu met pensioen te gaan is misschien wat vroeg!

Na mijn deelname aan de VAR-pleitwedstrijd ben ik wel meer geïnspireerd voor het bestuursrecht. Ik volg overigens als enige van ons vieren niet de master staats- en bestuursrecht, maar een algemeen programma met een aantal keuzevakken binnen het bestuurs-/omgevingsrecht. Ik vond het ontzettend leuk om aan de pleitwedstrijd mee te doen en de casussen waren erg uitdagend. Mijn interesse voor het bestuursrecht is aangewakkerd; ook deze jaarvergaderingsdag vond ik heel interessant. Misschien komt er dan toch nog een perspectief op een carrière in het bestuursrecht. Ik houd de opties nog open.

**Teamlid:** Ik van mijn kant dacht altijd: met staats- en bestuursrecht word ik later vast en zeker een ambtenaar of iets anders in die richting. Maar inmiddels ben ik ook wel serieus de advocatuur aan het overwegen, omdat ik dit werken in groepsverband erg leuk en interessant vond.

**Teamlid:** Ook op deze tweede vraag wil ik even reageren. Ik heb twee jaar geleden al bedacht: ik ga gewoon de wetenschap in. Dat kan nog steeds, dat kan altijd, zeker in het bestuursrecht! Maar op zitting staan vind ik toch wel heel erg leuk; dit zal geen geheim zijn voor de mensen die er woensdag bij waren. Dat blijft wel een beetje jeuken.

**Voorzitter:** Een laatste vraag: waar is de beker?

**Teamlid:** De decaan zorgt voor een goed plekje.

**Voorzitter:** Bedankt voor het beantwoorden van de vragen.

**Teamlid:** Er was nóg een vraag.

**Voorzitter:** Dat is waar. En die wil jij graag ook beantwoorden?

**Teamlid:** Die wil ik best beantwoorden. Misschien mag ik een persoonlijke ontboezeming doen. We hadden eerst twee rondes waarin we eiser en verweerder moesten zijn, waarbij we de bewuste keuze hadden gemaakt mij toch maar aan de verweerende kant neer te zetten, juist om ervoor te zorgen niet te veel in een toernooi-setting terecht te komen. In de finale, toen we als eisende partij optraden, merkte ik dat ik bij het aanvallen van de burgemeester wel wat feller werd. Toch denk ik dat het overlegmodel de betere keus is, iets wat waarschijnlijk voor het bestuursrecht in het algemeen geldt. Uiteindelijk hebben we in de finale zelfs ons beroep

ingetrokken omdat we het met het bestuursorgaan eens zijn geworden over een stap voorwaarts.

[Applaus]