

De rechter onder vuur

Redactie:
Rolf Ortlep
Frank Groothuijse
Jeroen Kiewiet
Remco Nehmelman



INSTITUUT VOOR STAATS- EN BESTUURSRECHT EN RECHTSTHEORIE



Universiteit Utrecht

DE RECHTER ONDER VUUR

Redactie

Rolf Ortlep
Frank Groothuijse
Jeroen Kiewiet
Remco Nehmelman

DE RECHTER ONDER VUUR

Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie

ISBN 978-94-6240-336-9

Dit boek is een uitgave van:
Wolf Legal Publishers (WLP)
Postbus 313
5060 AH Oisterwijk
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com

© Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie | WLP 2016

Opmaak binnenwerk: K. Hoeberechts, Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprerecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

VOORWOORD

Het concept van *perceptive time compression* ziet op het gevoel dat de tijd sneller lijkt te gaan met het verstrijken ervan. Van het bekende boek van Draaisma kan worden geleerd dat dit gevoel de volgende verklaring heeft.¹ Wanneer u jong bent, is de ervaring dat u veel nieuwe dingen meemaakt en deze maken vaak een grote indruk. Achteraf ervaart u dit als een periode waarin veel is gebeurd, waardoor de daaraan gekoppelde tijd gevoelsmatig langer duurt. Met het voorbijgaan van de tijd maakt u weliswaar ook nieuwe dingen mee, maar vele ervaringen zijn ook reeds bekend en maken in die zin minder indruk en vervallen overeenkomstig veelvuldig in routinebezigheden. De aan die bezigheden gekoppelde tijd duurt gevoelsmatig minder lang, waardoor ook gevoelsmatig de tijd sneller lijkt te gaan als u ouder wordt. Dit concept gaat (vanzelfsprekend) ook op voor de personen die vallen onder ons Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en (inmiddels) Rechtstheorie (SBR), maar als zodanig niet voor dat Instituut zelf. Wanneer we het hem zouden kunnen vragen, dan ligt het meer voor de hand dat hij zou antwoorden dat de ontwikkelingen rondom zijn persoon veelvuldig nieuw zijn, alleen al door het feit dat de personen die hij huisvest regelmatig in samenstelling wisselt. In die zin zou er bij hem verbazing zijn dat hij dit jaar zijn 55-jarig bestaan viert.

Ter gelegenheid van dit elfde lustrum hebben wij als redactie het voortouw genomen om een jubileumbundel uit te geven, die wij u hierbij aanbieden. Twintig jaar geleden was de viering van het zevende lustrum en verscheen daaraan gekoppeld de jubileumbundel *Bestuursrecht in perspectief*.² Uit het voorwoord van die jubileumbundel leren we dat in 1960 door (toen nog) de Faculteit der Rechtsgeleerdheid besloten werd tot de oprichting van een Instituut voor Staats- en Bestuursrecht. Een jaar later, in 1961, werd met het in dienst treden van de eerste medewerker, de latere hoogleraar Crinice Le Roy, het bestaan van het instituut een feit.³ Sinds die tijd is er veel veranderd. Na de oprichting van de Faculteit Recht, Economie, Bestuur & Organisatie (REBO) en een omvangrijke reorganisatie binnen het departement Rechtsgeleerdheid,

-
- 1 D. Draaisma, *Waarom het leven sneller gaat als je ouder wordt*, Groningen: Historische Uitgeverij 2010.
 - 2 G.H. Addink en A.A.J. de Gier (red.), *Bestuursrecht in perspectief*, Instituut voor Staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht: 1996.
 - 3 Vergelijk verder W.P. Heere, 'De Faculteit der Rechtsgeleerdheid', in: H.W. van der Dunk (red.), *Tussen ivoren toren & grootbedrijf. De Utrechtse Universiteit 1936-1986*, Maarssen: Gary Schwartz/Rijksuniversiteit Utrecht 1986, p. 335-347, i.h.b. p. 341, waarin is opgemerkt: 'in 1961 begon het (tot 1967 zo geheten) Instituut voor Bestuursrecht te functioneren.' Het Instituut voor Rechtsgeschiedenis, de latere vakgroep Rechtstheorie, werd in 1950 opgericht (vergelijk W.P. Heere 1986, p. 336).

zijn de afdelingen Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie samengevoegd. Het departement Rechtsgeleerdheid heeft daarmee thans vier afdelingen.⁴ Deze vier afdelingen houden zich vooral bezig met het onderwijs binnen de specifieke disciplines van de rechtsgeleerdheid. Het onderzoek van het departement Rechtsgeleerdheid is samengebracht in onderzoeksprogramma's met vijf verschillende onderzoekscentra.⁵ De afdelingen blijven echter een belangrijke spil in het dagelijkse werk van de medewerkers. Het is immers juist de afdeling, zoals die van Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie, waarbinnen collega's dagelijks met elkaar samenwerken, elkaar makkelijk en snel kunnen bereiken en van elkaar weten wat er op de werkvloer speelt en welke uitdagingen er zijn.

De binding met elkaar is evenwel altijd vatbaar voor verbetering, temeer, gelijk als hierboven is opgemerkt, de afdelingen Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie onlangs zijn samengevoegd. Naast de viering van ons elfde lustrium, is dan ook een andere reden voor deze jubileumbundel om de binding tussen de voorheen verschillende afdelingen te versterken. Daar komt bij dat ook binnen ons departement veel jonge (vaak nog niet gepromoveerde) medewerkers zijn aangetrokken. De redactie acht het van belang om ook hen te stimuleren de veelal eerste stappen op het gebied van onderzoek te laten zetten en daarvoor een platform te bieden.

Een laatste doel van deze jubileumbundel is om aan de buitenwereld te laten zien met welke vragen wij ons binnen de afdeling Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie bezighouden. De plaats en toekomst van de rechter in ons staatsbestel is een in ons onderzoek steeds terugkerend thema. Wanneer in de literatuur of in de media gesproken wordt over de rechter, dan is het vaak in de trant van dat hij te activistisch of te defensief heeft opgetreden. In die zin ligt de rechter veelvuldig onder vuur. De rechter vervult binnen de rechtsstaat een zekere dubbelrol: enerzijds is hij de bewaker van de rechten en vrijheden van het individu jegens de wetgevende (en uitvoerende) macht, anderzijds is hij de bediener van deze macht wanneer verplichtingen afgedwongen moeten worden of van rechten en vrijheden misbruik wordt gemaakt. Naar het

4 Naast die van de afdeling Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie, zijn dat: Internationaal en Europees recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht.

5 Te weten: Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL), Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE), Montaine Centre voor Rechtspleging en Conflictoplossing, Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL). Daarnaast bestaan er ook nog de volgende instituten: Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM), Netherlands Institute for the Law of the Sea (NILOS), Public Procurement Research Centre (PPRC), Utrecht Centre for International Legal Studies (UCILS), Europa Instituut.

oordeel van de redactie geven de bijdragen in deze jubileumbundel een brede inblik in de ontwikkelingen rondom het functioneren van de rechter in ons staatsbestel en op welke wijze kan worden verzekerd dat dat functioneren toekomstbestendig is. In elk geval hoopt de redactie dat deze jubileumbundel een bijdrage kan leveren aan de op dit onderwerp gevoerde discussie en dat deze jubileumbundel bovenal u veel leesplezier zal verschaffen.

September 2016

De redactie

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	iii
Marginale rechterlijke toetsing onder druk: een voortgaande tred vooruit? <i>Rolf Ortlep en Wouter Zorg</i>	1
Deskundigenbenoemingen door de bestuursrechter in het medisch bestuursrecht: over belangenafweging en pragmatisme <i>Elaine Mak en Jim Waasdorp</i>	19
De reikwijdte van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in het omgevingsrecht <i>Julian Kevelam en Henk Gierveld</i>	41
De redelijke termijn tussen Nederland, Luxemburg en Straatsburg <i>Rob Widdershoven</i>	63
Te veel ballen in de lucht? De Afdeling tussen effectiviteit en rechtsbescherming bij toetsing Europees staatssteunrecht <i>Tim de Graaff</i>	77
Bestrijding van misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur: een adequate rol van rechter en wetgever? <i>Ton Duijkersloot en Wouter Zorg</i>	99
Rechterlijke toetsing van globale omgevingsplannen zonder horizon <i>Frank Groothuijse, Daan Korsse en Ben Schueler</i>	121
De betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering bij wetsinterpretatie door de rechter <i>Coen Modderman en Rolf Ortlep</i>	139
De gelijke toegang tot de rechter onder vuur <i>Lucas Brouwers en Henk Kummeling</i>	153
De paradox van rechter en ritueel <i>Wibo van Rossum en Marc Simon Thomas</i>	179

Procedurele toetsing <i>Leonie Huijbers en Janneke Gerards</i>	191
Newbies en nerds: tech-savviness van rechters <i>Lars Frietman en Tina van der Linden</i>	213
Crisis in de constitutionele rechtspraak <i>Jeroen Kiewiet en Jacobien van Dorp</i>	229
Recht en Openbaar Bestuur; Rechtsgeleerdheid en Bestuurskunde: haat-liefde verhoudingen? <i>Philip Langbroek en Dacian Dragos</i>	251
Naar meer ervaren legitimiteit van de Nederlandse rechtspraak <i>Hilke Grootelaar en Kees van den Bos</i>	275
Het <i>Hangmat</i> -arrest en de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming <i>Rolf Ortlep</i>	299
De verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid <i>Remco Nehmelman en Max Vetzo</i>	319
Personalia	345

MARGINALE RECHTERLIJKE TOETSING ONDER DRUK: EEN VOORTGAANDE TRED VOORUIT?

Rolf Ortlep en Wouter Zorg

1. INLEIDING

Het belang van de algemene beginselen (van behoorlijk bestuur) staat buiten kijf. Zonder deze beginselen (normering) zou het overheidsgezag over burgers een element van machtsvolkomenheid behouden, hetgeen onvermijdelijk een zekere willekeur insluit. De rol van de rechter in de ontwikkeling van de algemene beginselen (van behoorlijk bestuur) kan met H.D. van Wijk omschreven worden als een ontwikkeling van voortgaande terugtred.¹ Het woord 'voortgaande' slaat op het doordringen van de rechter tot het *freies Ermessen* (beleids- of beoordelingsvrijheid) van het bestuursorgaan. Het woord 'terugtred' op de restrictie die de rechter zich hierin heeft opgelegd door slechts marginaal aan deze vrijheid te toetsen. De achtergrond van het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing is de verhouding tussen de drie staatsmachten. Een verhouding waarbinnen de rechter de minste democratische legitimatie zou hebben. Recent heeft T. Barkhuysen besproken dat er ten aanzien van dit leerstuk sprake is van een ontwikkeling die dicht in de buurt komt van een revolutie.²

Zoals met alles, is het inherent aan het schrijven van een bijdrage om keuzes te maken. Wij hebben er voor gekozen om in deze bijdrage in het licht van het bovenstaande de volgende vraag centraal te stellen: welke ontwikkelingen zijn er ten aanzien van het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing en nopen zij tot aanpassing van dat leerstuk? Voor de duidelijkheid merken wij op dat het bij het begrip 'marginale rechterlijke toetsing' gaat om toetsing door de rechter aan het willekeurverbod, als onderdeel van het evenredigheidsbeginsel (vergelijk nader paragraaf 2).³ Wij gaan in deze bijdrage niet in op de rechterlijke toetsing van een bestuurlijke punitieve sanctie, daar voor een

1 H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1959; tevens opgenomen in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115. Zie M.C.P.M. van Schendelen, *Terugtred van de wetgever*, Groningen: Tjeenk Willink 1976. De uitdrukking 'terugtred van de wetgever' is te herleiden tot A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910, p. 17.

2 T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015/24, p. 1583.

3 Vergelijk hierover B.W.N. de Waard, 'Maxis en Praxis. Verbod van willekeur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 339-350.

dergelijk besluit vaststaat dat de rechter (als gevolg van het Europese recht) zelfstandig en zonder terughoudendheid toetst of die sanctie in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.⁴ Ter operationalisering van de zojuist genoemde vraag wordt er een onderscheid gemaakt tussen de ontwikkelingen in Nederland (paragraaf 2) en de ontwikkelingen vanuit de Europese Unie (paragraaf 3). Met betrekking tot dat laatste zullen wij als zodanig niet ingaan op de ontwikkeling met betrekking tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Als zodanig, aangezien de ontwikkelingen op het punt van de marginale rechterlijke toetsing vanuit de Europese Unie wel voor een deel samenhangen met het EVRM. De onderhavige bijdrage wordt afgesloten met een slotopmerking en een conclusie.

2. ONTWIKKELINGEN IN NEDERLAND

2.1. Inleiding

Het debat rondom het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing is, na een periode relatief te zijn verstomd, recent weer in alle hevigheid losgebarsten. In deze paragraaf wordt ten aanzien van dat leerstuk de ontwikkelingen in Nederland besproken. Voordat daaraan kan worden toegekomen, dient eerst uiteengezet te worden op welke wijze het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing zich heeft gevormd. Immers, om te weten waar het (eventueel) heen gaat, moet men eerst weten waar het vandaan komt.

2.2. Voortgaande terugtred

In de inleidende paragraaf is opgemerkt dat de rol van de rechter in de ontwikkeling van de algemene beginselen (van behoorlijk bestuur) met H.D. van Wijk omschreven kan worden als een ontwikkeling van voortgaande terugtred.⁵ Het woord 'voortgaande' slaat op het doordringen van de rechter tot het *freies Ermessen* (beleids- of beoordelingsvrijheid) van het bestuursorgaan en het woord 'terugtred' op de restrictie die de rechter zich hierin heeft opgelegd door slechts marginaal aan deze vrijheid te toetsen. Het gaat hier om toetsing aan het willekeurverbod, als onderdeel van het evenredigheidsbeginsel, en het wordt in één adem genoemd met het hieronder te bespreken *Doetinchemse Woonruimtevoordering*-arrest. Wat onder het begrip 'marginale rechterlijke toetsing' verstaan dient te worden, komt treffend tot uitdrukking in het volgende citaat van B.W.N. de Waard:

4 Voor een actuele stand van zaken dienaangaande zij gewezen op M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht', *JBplus* 2015, p. 220-242.

5 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 1.

‘Als de mogelijke beoordelingen op een schaal zouden worden uitgezet, met aan de ene zijde de gevallen of uitkomsten die iedereen apert onjuist zou vinden en aan de andere zijde de gevallen of uitkomsten die iedereen zonder meer juist zou vinden, dan wordt bij een marginale toetsing de grens van het acceptabele niet in het midden getrokken, maar als een marge: alleen het apert onjuiste is onaanvaardbaar, maar naast het apert juiste wordt ook het grijze tussengebied waarover verschil van mening mogelijk is geaccepteerd.’⁶

Zojuist is melding gemaakt van het *Doetinchemse Woonruimtevoordering*-arrest; een arrest dat in één adem genoemd wordt met het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing.⁷ Hierdoor begint bijna elke introductie van dat leerstuk bij de impulsieve, economische delicten plegende, psychopaat O.L.. Een man, met een beperkt intellect, afkomstig uit een familie, die ‘inzake geestesziekte exceptioneel zwaar is belast’. Of dat niet al zwaar genoeg was, was hij ook gehuwd met een vrouw die een historie van psychische problemen met zich mee droeg. Het kwetsbare stel werd geconfronteerd met de burgemeester van de gemeente Doetinchem. Die vorderde op 31 oktober 1947 een gedeelte van de aan hen ter beschikking staande woning, vier kamers en het medegebruik van de wc en de zolder, als woonruimte voor een gezin met twee kinderen. Een *abus de droit*, aldus de rechtbank en het gerechtshof. Waarbij het gerechtshof opmerkte dat de grenzen, waarbinnen de overheid in haar handelingen vrij moet zijn, in de Woonruimtetwet 1947 ruim werden getrokken, maar dit toch niet uitsloot dat misbruik van recht aanwezig kon zijn, indien een grote onevenredigheid bestond in de afweging van de aan de overheid toe- vertrouwen belangen in verband met de schending van een subjectief recht.

6 B.W.N. de Waard, ‘Marginale toetsing en evenredigheid’, in: J.A.F. Peters e.a. (red.), *Getuigend staatsrecht (Koekkoek-bundel)*, Nijmegen: WLP 2005, p. 363-385, i.h.b. p. 369.

7 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558; *AB* 1949, p. 788. Vergelijk N. Okma, ‘Behoort bij onderwerpen gelijk b.v. die van de woonruimtetwet 1947 en het algemeen vorderingsbesluit 1940 de burgerlijke rechter controle te hebben op besluiten en handelingen van de administratie, en zo ja, hoe behoort die controle te worden geregeld?’, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1950, p. 3-52; M.M. van Praag, ‘Behoort bij onderwerpen gelijk b.v. die van de woonruimtetwet 1947 en het algemeen vorderingsbesluit 1940 de burgerlijke rechter controle te hebben op besluiten en handelingen van de administratie, en zo ja, hoe behoort die controle te worden geregeld?’, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1950, p. 53-124; J.G. Steenbeek, ‘Toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur’, *NG* 1961, p. 457-461; J.G. Steenbeek, ‘Rechtmatigheid en doelmatigheid’, *RMThemis* 1961, p. 150-176; L. Prakke, ‘Marginale toetsing’, *AA* 1966, p. 278-288; C.W.A. Timmermans, *De administratieve rechter en beoordelingsvrijheden van bestuursorganen*, Leuven: ACCO 1973, p. 58 e.v.; P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 62 e.v.; R. Bakker en A.Q.C. Tak, ‘De centrale rol van het willekeurverbod bij de toetsing van overheidshandelen’, in: A.W. Heringa en N. Verheij (red.), *Publiekrechtelijke bewegingen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 205-218.

De Hoge Raad boog zich in 1949 over de zaak en casseerde: De waardering van de in aanmerking komende belangen, was overgelaten aan het bestuur en de rechter kon daar *niet* uit hoofde van een andere waardering van belangen tussen komen. Daar bestond slechts ruimte voor, aldus de Hoge Raad, indien het bestuur ‘bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot [het besluit] heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad.’

Het *Doetinchemse Woonruimtevoordering*-arrest wordt gezien als hét klassieke arrest waarin de Hoge Raad zijn visie op het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing ontvouwt.⁸ Een leerstuk dat in de wereld van het civiele recht is ontsproten en oorspronkelijk dan ook een ruime(re) betekenis toekomt.⁹ Het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing diende bij de introductie ervan door de Hoge Raad, anders dan de hedendaagse connotatie, tot verbreding van de rechtsbescherming van de burger ten opzichte van het bestuur (vergelijk tevens paragraaf 2.3).¹⁰ Bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) koos de wetgever ervoor om het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren in artikel 3:4, tweede lid. In de parlementaire geschiedenis van dat artikel zijn vragen gesteld over de rol van de rechter bij de toetsing van de bestuurlijke belangenafweging.¹¹ Zo werd onder meer de vraag gesteld of de regering het standpunt onderschreef dat, kort gezegd, door toepassing van het evenredigheidsbeginsel die belangenafweging niet in verdergaande mate zou (kunnen) worden getoetst. De beantwoording van regeringszijde liet evenwel aan duidelijkheid niet te wensen over. Met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb was niet beoogd dat de rechtspraak zou komen tot een meer stringente controle van de bestuurlijke afweging dan op dat moment het geval was.¹²

Na invoering van de Awb in 1994 rees (toch) twijfel over de vraag of de bestuursrechter integraal aan de evenredigheidsnorm zou mogen toetsen. Die twijfel werd versterkt door een uitspraak van de rechtbank Roermond inzake *Maxis en Praxis*. Geconfronteerd met een vrijstellingsbesluit van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Venlo, ten behoeve van de vestiging van een winkel van Kwantum Nederland B.V., trapte de rechtbank

8 Vergelijk eerder HR 13 november 1936, NJ 1937, p. 182, m.nt. E.M. Meijers. Zie G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*. VAR-reeks XXIV, Haarlem: Tjeenk Willink 1952, p. 55-94, i.h.b. p. 65-67.

9 B.W.N. de Waard 2005, p. 365.

10 Vergelijk J.E.M. Polak, interventie, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015*. VAR-reeks 155, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 25-27, i.h.b. p. 26.

11 Vergelijk hierover B.W.N. de Waard 2016, p. 339-350.

12 *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 55 e.v.

op de spreekwoordelijke rem. Door het verlenen van de vrijstelling werd een voorschot genomen op de besluitvorming door de gemeenteraad en werd deze voor een voldongen feit geplaatst. Daarmee werden (ook) aan derden toekomende procedurele waarborgen illusoir. De nadelige gevolgen van het besluit tot verlening van de vrijstelling waren daarmee onevenredig ten opzichte van de met dat besluit te dienen doelen. Mitsdien kwam dat besluit wegens strijd met het bepaalde in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking, aldus de rechtbank. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak) oordeelde in hoger beroep op de volgende wijze dat de rechtbank blijk gaf van een onjuiste opvatting over de betekenis van dat artikel voor de rechterlijke toetsing:

‘Bij artikel 3:4, tweede lid, van de Awb is bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Met dit tot het bestuur gerichte voorschrift heeft de wetgever niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren [...]. Volgens de memorie van antwoord (Kamerstukken II, 1990-1991, 21221, nr. 5, p. 55 e.v.) is het niet de bedoeling dat de rechter gaat beoordelen, welke nadelige gevolgen nog wel en welke niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd. Dit standpunt van de wetgever is gebaseerd op de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen. Uit de memorie van antwoord blijkt ook dat met de formulering van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, met toepassing van een dubbele ontkenning (‘niet onevenredig’) is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur.’¹³

De door de Afdeling bestuursrechtspraak ingezette lijn in de *Maxis en Praxis*-uitspraak is in de Nederlandse rechtspraak gemeengoed geworden. De toepassing van de beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan dient te voldoen aan een evenwichtig (proportioneel) resultaat, zoals neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. De rechterlijke toetsing aan dat artikel komt neer op een toetsing aan het verbod van willekeur. De afweging die ten grondslag ligt aan een besluit van het bestuursorgaan dient daaraan getoetst te worden en mag niet neerkomen op een zelfstandige rechterlijke herwaardering van de belangen. Gaat het om de uitoefening van een bevoegdheid waarbij het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid heeft, dan beperkt de rechter zich tot de vraag of er sprake is van een zodanige onevenredigheid tussen het doel waartoe besloten is tot aanwending van een dergelijke bevoegdheid en de nadelige gevolgen daarvan voor belanghebbenden, dat de uitkomst van de

13 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink; *Rawb* 1996/104, m.nt. B.W.N. de Waard.

bestuurlijke belangenafweging als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt.¹⁴ E.H.M. Hirsch Ballin heeft over die rechtspraak opgemerkt dat voor het evenredigheidsbeginsel geldt ‘dat slechts wanneer de rechter “kennelijke onevenredigheid” tussen algemeen belang en individueel belang constateert’ hij schending van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb zal aannemen: een soort terughoudendheid in het kwadraat.¹⁵

2.3. Marginale rechterlijke toetsing onder druk

Terwijl het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing lange tijd relatief rustig bezit was, is daar in de recente jaren verandering in gekomen. Gelijk als in de inleidende paragraaf is opgemerkt, bespeurt T. Barkhuysen dienaangaande een ontwikkeling die dicht in de buurt komt van een revolutie. Hij doelt daarmee onder meer op het preadvies van E.H.M. Hirsch Ballin uit 2015.¹⁶ Ook L.J.A. Damen dient hier in het denken over het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing niet onvermeld te blijven. Vanaf 2012 heeft hij in een reeks van annotaties in het tijdschrift *Administratiefrechtelijke Beslissingen (AB)* ten aanzien van dat leerstuk gepleit voor meer duidelijkheid (consistentie) wat betreft de terminologie en toepassing in voornamelijk de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.¹⁷

E.H.M. Hirsch Ballin heeft het pleidooi gehouden dat de – in onze woorden – pavlovreactie van de rechter om bij beleids- of beoordelingsvrijheid marginaal te toetsen bijstelling behoeft. Het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing is gebaseerd op de gedachte dat daar ‘waar de wetgever ten gunste van de administratie is teruggetreden, slechts democratische controle op zijn plaats is. Het bestuur zou onder politieke aansturing de belangen afwegen en zich daarvoor politiek moeten verantwoorden ten overstaan van vertegenwoordigende lichamen. Zou de rechter daarin ‘treden’, dan zou hij het democratisch

14 Vergelijk A.P. Klap, ‘Rechterlijke toetsing aan vage normen in Nederland en Duitsland’, in: A.P. Klap, F.T. Groenewegen en J.R. van Angeren, *Toetsing aan vage normen door de bestuursrechter in het Nederlandse, Duitse, Engels en Franse recht. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 1-78. Zie B.W.N. de Waard 2016, p. 339-350.

15 E.H.M. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: BJu 2015, p. 7-58, i.h.b. p. 22, onder verwijzing van H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 330.

16 E.H.M. Hirsch Ballin 2015, p. 7-58. Vergelijk hierover de recensie van S.E. Zijlstra, ‘E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, *NTB* 2015/16. Zie B.W.N. de Waard 2016, p. 349-350.

17 L.J.A. Damen onder ABRvS 1 februari 2012, *AB* 2012/246. Alle annotaties hebben in het vette kopje de aanduiding ‘Marginale toetsing 1’ e.v. gekregen, zodat ook vanuit latere annotaties kan worden teruggezocht op ‘Marginale toetsing’.

proces verstoren.’¹⁸ E.H.M. Hirsch Ballin heeft hierbij een aantal bedenkingen, zoals de ‘ontoelaatbaarheid van een situatie waarin de ruimte voor het bestuur, voor de rechterlijke taak een vacuüm is.’¹⁹ Daarnaast bespreekt hij de veranderingen in de constitutionele verhoudingen, met name de onvoldoende democratische legitimatie van het bestuur als gevolg van de terugtrekkende, soms onzorgvuldige wetgever, alsmede de behoefte aan een bestuursrechter die geschillen (definitief) oplost. Hij staat een meer genuanceerder benadering van de rechterlijke toetsing voor, waarbij de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing moet zijn.²⁰ In reactie hierop heeft J.E.M. Polak, de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, opgemerkt dat het gaat om een terughoudende toetsing en niet om een rechtsvrije sfeer:

‘Integendeel: toetsing aan het recht, met name aan eisen van rechtszekerheid, motivering en zorgvuldigheid. [...] Het marginale is alleen van toepassing voor zover een bestuursorgaan beoordelings- of beleidsvrijheid heeft. De plicht tot belangen afwegen en draagkrachtig motiveren geldt onverkort, ook bij beoordelings- en beleidsvrijheid. [...] Kortom: als de term marginale toetsing het misverstand oproept dat er een rechtsvrije sfeer is, moeten we van die term af, want dat is echt een misverstand, naar mijn gevoel ook historisch. [...] Marginale toetsing is begonnen [met het Doetinchemse Woonruimteverbod-arrest] ter verbreding van de rechtsbescherming, maar als er nu het misverstand aan verbonden wordt dat de rechter een rechtsvrije sfeer zou moeten laten bestaan, moeten we daarvan af.’²¹

Naast de zojuist besproken reactie, is er ook in het jaarverslag van de Raad van State over 2015 aandacht geschonken aan het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing. Daarin komt tot uitdrukking dat de (Afdeling bestuursrechtspraak van de) Raad van State zich de kritiek uit de doctrine heeft aangeetrokken. De Raad van State hecht er belang aan om op te merken dat de indringendheid van de toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak van besluiten waarbij aan het bestuursorgaan door de wetgever ‘afwegingsruimte’ is toegekend, ofwel in de vorm van beleidsvrijheid ofwel in de vorm van beoordelingsvrijheid, een toetsing is die – ook buiten bestuurlijke punitieve sancties (vergelijk de afbakening in de inleidende paragraaf) – meer is dan marginaal.²² Dienaangaande wordt gewezen op de uitspraak van de Afdeling

18 E.H.M. Hirsch Ballin 2015, p. 26. Zie A.P. Klap, ‘Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing’, *Bestuurswetenschappen* 1996/4, p. 242-258.

19 E.H.M. Hirsch Ballin 2015, p. 27.

20 E.H.M. Hirsch Ballin 2015, p. 47 e.v.

21 J.E.M. Polak 2016, p. 26.

22 Jaarverslag Raad van State over 2015, p. 65 e.v. (te vinden op www.raadvanstate.nl).

bestuursrechtspraak inzake het alcoholslotprogramma²³ en de uitspraak inzake de gaswinning in Groningen²⁴.²⁵ Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de laatstgenoemde uitspraak als volgt overwogen:

‘De beoordeling op grond van artikel 36, eerste lid, van de Mijnbouwwet moet door de minister [van Economische Zaken] worden gemaakt. De rechter kan, gelet op de aard van de bevoegdheid zoals deze in de Mijnbouwwet is omschreven, zijn eigen oordeel niet in de plaats stellen van het oordeel van de minister, die bij zijn afweging ruimte toekomt en zich ter zake door deskundigen kan laten adviseren. De minister kan over zijn besluitvorming ter verantwoording worden geroepen door de Staten-Generaal en dat is in deze zaak feitelijk ook meermalen gebeurd. Dit laat onverlet dat de besluitvorming van de minister is onderworpen aan rechterlijke toetsing. De Afdeling dient met name te beoordelen of het besluit van de minister en de daaraan ten grondslag gelegde afweging in overeenstemming is met het in artikel 36 van de Mijnbouwwet gestelde kader, berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen, en deugdelijk is gemotiveerd. Daarnaast beziet de Afdeling of de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.’

Naar aanleiding van deze uitspraken wordt in het jaarverslag van de Raad van State over 2015 opgemerkt dat het feit dat het gaat om bevoegdheden waarbij aan het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid is toegekend, insluit dat het bestuursorgaan ‘afwegingsruimte’ heeft en dat de bestuursrechter niet zijn eigen oordeel over de afweging van de betrokken belangen in de plaats van die van het bestuursorgaan moet stellen. Dit laat echter onverlet, aldus dat jaarverslag, en in overeenstemming met de hierboven besproken reactie van J.E.M. Polak, dat een toetsing aan de eisen van het recht moet plaatsvinden, waaronder die van evenredigheid en deugdelijke motivering.²⁶

23 ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen.

24 ABRvS 18 november 2015, AB 2016/82, m.nt. H.E. Bröring en J.G. Brouwer.

25 Voorts wordt hier ook gewezen op de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (24 december 2014, AB 2015/117, m.nt. T.E.P.A. Lam) waarin is geoordeeld dat de vaststelling van de omvang van het normale maatschappelijke risico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is, dat daarbij beoordelingsruimte toekomt. Door hier te wijzen op de beoordelingsruimte van het bestuursorgaan, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak expliciet gemaakt dat de bestuursrechter ter zake niet marginaal toetst en zijn eigen oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan kan stellen. Zie G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, Instituut voor Bouwrecht 2015, p. 88 e.v.

26 Jaarverslag Raad van State over 2015, p. 67.

2.4. Tussenconclusie

Hierboven is meermaals opgemerkt dat het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing juist tot ontwikkeling is gekomen ter versteviging van de rechtsbescherming van de burger ten opzichte van het bestuur. In elk geval vanaf de inwerkingtreding van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb en vanaf de door de Afdeling bestuursrechtspraak ingezette lijn in de *Maxis en Praxis*-uitspraak is de paradoxale situatie ontstaan dat het leerstuk geassocieerd wordt met een terugtred van de rechter ten faveure van de vrijheid van het bestuur. Los van die associatie (beeldvorming) heeft E.H.M. Hirsch Ballin in zijn preadvies uit 2015 overtuigend een meer genuanceerde benadering voor de rechterlijke toetsing uiteenzet, waarbij de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing moet zijn. In de reactie van J.E.M. Polak, almede in het jaarverslag van de Raad van State over 2015, is gepoogd om met name de negatieve beeldvorming over het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing te kantelen. Er wordt benadrukt dat een dergelijke toetsing behelst dat aan de hand van het willekeurcriterium de bestuursrechter zich – mede vanwege het gebrek aan deskundigheid – dient te onthouden om zijn eigen oordeel over de afweging van de betrokken belangen in de plaats van die van het bestuursorgaan te stellen. Hiermee is niet gezegd dat de bestuursrechter zich terughoudend dient op te stellen ten aanzien van de vraag of het bestreden besluit in strijd is met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

3. ONTWIKKELINGEN VANUIT DE EUROPESE UNIE

3.1. Inleiding

In deze paragraaf worden de ontwikkelingen vanuit het EU-recht belicht ten aanzien van het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing. Voordat daaraan wordt toegekomen, is het van belang om op te merken dat die ontwikkelingen, gelet op de prejudiciële verwijzingsuitspraak van de Hoge Raad van 27 maart 2015,²⁷ niet alleen actueel zijn maar ook nog geen eindpunt hebben. In deze prejudiciële verwijzingsuitspraak staat namelijk centraal of het EU-recht, in het bijzonder artikel 45, tweede lid, van de inmiddels ingetrokken Richtlijn 2004/18/EG (thans: Richtlijn 2014/24/EU), zich ertegen verzet dat een aanbeledende dienst naar nationaal recht verplicht is met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan (in de zin dat uitsluitingsmaatregelen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is). Deze evenredigheidstoets is naar het oordeel van de Hoge Raad een nationaalrechtelijke

²⁷ HR 27 maart 2015, AB 2015/277, m.nt. E. van Dam en A. Drahmman.

versoepeling van de criteria voor toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden. De Hoge Raad overweegt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie of Hof) zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of een aanbestedende dienst naar nationaal recht verplicht is te toetsen of uitsluiting in een concreet geval wel evenredig (proportioneel) is. Het Hof heeft meer concreet nog niet de vraag beantwoord of het van belang is dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling. Gelet hierop stelt de Hoge Raad als eerste de prejudiciële vraag of het Unierecht zich verzet tegen een nationale verplichting om te toetsen of uitsluiting in een concreet geval wel proportioneel is. Daarbij in aanmerking nemende dat de Staat in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat tot uitsluiting wordt overgegaan als een uitsluitingsgrond van toepassing is. Indien het Unierecht zich niet tegen de evenredigheidsstoets verzet, legt de Hoge Raad aan het Hof de prejudiciële vervolgvraag voor ‘of het Unierecht zich ertegen verzet dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het evenredigheidsbeginsel, zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet ‘vol’ toetst, maar volstaat met de (‘marginale’) toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 45, tweede lid van de Richtlijn heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten.’

3.2. Beginsel van nationale procedurele autonomie

Het is moeilijk te voorspellen of het Hof van Justitie naar aanleiding van de hierboven besproken prejudiciële verwijzingsuitspraak (ook) in meer algemene zin in zal gaan op de vraag welke eisen het EU-recht stelt aan de nationale rechterlijke toetsing van de toepassing door het bestuursorgaan van zijn bevoegdheden. In eerste instantie is die vraag door het Hof van Justitie geplaatst in de sleutel van het beginsel van nationale procedurele autonomie.²⁸ Dit beginsel betekent dat de wijze waarop het EU-recht ten uitvoer wordt gebracht, bij een gebrek aan een Unierechtelijke regeling dienaangaande, een zaak van de rechtsorde van de lidstaten is. Met betrekking tot dat beginsel gelden bepaalde minimumvereisten, vereisten die tot uitdrukking komen in het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel. Het beginsel van effectieve rechts-

28 Vergelijk R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Judicial Protection’, in: J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, p. 331-434, i.h.b. p. 399 e.v.; M. Reneman, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 265 e.v.; H.J.M. Baldinger, *Rigorous scrutiny versus marginal review*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 308 e.v.; H.J.M. Baldinger, ‘Grondig onderzoek versus marginale toetsing’, *A&MR* 2013/3, p. 120-130; R.J.G.M. Widdershoven in zijn annotatie onder HvJEU 28 juli 2011, Samba Diouf, C-69/10, ECLI:EU:T:2014:1030, AB 2011/304.

bescherming, zoals thans is neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, ziet daarenboven op de waarborging dat een justitiabele de rechten die hij ontleent aan het EU-recht daadwerkelijk rechtens kan afdwingen.²⁹ Dat beginsel geldt niet alleen ter begrenzing van het beginsel van nationale procedurele autonomie, maar is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook ontwikkeld als een algemeen fundamenteel beginsel van EU-recht; hierbij is aansluiting gezocht bij de artikelen 6 en 13 van het EVRM.

De vraag welke eisen het EU-recht stelt aan de nationale rechterlijke toetsing van de toepassing door het bestuursorgaan van zijn bevoegdheden werd – zoals hierboven is gezegd – door het Hof van Justitie in eerste instantie geplaatst in de sleutel van het beginsel van nationale procedurele autonomie. Daardoor hadden de lidstaten een ruime vrijheid om hierbij hun eigen standaarden te hanteren, ook waar het ging om een marginale rechterlijke toetsing.³⁰ Een klassiek arrest in dat verband is het *Upjohn*-arrest.³¹ In dat arrest gaat het om de vraag of de nationale rechter bij de toetsing van besluiten, zijn beoordeling van de feiten, met name waar het gaat om de wetenschappelijke bewijzen ter staving van deze besluiten, in de plaats moet kunnen stellen van die van bestuursorganen die tot deze intrekking bevoegd zijn. Het Hof stelt voorop dat deze vraag beantwoord moet worden aan de hand van het beginsel van nationale procedurele autonomie en de daarvoor gestelde minimumvereisten die tot uitdrukking komen in het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel. Uit het *Upjohn*-arrest volgt in het bijzonder dat wanneer het nemen van

29 Vergelijk F.K. Brockmann, *Effektiver Rechtsschutz – Das Recht der Europäischen Union*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2014; R. Barents, 'EU procedural law and effective legal protection', *CMLRev* 2014, p. 1437-1461; S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection', *REALaw* 2011, p. 31-50; S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship', in: T. Baumé et al (eds.), *Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives. Liber Amicorum Arjen Meij*, Zutphen: Paris Legal Publishers 2011, p. 283-295.

30 Vergelijk HvJEG 24 april 2008, Arcor, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, AB 2008/326, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; HvJEG 21 januari 1999, *Upjohn*, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14.

31 HvJEG 21 januari 1999, *Upjohn*, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14. Vergelijk Y.E. Schuurmans, 'Review of Facts in Administrative Law Procedures; A European Community Law Perspective', *REALaw* 2008, p. 5-34; T. Barkhuysen en L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, BJu: Den Haag 2007, p. 140 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven en M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007, p. 69 e.v.; J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113; R.J.G.M. Widdershoven, 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de toetsing aan het EG-recht', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 39-55.

een op EU-recht gebaseerd besluit een ingewikkelde feitelijke beoordeling vergt, de nationale rechter niet verplicht is zijn beoordeling van de feiten in de plaats van de bestuurlijke beoordeling te stellen. Hij kan zich beperken tot toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling op kennelijke dwaling, misbruik van bevoegdheden en klaarblijkelijke overschrijding van de grenzen van de bestuurlijke beleids- of beoordelingsvrijheid. Relatief recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak hiermee in overeenstemming geoordeeld. In haar uitspraak van 1 mei 2013³² overweegt zij dat het College ter beoordeling van geneesmiddelen (hierna: het College), dat bij de vervulling van zijn taak ingewikkelde beoordelingen dient te verrichten, over beoordelingsvrijheid beschikt. Onder verwijzing naar het *Upjohn*-arrest heeft de rechtbank naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak met juistheid geoordeeld dat zij haar beoordeling van de feiten niet in de plaats kan stellen van die van het College. Naar analogie van het *Upjohn*-arrest heeft de rechtbank zich verder terecht beperkt tot een onderzoek naar de feitelijke grondslag en de daarop gebaseerde door het College toegepaste juridische kwalificatie. Waarbij met name de vraag van belang was of het College bij zijn optreden niet kennelijk heeft gedwaald of zijn bevoegdheid heeft misbruikt, dan wel of het College de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak.

3.3. Beginsel van effectieve rechtsbescherming

Zojuist is besproken dat de vraag welke eisen het EU-recht stelt aan de nationale rechterlijke toetsing van de toepassing door het bestuursorgaan van zijn bevoegdheden in eerste instantie door het Hof van Justitie geplaatst werd in de sleutel van het beginsel van nationale procedurele autonomie. In de afgelopen jaren is hierin een kentering gekomen, in de zin dat het Hof deze vraag behandelt in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming (thans neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Hierbij wordt met name gedoeld op het *Samba Diouf*-arrest.³³ Hierin heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming zich *niet* verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de beslissing van de bevoegde nationale instantie om een asielerzoek volgens een versnelde procedure te behandelen niet voor een afzonderlijk beroep vatbaar is. Mits althans de hiertoe aangehaalde redenen – die samenvallen met de redenen die tot de beslissing tot weigering van de vluchtelingenstatus ten gronde hebben geleid – aan een effectieve rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen in het kader van het beroep dat kan

32 ABRvS 1 mei 2013, AB 2013/345, m.nt. R. Ortlep.

33 HvJEU 28 juli 2011, Samba Diouf, C-69/10, ECLI:EU:T:2014:1030, AB 2011/304, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Vergelijk M. Reneman 2014, p. 81, p. 216, p. 259 e.v., p. 263 e.v. en p. 300 e.v.

worden ingesteld tegen de definitieve weigering. Deze effectieve rechterlijke toetsing moet naar het oordeel van het Hof grondig zijn en de feiten en het recht betreffen. Onweerlegbare vermoedens van wettigheid van het standpunt van het bestuursorgaan zijn verder niet toegestaan. Hiermee lijkt het Hof aan de lidstaten – in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming – een aantal voorzichtig geformuleerde aanwijzingen te geven over de omvang en de indringendheid van de rechterlijke toetsing van de afwijzingsgronden in asielzaken. Zij het dat niet duidelijk is hoe indringend die toetsing dient te zijn.³⁴ Uit andere rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat het uit oogpunt van EU-recht toelaatbaar is om in het nationale recht een stelsel te hanteren waarin de indringendheid van de rechterlijke toetsing afhangt van de aard van de bestuurlijke bevoegdheid. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming vereist in elk geval niet dat de mate van de indringendheid van rechterlijke toetsing steeds dezelfde dient te zijn.³⁵

Naast de hierboven besproken kentering in de rechtspraak van het Hof van Justitie, komt het voor dat als gevolg van secundaire EU-wetgeving, zoals een verordening of een richtlijn, harmoniserende eisen worden gesteld aan de rechterlijke toetsing van de toepassing door het bestuursorgaan van zijn bevoegdheden.³⁶ Benadrukt zij dat die rechtspraak ook juist, vergelijk hieronder, ten grondslag aan die eisen in de secundaire EU-wetgeving kan liggen. Aangaande het voorgaande wordt gewezen op de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken. Op 13 april 2016 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in een tweetal uitspraken geoordeeld dat de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken als gevolg van het EU-recht indringender moet.³⁷ De achtergrond van deze uitspraken van 13 april 2016 is het volgende. Vanaf juli 2015 is in artikel 83a van de Vreemdelingenwet 2000, als gevolg van artikel 46, derde lid, van de Asielprocedurerichtlijn (2013/32EU),³⁸ voorgeschreven dat een volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feiten als het recht moet plaats-

34 Vergelijk R.J.G.M. Widdershoven in zijn annotatie onder HvJEU 28 juli 2011, Samba Diouf, C-69/10, ECLI:EU:T:2014:1030, AB 2011/304.

35 Vergelijk HvJEU 6 oktober 2015, East Sussex County Council, C-71/14, ECLI:EU:C:2015:656; HvJEG 9 juni 2005, HLH Warenvertrieb en Orthica, gevoegde zaken C-211/03, C-299/03 en C-316/03-C-318/03, ECLI:EU:C:2005:370. Zie reeds HvJEG 21 januari 1999, Upjohn, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14.

36 R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven 2015, p. 399 e.v.

37 ABRvS 13 april 2016, AB 2016/195, m.nt. M. Reneman; ABRvS 13 april 2016, AB 2016/196. Zie ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:956; ECLI:NL:RVS:2016:957; ECLI:NL:RVS:2016:958.

38 Vergelijk M. Reneman, 'Implementatie van de herziene Asielprocedurerichtlijn: een nieuwe beslissystematiek en meer waarborgen voor asielzoekers', NTER 2015/8, p. 250-256, en haar annotaties onder ABRvS 3 september 2015, AB 2015/451; Rb. Den Haag 19 augustus 2015, JV 2015/303; ABRvS 9 april 2015, AB 2015/292; ABRvS 2 juli 2014, AB 2014/349; ABRvS 11 juni 2013, AB 2013/362.

vinden.³⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel dat de eis dat een volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feiten als het recht moet plaatsvinden dient te leiden tot een indringender rechterlijke toetsing van de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken. Deze eis is gebaseerd op onder meer de rechtspraak van het Hof van Justitie⁴⁰, waaronder het hierboven besproken *Samba Diouf*-arrest.

Wat betreft de rechterlijke toetsing constateert de Afdeling bestuursrechtspraak met juistheid dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt, vergelijk hierboven, dat het uit oogpunt van EU-recht toelaatbaar is om in het nationale recht een stelsel te hanteren waarin de indringendheid van de rechterlijke toetsing afhangt van de aard van de bestuurlijke bevoegdheid; het beginsel van effectieve rechtsbescherming (artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) vereist in elk geval niet dat de mate van de indringendheid van rechterlijke toetsing steeds dezelfde dient te zijn. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt:

‘Uit de rechtspraak van het Hof over artikel 47 van het Handvest volgt niet dat de bestuursrechterlijke toetsingsintensiteit in alle gevallen hetzelfde moet zijn. Uit deze rechtspraak blijkt dat het Hof erkent dat een bestuursorgaan beslissingsruimte kan hebben [...]. Dat is onder meer het geval in zaken waarin het bestuursorgaan politieke, economische of sociale keuzes maakt of ingewikkelde beoordelingen verricht [...].

De Afdeling concludeert uit het vorenstaande dat het binnen het Unierecht past om een nationaal stelsel te hebben waarin de intensiteit van de bestuursrechterlijke toetsing afhankelijk is van de vraag of het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft wegens de aard en inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid. De bestuursrechter toetst een onderdeel van een besluit dat bepaalde [...] keuzes inhoudt, feitelijk complex of ingewikkeld is, of deskundigheid vereist die bij het bestuursorgaan aanwezig is, en waardoor het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft, anders dan onderdelen van een besluit waarvoor dit niet geldt.’

De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt tevens dat in artikel 46, derde lid, van de Asielprocedurerichtlijn ‘niet een norm is geschapen die de mate van indringendheid van de toetsing door de bestuursrechter in asielzaken in het algemeen, en in zaken over de geloofwaardigheid van het asielrelaas in het bijzonder, bepaalt.’ Als de Afdeling bestuursrechtspraak hiermee als

39 Vergelijk K. Geertsema, ‘Toetsen of beoordelen, indringend of enigszins terughoudend’, *Jaarboek Vreemdelingenrecht* 2015/4.

40 Alsmede de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zoals het arrest *Salah Sheekh* (EHRM 11 januari 2007, 1948/04, AB 2007/76, m.nt. B.P. Vermeulen).

bedoeling heeft om te zeggen dat de tekst van artikel 46, derde lid, van de Asielprocedurerichtlijn alleen iets zegt over de omvang van de rechterlijke toets, maar niet over de indringendheid ervan, dan zijn wij daarover met M. Reneman kritisch.⁴¹ Los van het feit dat in dat artikel gesproken wordt van ‘volledig’, is het onder meer gebaseerd op het hierboven besproken *Samba Diouf*-arrest. Daarin heeft het Hof van Justitie onder meer – in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming – geoordeeld dat de toetsing van de afwijzingsgronden van een asielbesluit ‘grondig’ moet zijn. Het lijkt er evenwel op dat de Afdeling bestuursrechtspraak zich daar ook van bewust is, omdat zij spreekt van ‘de mate van indringendheid’ en zij overweegt na een verdere analyse van (het systeem van) de Asielprocedurerichtlijn en artikel 46, derde lid, als volgt:

‘Uit het systeem van de Procedurerichtlijn is dus niet, net zomin als uit de tekst van artikel 46, derde lid, van de Procedurerichtlijn, af te leiden hoe indringend de bestuursrechterlijke toetsing in asielzaken in het algemeen, en in zaken over de geloofwaardigheid van een asielrelaas in het bijzonder, moet zijn.’

Gelet op de hierboven beschreven onbepaaldheid van de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing, achten wij het juist dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraken van 13 april 2016 tot de volgende evenwichtige conclusie ten aanzien van het EU-recht (artikel 46, derde lid, van de Asielprocedurerichtlijn (2013/32EU)) komt. Naar haar oordeel kan bij sommige onderdelen van het asielrelaas van een vreemdeling de rechter op basis van het besluit net zo goed als de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: de staatssecretaris) beoordelen of dat asielrelaas geloofwaardig is. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt:

‘De bestuursrechter toetst, binnen de grenzen van artikel 8:69 van de Awb en artikel 83 van de Vreemdelingenwet 2000, of de besluitvorming die heeft geleid tot een standpunt dat een asielrelaas of een onderdeel daarvan ongehoofwaardig is, voldoet aan de eisen die het recht daaraan stelt, in het bijzonder wat betreft de zorgvuldigheid van de besluitvorming en de inhoud en kenbaarheid van de motivering van dat besluit.

Verder toetst de bestuursrechter of het standpunt van de staatssecretaris over de voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas relevante elementen als bedoeld in artikel 4, eerste en tweede lid, van de Kwalificatierichtlijn, en onder meer geïmplementeerd in artikel 31 van de Vreemdelingenwet 2000, terecht is. De bestuursrechter toetst ook of de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat door hem aan een vreemdeling tegengeworpen tegenstrijdigheden, vaagheden

41 Haar annotatie onder ABRvS 13 april 2016, AB 2016/196.

en bevreemdingwekkende verklaringen betrekking hebben op essentiële onderdelen van diens asielrelaas (zie de uitspraak van de Afdeling van 15 maart 2012 in zaak nr. 201103691/1/V1; www.raadvanstate.nl). Deze manier van toetsen geldt ook voor het standpunt van de staatssecretaris over de vraag of de verklaringen van een vreemdeling, afgelegd tijdens de afgenomen gehoren, tegenstrijdig met elkaar zijn. Door de bestuursrechter kan immers zonder meer worden vastgesteld of uit de rapporten van die gehoren blijkt dat een vreemdeling tegenstrijdig heeft verklaard. Ten slotte toetst de bestuursrechter, voor zover een vreemdeling het door hem in zijn asielrelaas gestelde met bewijsmiddelen heeft gestaafd, het standpunt van de staatssecretaris daarover overeenkomstig de uitgangspunten van het algemene bestuursrecht.'

Levert een vreemdeling daarentegen geen bewijs aan, maar vertelt hij alleen over wat hem is overkomen, dan heeft de staatssecretaris – in de woorden van de Afdeling bestuursrechtspraak – ‘beslissingsruimte’ om in te schatten of een vreemdeling moet worden geloofd of niet. In dergelijke gevallen mag de rechter niet zijn eigen inschatting in de plaats stellen van de inschatting van de geloofwaardigheid door de staatssecretaris. Dienaangaande wijst de Afdeling bestuursrechtspraak op de omstandigheid dat de staatssecretaris (de Immigratie- en Naturalisatiedienst) de taak heeft om met de van hem geëiste deskundigheid en met inachtneming van allerlei waarborgen een beslissing te nemen op een asielverzoek. In dat systeem bestaat de rechterlijke taak uit een onderzoek naar de bestuurlijke besluitvorming dat alle vragen van zowel feitelijke aard als rechtsvragen kan omvatten. Een beoordelende rechter past volgens de Afdeling bestuursrechtspraak niet in dat systeem. De rechter dient evenwel te toetsen of het besluit is voorzien van een controleerbare motivering. Verder overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak dat bijzonder gewicht toekomt ‘aan de onderlinge samenhang van een asielrelaas en de weging door de staatssecretaris van door hem al dan niet geloofwaardig geachte elementen, en hoe deze doorwerken in zijn standpunt over de geloofwaardigheid van een asielrelaas als geheel.’ De Afdeling bestuursrechtspraak concludeert vervolgens:

‘Uit het vorenstaande volgt dat de bestuursrechterlijke toetsing van het standpunt van de staatssecretaris over de geloofwaardigheid van een asielrelaas een gemengd karakter heeft, als het asielrelaas van een vreemdeling mede op niet met bewijs gestaafde verklaringen en vermoedens steunt. Bij de meeste aspecten en bestanddelen van een besluit kan de bestuursrechter toetsen of de staatssecretaris zich terecht op het door hem ingenomen standpunt heeft gesteld. Als de staatssecretaris op aspecten en bestanddelen van een besluit beslissingsruimte heeft, namelijk bij zijn beoordeling van de geloofwaardigheid van niet met bewijs gestaafde verklaringen en vermoedens van een vreemdeling, zal de bestuursrechter moeten toetsen of de staatssecretaris zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat dat asielrelaas ongeloofwaardig is, zij het dat de bestuursrechter ook in dat geval de zorgvuldigheid en mo-

tivering van de besluitvorming van de staatssecretaris waarbij hij die beslissingsruimte gebruikt, moet toetsen. De intensiteit van de rechterlijke toetsing van een standpunt van de staatssecretaris over de geloofwaardigheid van een asielrelaas zal daardoor indringender zijn dan vóór de inwerkingtreding van artikel 46, derde lid, van de Procedurerichtlijn.’

3.4. Tussenconclusie

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het uit oogpunt van EU-recht toelaatbaar is om in het nationale recht een stelsel te hanteren waarin de indringendheid van de rechterlijke toetsing afhangt van de aard van de bestuurlijke bevoegdheid; het beginsel van effectieve rechtsbescherming (artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) vereist in elk geval niet dat de mate van de indringendheid van rechterlijke toetsing steeds dezelfde dient te zijn. Deze rechtspraak staat aan de basis van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 13 april 2016. Hierin gaat het om artikel 83a van de Vreemdelingenwet 2000, ter implementatie van artikel 46, derde lid, van de Asielprocedurerichtlijn (2013/32EU), waarin is voorgeschreven dat een volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feiten als het recht moet plaatsvinden. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken als gevolg daarvan indringender moet, maar nog steeds met de restrictie van een niet ‘beoordelende rechter’, in de zin dat de bestuursrechter zich – mede vanwege het gebrek aan deskundigheid – dient te onthouden om zijn eigen oordeel over de afweging van de betrokken belangen in de plaats van die van het bestuursorgaan (de staatssecretaris) te stellen. Is er sprake van ‘beslissingsruimte’ om in te schatten of een vreemdeling moet worden geloofd of niet, dan dient de bestuursrechter te toetsen of de staatssecretaris zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het asielrelaas ongeloofwaardig was, ‘zij het dat de bestuursrechter ook in dat geval de zorgvuldigheid en motivering van de besluitvorming van de staatssecretaris waarbij hij die beslissingsruimte gebruikt, moet toetsen.’

4. SLOTOPMERKING EN CONCLUSIE

In de onderhavige bijdrage staat de volgende vraag centraal: welke ontwikkelingen zijn er ten aanzien van het leerstuk van de marginale rechterlijke toetsing en nopen zij tot aanpassing van dat leerstuk? Na een analyse van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de jurisprudentie van enkele hoogste Nederlandse bestuursrechters, heeft J.H. Gerards in 2007 geconcludeerd dat er een verschil is gelegen in de intensiteit van de toetsing:

In Nederland is de evenredigheidstoets vrijwel per definitie een toets op willekeur of een algemene redelijkheidstoets, hetgeen betekent dat de

bestuursrechter zich zeer terughoudend zal opstellen. [...] De Europese rechtspraak is in dit opzicht veel meer verfijnd en genuanceerd. Daar kan de toetsing intensiever of marginaler zijn naar gelang van een aantal intensiteitbepalende factoren, zoals de aard van het aangetaste belang of het karakter van de bevoegdheid die aan het bestreden besluit ten grondslag lag.⁴²

De in deze bijdrage besproken ontwikkelingen laten zien dat een kleine tien jaar later er meer noodzaak wordt gevoeld om mede als gevolg van het EU-recht het leerstuk van de rechterlijke marginale toetsing genuanceerder te benaderen. Waarbij – in de woorden van E.H.M. Hirsch Ballin – de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing moet zijn. Hierbij past nog immer de – ook uit oogpunt van het EU-recht toelaatbare – restrictie van een niet ‘beoordelende rechter’. In die zin dat de bestuursrechter zich – mede vanwege het gebrek aan deskundigheid – dient te onthouden om zijn eigen oordeel over de afweging van de betrokken belangen in de plaats van die van het bestuursorgaan te stellen. De zojuist omschreven genuanceerder benadering wordt geen recht gedaan indien de rechter bij beleids- of beoordelingsvrijheid als een pavlovreactie in een marginale toetsing stand schiet. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak, bij monde van de voorzitter, J.E.M. Polak, is zich daarvan bewust. Er is niet één manier van rechterlijke toetsing, er dient juist ruimte te zijn voor maatwerk; onder meer ingegeven door hetgeen procespartijen naar voren brengen, de kennis en inzicht van de deskundigheid omtrent het bestreden besluit en het totaaloverzicht van de daarbij betrokken rechtsverhoudingen.⁴³ Als de term ‘marginale toetsing’ het misverstand oproept dat er geen sprake is van dergelijk maatwerk, maar van een rechtsvrije sfeer, dan moeten we – in zijn woorden – van die term af.

42 J.H. Gerards 2007, p. 111. Vergelijk E.H.M. Hirsch Ballin 2015, p. 49 e.v.

43 Vergelijk J.E.M. Polak 2016, p. 26-27.

DESKUNDIGENBENOEMINGEN DOOR DE BESTUURSRECHTER IN HET MEDISCH BESTUURSRECHT: OVER BELANGENAFWEGING EN PRAGMATISME

Elaine Mak en Jim Waasdorp

1. AANLEIDING

De heer Jansen dient bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: Uvw) wegens ziekte een aanvraag in voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Hiervoor moet hij in elk geval volledig en duurzaam arbeidsongeschikt zijn.¹ De beoordeling of daarvan sprake is, wordt onder meer gebaseerd op een verzekeringsgeneeskundig onderzoek.² Een verzekeringsarts van het Uvw vericht dat onderzoek en concludeert in een aan het Uvw uitgebracht medisch deskundigenadvies dat de heer Jansen niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Op basis van dit advies wijst het Uvw de aanvraag af. In bezwaar schakelt het Uvw een tweede medisch deskundige in: de verzekeringsarts Bezwaar en Beroep van het Uvw.³ Die deskundige komt tot dezelfde conclusie als de eerste arts. De heer Jansen is het met de bevindingen niet eens en wil zelf een andere medisch deskundige inschakelen. Dit lukt hem wegens gebrek aan financiële middelen echter niet en het Uvw verklaart het bezwaar ongegrond. Ook in beroep bij de bestuursrechter komt de heer Jansen niet veel verder. Volgens de bestuursrechter heeft het Uvw de conclusies van beide verzekeringsartsen aan zijn besluitvorming ten grondslag mogen leggen. Omdat de heer Jansen geen tegenbewijs heeft geleverd, ziet de bestuursrechter geen aanleiding om tegemoet te komen aan zijn verzoek een medisch deskundige te benoemen. Hij verklaart het beroep ongegrond.

In de bestuursrechtelijke procedure zijn de partijen niet aan elkaar gelijk. Schlössels noemt bestuursorganen *repeat-players*: zij zitten goed in de materie en kunnen de rechtsstrijd inhoudelijk sturen.⁴ De belanghebbende ziet de

1 Artikel 47 lid 1 aanhef en onder b Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

2 Artikel 6 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en artikel 2 lid 1 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.

3 Artikel 10 lid 1 Reglement behandeling bezwaarschriften Uvw 2014.

4 R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel?', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen en T.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: Over toezicht en rechtens*, Deventer: Kluwer 2003, p. 143. Zie ook H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 254.

materie daarentegen vaak voor het eerst.⁵ Deze ongelijkheid tussen de partijen staat op gespannen voet met het beginsel van *equality of arms*. Dit beginsel vereist volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat iedere partij een redelijke mogelijkheid heeft om haar zaak naar voren te brengen onder omstandigheden die haar niet in een substantieel nadeligere positie doen verkeren dan de wederpartij.⁶

Om de ongelijkheid tussen de partijen te compenseren, heeft de wetgever aan de bestuursrechter bevoegdheden toegekend om zelf onderzoek naar de feiten te doen en zich actief, niet-lijdelijk op te stellen.⁷ Zo kan de bestuursrechter een deskundige benoemen voor onderzoek naar feiten die hij zelf wegens gebrek aan relevante kennis niet kan vaststellen.⁸ Voorts heeft de wetgever de ongelijkheid tussen de partijen willen compenseren door een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid te laten gelden. Op die wijze kan de bestuursrechter beter inspelen op de omstandigheden van het geval. Wanneer een partij, meestal de belanghebbende, in bewijsnood komt, kan de bestuursrechter die partij tegemoetkomen zonder dat daarvoor een specifieke bewijsregel noodzakelijk is.⁹

Het voorbeeld van de heer Jansen maakt zichtbaar dat, ondanks de wettelijke waarborgen, sprake kan zijn van ongelijkheid tussen de partijen in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende. Het Uvw heeft twee bij dit instituut werkzame verzekeringsartsen ingeschakeld voor de vaststelling of sprake is van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid. Die artsen worden ook wel vaste deskundigen genoemd.¹⁰ De heer Jansen heeft geen vaste deskundige. Er bestaat niet zoiets als een *second opinion*-instantie.¹¹ Als hij tegenbewijs wil leveren, dan zal hij zelf een medisch deskundige moeten inschakelen. Dit is niet eenvoudig. Zo is de heer Jansen er niet in geslaagd zich inhoudelijk te verweren tegen de door de verzekerings-

5 Alt 2009, p. 254. Zie voor een uitgebreide bespreking van de verhouding tussen de belanghebbende en het bestuursorgaan: A. Mallan, *Lekenbescherming in het bestuursprocesrecht* (diss. Tilburg University), Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, in het bijzonder p. 13-45 en p. 91-115.

6 EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, § 46 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas.

7 PG Awb II, p. 173-177; Alt 2009, p. 255.

8 Artikelen 8:47 en 8:48 Awb (vooronderzoek) en artikel 8:60 van die wet (onderzoek ter zitting). Zie ook Mallan 2014, p. 80.

9 PG Awb II, p. 169 en 177; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 43; Alt 2009, p. 255.

10 Zie ook infra, par. 4.

11 Zie voor een oproep tot de oprichting van een dergelijke instantie: Y.E. Schuurmans en M.F. Vermaat, 'Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs', *NTB* 2013, p. 188 en T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun noot bij EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, AB 2016/167, punt 6.

artsen uitgebrachte medisch deskundigenadviezen. Dit brengt mee dat hij in bewijsnood verkeert.¹²

Om aan bewijsnood tegemoet te komen, kan de bestuursrechter zelf een medisch deskundige benoemen. Hij neemt dan als het ware de op de belanghebbende rustende bewijslast op zijn eigen schouders. Het gaat om een bevoegdheid van de bestuursrechter. Dit betekent dat zijn procesbeslissing die strekt tot het al dan niet benoemen van een medisch deskundige een belangenafweging vereist.¹³ Het op 8 oktober 2015 door het EHRM gewezen arrest inzake Korošec tegen Slovenië laat zien dat de bestuursrechter zich kritisch moet opstellen tegenover een door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies en dat het beginsel van *equality of arms* onder omstandigheden kan vereisen dat hij zelf een medisch deskundige benoemt.¹⁴ In de praktijk zien wij echter dat de bestuursrechter zeer terughoudend van zijn bevoegdheid daartoe gebruikmaakt. Ook in de literatuur is deze trend gesignaleerd.¹⁵

Deze trend van terughoudendheid klemt vanuit het juridisch oogpunt van de waarborg van *equality of arms*, maar ook vanuit de hedendaagse maatschappelijke eisen aan de bestuursrechtspraak. In het bijzonder wordt gewezen op de toegenomen roep om transparantie van de argumentatie van rechterlijke beslissingen, waarbij naast juridische ook relevante niet-juridische (bijvoorbeeld economische, sociologische of culturele) aspecten worden meegewogen en besproken in de belangenafweging van de bestuursrechter.¹⁶ De terughoudendheid van de bestuursrechter met betrekking tot de beoordeling van medisch deskundigenadviezen en met het zelf benoemen van een medisch deskundige past in een legalistische benadering van recht en rechtspraak, waarin de correcte toepassing van de wet voorop staat.¹⁷ Deze benadering verhoudt zich echter slecht met de verwachtingen van de samenleving. Een pragmatische benadering van de bestuursrechtspraak, waarin niet-juridische aspecten deel uitmaken van de belangenafweging, lijkt beter aan te sluiten bij

12 In par. 4 gaan wij uitgebreider in op de oorzaken die tot bewijsnood bij de belanghebbende kunnen leiden.

13 Vgl. L.M. Koenraad, 'Deskundig rechtspreken. Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2007, p. 204-205.

14 Zie infra, par. 5.2.

15 Bijv. Schuurmans 2005, p. 226; Schlössels 2009, p. 140; W.A. Faas e.a., 'De inzet van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen: een kwantitatieve analyse over de periode 1992-2010', *E&R* 2014-3, p. 93-102 (uit het onderzoek blijkt dat de rechtbanken in de periode 1996 tot en met 2010 in gemiddeld 4,7% van de arbeidsongeschiktheidszaken een medisch deskundige hebben genoemd. Bij de CRvB lag het percentage in de genoemde periode op gemiddeld 2,6%; Bijlage bij het onderzoek, p. 1 en 3); E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 38-40.

16 A. Hol en E. Mak, 'Van legaliteit naar pragmatisme. Over rechterlijke rede, emotie en intuïtie', *Rechtstreeks* 2010, nr. 4, p. 23-39. Zie uitgebreid infra, par. 3.

17 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 221.

de maatschappelijke behoefte, maar vereist een actievere houding van de bestuursrechter.¹⁸ Deze constateringën werpen de volgende onderzoeksvraag op:

Welke juridische en niet-juridische factoren spelen een rol in de belangenafweging die de bestuursrechter maakt bij het al dan niet benoemen van een medisch deskundige in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende en in hoeverre is een verbetering van die belangenafweging mogelijk met het oog op de waarborg van equality of arms tussen de partijen in de procedure?

In paragraaf 2 definiëren wij twee kernbegrippen: ‘medisch bestuursrecht’ en ‘medisch deskundige’. Ook bezien wij de betrokkenheid van een medisch deskundige in de bestuursrechtelijke procedure. Vervolgens schetsen wij in paragraaf 3 het denkkader van de bestuursrechter. Daarin zetten wij de kenmerken van de legalistische en de pragmatische benadering nader uiteen en bespreken wij het toenemende belang van niet-juridische elementen in rechterlijke oordeelsvorming. In paragraaf 4 analyseren wij het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Paragraaf 5 bevat enkele praktijkvoorbeelden. Tevens geven wij indicaties van oplossingen voor betere juridische en niet-juridische oordeelsvorming door de bestuursrechter. Wij sluiten deze bijdrage in paragraaf 6 af met een conclusie.

2. TWEE KERNBEGRIPPEN: ‘MEDISCH BESTUURSRECHT’ EN ‘MEDISCH DESKUNDIGE’

2.1. Afbakening van een rechtsgebied: het medisch bestuursrecht

Deze bijdrage gaat over de belangenafweging die de bestuursrechter maakt bij het al dan niet benoemen van een medisch deskundige in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende. In dergelijke geschillen komen het bestuursrecht en de medische wetenschap samen. Wij signaleren hier een bijzonder rechtsgebied: het medisch bestuursrecht. Onder ‘medisch bestuursrecht’ verstaan wij dat deel van het bestuursrecht waarin de gezondheidstoestand van de belanghebbende bepalend is voor de uitkomst

18 Zie infra, par. 3.

van de bestuursrechtelijke procedure.¹⁹ Deze definitie omvat veel verschillende wet- en regelgeving. Ter illustratie wijzen wij allereerst op het voorbeeld van de heer Jansen, dat tot het socialezekerheidsrecht behoort. In dit voorbeeld gaat het om de vraag of sprake is van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid. Pas als dat het geval is, komt de heer Jansen in aanmerking voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Daarnaast noemen wij de Regeling Gehandicaptenparkeerkaart. Volgens deze regeling is de medische situatie van de belanghebbende bepalend voor de vraag of hij in aanmerking komt voor een gehandicaptenparkeerkaart.²⁰ Voorts behoren delen van het vreemdelingenrecht tot het medisch bestuursrecht. Zo kan de gezondheidstoestand van een vreemdeling in de weg staan aan zijn uitzetting²¹ en kunnen medische en psychische problemen van invloed zijn op het vermogen van een vreemdeling om zijn asielverzoek op goede wijze naar voren te brengen.²²

2.2. De medisch deskundige en zijn betrokkenheid in de bestuursrechtelijke procedure

Kenmerkend voor het medisch bestuursrecht is de betrokkenheid van een medisch deskundige in de bestuursrechtelijke procedure. Onder ‘medisch deskundige’ verstaan wij een natuurlijk persoon die in de bestuursrechtelijke procedure door beroep of studie in staat is informatie te verschaffen over de

19 De term ‘medisch bestuursrecht’ is niet nieuw. Deze term is eerder gebruikt voor de aanduiding van (een specifiek onderdeel van) de gezondheidszorg. Zo omschrijven Nijsen en – in navolging daarvan – Arendsen het medisch bestuursrecht als een specifiek wetgevingsterrein waarbij zij zich met name concentreren op de gereguleerde informatieoverdracht tussen de diverse partijen binnen de gezondheidszorg (A. Nijsen, *Dansen met de Octopus. Een bestuurskundige visie op informatieverplichtingen van het bedrijfsleven in de sociale rechtsstaat*, Delft: Uitgeverij Eburon 2003, p. 163; R. Arendsen, *Geen bericht, goed bericht. Een onderzoek naar de effecten van de introductie van elektronisch berichtenverkeer met de overheid op de administratieve lasten van bedrijven* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 57). Daarnaast komt in de catalogus van de universiteitsbibliotheek van de Radboud Universiteit Nijmegen de term ‘medisch bestuursrecht’ voor. Daar wordt die term gebruikt voor het gezondheidsrecht. De tot op heden gebruikte omschrijvingen lijken ons niet zuiver. De term ‘medisch bestuursrecht’ suggereert een specifiek onderdeel binnen het bestuursrecht. De gezondheidszorg en het gezondheidsrecht zijn dat niet. In plaats daarvan hebben zij – en dan vooral het gezondheidsrecht – raakvlakken met zowel het bestuursrecht, als met het strafrecht, het medisch tuchtrecht en het privaatrecht. Wij zouden de term ‘medisch bestuursrecht’ dan ook niet meer willen gebruiken ter aanduiding van (een specifiek onderdeel van) het gezondheidsrecht of de gezondheidszorg.

20 Artikel 1 lid 1 aanhef en onder a tot en met e Regeling Gehandicaptenparkeerkaart. Zie ook infra, par. 2.2.

21 Artikel 64 Vreemdelingenwet 2000.

22 Zie voor het eerste en nader gehoor: artikel 3.112 onderscheidenlijk artikel 3.113 Vreemdelingenbesluit 2000.

gezondheidstoestand van de belanghebbende.²³ Die natuurlijk persoon kan bijvoorbeeld een huisarts, een psycholoog of een verzekeringsarts zijn.

De medisch deskundige is als volgt in de bestuursrechtelijke procedure betrokken. Het bestuursorgaan heeft de bevoegdheid om eenzijdig de inhoud van een wederkerige rechtsverhouding vast te stellen. Daar staat de plicht tegenover om te zorgen voor deugdelijke informatie teneinde de rechtspositie van de belanghebbende concreet en correct te kunnen bepalen.²⁴ In het medisch bestuursrecht betekent deze plicht dat het bestuursorgaan zich een oordeel moet vormen over de gezondheidstoestand van de belanghebbende. Bij gebrek aan de nodige kennis kan het bestuursorgaan dat niet zelf doen. De wetgever heeft het bestuursorgaan in een aantal specifieke wettelijke voorschriften verplicht om een medisch deskundigenadvies in te winnen. Wij wijzen allereerst op het voorbeeld van de heer Jansen.²⁵ Een ander voorbeeld is de vraag of de belanghebbende ten gevolge van een aandoening of gebrek in redelijkheid niet in staat is zelfstandig meer dan 100 meter aan een stuk te voet te overbruggen en om die reden in aanmerking komt voor een gehandicaptenparkeerkaart.²⁶ Meestal is het inwinnen van een medisch deskundigenadvies echter niet verplicht ingevolge een specifiek wettelijk voorschrift, maar op grond van – het algemeen geformuleerde – artikel 3:2 Awb. Die bepaling vereist van het bestuursorgaan dat het bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.²⁷

In een – al dan niet ingevolge een specifiek wettelijk voorschrift ingewonnen – advies laat de medisch deskundige zich uit over de gezondheidstoestand van de belanghebbende. Dit advies wordt vervolgens uitgebracht aan het bestuursorgaan.²⁸ Het is dan aan het bestuursorgaan om zich ervan te vergewis-

23 Vgl. M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 242-245; B. van den Berg, *Deskundigheid in het geding: een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter* (diss. Groningen), Meppel: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 3-4; L.M. Koenraad, 'Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht', *JBplus* 2006, p. 19.

24 Vgl. Koenraad 2006, p. 16. De term 'wederkerige rechtsverhouding' is terug te vinden in PG Awb II, p. 174.

25 In artikel 6 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en artikel 2 lid 1 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten is het inwinnen van een medisch deskundigenadvies voorgeschreven.

26 Artikel 1 aanhef en onder a Regeling Gehandicaptenparkeerkaart, gelezen in verbinding met artikel 49 Besluit Administratieve Bepalingen inzake het Wegverkeer. Het inwinnen van een medisch deskundigenadvies wordt verplicht in artikel 2 lid 1 van voormelde regeling.

27 Vgl. Koenraad 2006, p. 20 en L.M. Koenraad, 'Deskundig tegenspreken. Beschouwingen over het betwisten van deskundigenadviezen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2009, p. 221.

28 Zie ook supra, par. 1.

sen of hij dit advies bij zijn besluitvorming mag betrekken. Het bestuursorgaan blijft namelijk verantwoordelijk voor het te nemen besluit (op bezwaar) en kan die verantwoordelijkheid niet op de medisch deskundige afschuiven.²⁹ Bij de vergewisplicht heeft het bestuursorgaan volgens Koenraad een serieus en moeilijk te ondervangen probleem, namelijk een tekort aan de nodige kennis. Dit tekort vormde immers de voornaamste reden voor het inwinnen van een medisch deskundigenadvies.³⁰ Als regel kan het bestuursorgaan dan ook volstaan met een globaal onderzoek naar de totstandkoming en de inhoud van het deskundigenadvies, met dien verstande dat wel inzage moet worden verkregen in de stukken die aan dat advies ten grondslag liggen.³¹

De belanghebbende kan ook zelf een medisch deskundige inschakelen om zijn gezondheidstoestand in kaart te brengen. Dit kan de belanghebbende allereerst doen voordat hij een aanvraag bij het bestuursorgaan indient, maar is daartoe niet altijd verplicht.³² Het medisch deskundigenadvies kan de belanghebbende vervolgens gelijktijdig met – en ter onderbouwing van – zijn aanvraag overleggen. Meestal schakelt de belanghebbende een medisch deskundige in om de juistheid van het aan het bestuursorgaan uitgebrachte medisch deskundigenadvies te betwisten.³³ In beginsel mag hij hiervoor elk bewijsmiddel gebruiken, omdat het bestuursprocesrecht geen gesloten stelsel van bewijsmiddelen kent.³⁴ Wel is vereist dat het overgelegde bewijsmiddel zoveel twijfel zaait over de juistheid van het aan het bestuursorgaan uitgebrachte medisch deskundigenadvies dat het bestuursorgaan dit advies niet

29 Vgl. S.V. Hoogendijk-Deutsch, 'Advisering in het bestuursrecht', in: S.V. Hoogendijk-Deutsch en I. Samkalden, *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht (LXXX)*, Alphen aan den Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 20; Koenraad 2006, p. 16-21, 23 en 33; J.C.A. de Poorter en Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75 en 100.

30 Vgl. het spanningsveld bij de benoeming van een deskundige door de rechter. Om een advies van een deskundige inhoudelijk te kunnen beoordelen, heeft de rechter kennis nodig van het vakgebied van die deskundige, terwijl de omstandigheid dat hij die kennis niet heeft juist de reden is geweest om de deskundige te benoemen. Dit spanningsveld wordt de kennisparadox genoemd. Zie bijv. G. de Groot en A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501; M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *NTBR* 2016/11, p. 76-77. Deze kennisparadox geldt uiteraard ook bij het inschakelen van een deskundige door het bestuursorgaan.

31 Koenraad 2006, p. 29.

32 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 182.

33 Zie infra, par. 4.2. In het medisch bestuursrecht is het meestal het bestuursorgaan dat als eerste zorgdraagt voor de bewijsverzameling.

34 Zie echter infra, par. 4.3, waarin wij opmerken dat in de rechtspraak vaak het overleggen van een zogeheten contra-expertise wordt vereist.

langer onverkort aan de besluitvorming ten grondslag mag leggen. Het bestuursrechtelijk bewijsrecht bepaalt wie aan zet is om bewijs over te leggen.³⁵

In de rechterlijke fase toetst de bestuursrechter het door het bestuursorgaan genomen besluit. Ook hier is van belang dat de bestuursrechter geen specifieke kennis heeft om over de gezondheidstoestand van de belanghebbende te oordelen. Dit betekent dat de opinie van een medisch deskundige – die doorgaans buiten de expertise van de bestuursrechter valt – een overwegende invloed zal hebben op de beoordeling van de feiten en daarmee een essentieel onderdeel van het bewijs vormt.³⁶ De bestuursrechter beoordeelt of het bestuursorgaan zich in het licht van alle voorhanden medische bewijsmiddelen bij de besluitvorming heeft mogen baseren op het aan dat orgaan uitgebrachte medisch deskundigenadvies. Daarnaast kan de bestuursrechter op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb de feiten ambtshalve aanvullen. Hiertoe kan hij een medisch deskundige benoemen.³⁷

3. HET DENKKADER VAN DE BESTUURSRECHTER

De geschetste kenmerken van het medisch bestuursrecht, in het bijzonder de terughoudendheid van de bestuursrechter in het benoemen van een medisch deskundige, sluiten aan bij een legalistische benadering van de bestuursrechtpraak. In deze benadering is slechts van belang of de wet op correcte wijze is toegepast door de bestuursrechter in een concrete zaak.³⁸ In een pragmatische benadering, zoals beschreven door de Amerikaanse filosoof en rechter Richard Posner, is er tevens oog voor de invloed van niet-juridische invloeden op het systeem van het recht, de persoon van de rechter en zijn denkproces.³⁹ Een dergelijke bredere benadering van rechtspraak, waarin de rechter meer is

35 Koenraad 2009, p. 221-223; Schuurmans en Vermaat 2013, p. 182. Zie *infra*, par. 4.1 en 4.2, voor een analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

36 Zie R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursrecht: goochelen met zekerheid?', AA 2010, p. 484; EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, § 47, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas. Vgl. de *authority bias*, die wij *infra*, in par. 3, bespreken.

37 Artikelen 8:47 en 8:48 van de Awb (vooronderzoek) en artikel 8:60 van die wet (onderzoek ter zitting).

38 Zie *supra*, par. 1.

39 R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press 2008. Deze benadering van rechtspraak sluit aan bij de stroming van het Amerikaanse rechtsrealisme, dat stelt dat rechterlijke oordeelsvorming wegens de inherente onbepaaldheid van het recht mede onder invloed staat van andere dan juridische factoren. Zie W.L.D. Wijtvliet, 'De rol van ideologie in rechterlijke oordeelsvorming', AA 2016, p. 353-362.

dan ‘la bouche de la loi’ en zijn persoon ertoe doet, hoeft overigens niet in de weg te staan aan de objectiviteit van rechterlijke oordeelsvorming.⁴⁰

Een pragmatische benadering lijkt, meer dan de legalistische benadering, aan te sluiten bij de huidige maatschappelijke eisen aan de rechtspraak in Nederland. Er is vanuit de samenleving een toegenomen vraag naar transparantie met betrekking tot de persoon van de rechter⁴¹ en de argumentatie van rechterlijke beslissingen.⁴² Deze maatschappelijke roep om meer transparantie, ook van de bestuursrechtspraak, is gevoed door drie ontwikkelingen. In de eerste plaats is het gezag van publieke instituties, inclusief de rechtspraak, minder vanzelfsprekend dan voorheen.⁴³ Om gezag te behouden, moet de rechter inzetten op de kwaliteit en overtuigingskracht van de rechterlijke beslissing en op een goede communicatie met rechtzoekenden.⁴⁴ Met het oog op de realisatie van deze doelstellingen is bijvoorbeeld de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht ontwikkeld, waarin de bestuursrechter finale geschilbeslechting nastreeft door onder andere het gebruik van mediationstechnieken.⁴⁵ Ten tweede hangt de maatschappelijke roep om transparantie samen met de toegenomen macht van de rechter tot toetsing van bestuurlijk handelen. De bestuursrechter heeft door de mogelijkheid van toetsing aan internationale verdragen en de instroom van politiek gevoelige zaken meer invloed gekregen

40 Polak pleit met betrekking tot de rol van de rechter in rechtsontwikkeling voor een brede bespreking van rechtsvragen binnen de bestuursrechtspraak, bijvoorbeeld door middel van uitwisseling tussen zetels in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en afstemmingsoverleggen tussen hoogste rechters. Zie J.E.M. Polak, ‘De menselijke factor bij rechtsontwikkeling door rechters’, *NJB* 2016, p. 387-394.

41 Vgl. in het strafrecht de discussie over de benoeming van ‘apolitieke’ rechters in de Wilders-zaak.

42 Vgl. R. Ortlep, ‘Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 122-127 over het belang van discursief motiveren in zaken waarin vragen van rechtsvorming en rechtseenheid spelen.

43 T. van der Meer, ‘Vertrouwen in de rechtspraak. Empirische bevindingen’, *Rechtstreeks* 2004, nr. 1.

44 C. Brinkgreve, ‘Het tanende gezag van de toga. Essay De lijdende rechter’, *RW* 2014, p. 88.

45 Y. Verkruisen en N. Doornbos, ‘De rechter als regisseur. Een verkennend onderzoek naar de ervaringen van rechtzoekenden en rechters met de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht’, *RW* 2014, p. 59-83; S.J.L. Crombach, B. van Dokkum en J.R.K.A.M. Waasdorp, *Bij de bestuursrechter. Een praktische handleiding voor de zitting bij de rechtbank*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 89-100. Zie voor twee analyses van de nieuwe zaaksbehandeling en de betekenis van die werkwijze voor de procedure in bezwaar: J.R.K.A.M. Waasdorp, ‘Ook een nieuwe zaaksbehandeling door de bezwaarschriftencommissie? Over een informelere en maatschappelijk effectievere aanpak tijdens de hoorzitting in bezwaar’, *TMC* 2015/3, p. 20-31 en J.R.K.A.M. Waasdorp, ‘De gemeentelijke bezwaarschriftencommissie. Op weg naar een informeel en effectief gesprek met de partijen tijdens de hoorzitting in bezwaar’, *Gst.* 2016/32, p. 156-162.

op de ontwikkeling van beleid.⁴⁶ Deze macht moet gecomplementeerd worden door de transparantie van de oordeelsvorming en motivering van rechterlijke beslissingen.⁴⁷ Tot slot zijn wetenschappelijke disciplines als de sociologie en de economie invloedrijker geworden in het maatschappelijke debat, hetgeen een weerslag heeft op de verwachtingen met betrekking tot de rechtspraak.⁴⁸ Inzichten over cognitieve processen, onder meer bij het ontstaan van rechterlijke dwalingen, zijn in toenemende mate onderdeel van de opleiding en training van juridische professionals, inclusief die van de bestuursrechter.⁴⁹

In het licht van deze ontwikkelingen betreft een belangrijk onderdeel in de argumentatie van de rechter de afweging van niet-juridische elementen.⁵⁰ Een pragmatische benadering van rechtspraak biedt hiervoor aanknopingspunten. De niet-juridische invloeden, die een rol spelen in deze benadering, zijn divers van aard. Wij onderscheiden:⁵¹

1. *Common sense*-argumenten: argumenten gerelateerd aan presumpties betreffende menselijk gedrag of aanwezige kennis of aan veronderstelde beleidseffecten of gedragseffecten van de rechterlijke beslissing. In het bestuursprocesrecht betreft een voorbeeld de begrenzing van het beroepsrecht van belangenorganisaties met een ruime statutaire doelstelling.⁵² De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt haar beslissing hier mede te onderbouwen met het *floodgate*-argument, dat wil zeggen de vrees voor een vloedgolf van zaken in het geval van aanvaarding van het beroepsrecht voor deze categorie.⁵³ Kritiek op het gebruik van *common sense*-argumenten is mogelijk, omdat een feitelijke grondslag ontbreekt.⁵⁴
2. Attributiemechanismen: psychologische *defaults*, waarmee ook de bestuursrechter als mens is behept. Een bekend voorbeeld is de confirmatiebias, dat wil zeggen de menselijke neiging om te zoeken naar bevestiging

46 Vgl. Polak 2016, p. 388.

47 Vgl. Hirsch Ballin 2015.

48 Hol en Mak 2010, p. 24.

49 Vgl. W.A. Wagenaar, H. Israëls en P.J. van Koppen, *De slapende rechter*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009; E.G.C. Rassin, *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum 2007.

50 Vgl. de rol van experts in het strafrecht (forensisch en psychiatrisch onderzoek) en privaatrecht (medisch onderzoek in aansprakelijkheidszaken).

51 Hol en Mak 2010, p. 31-37.

52 ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, m.nt. F.C.M.A. Michiels, *Gst.* 2008/141, m.nt. F.A. de Lange; ABRvS 1 oktober 2008, JB 2008/239, m.nt. R.J.N. Schlössels, *BR* 2008/188, m.nt. H.E. Woldendorp; ABRvS 1 oktober 2008, *M&R* 2008/105, m.nt. J.H. Jans.

53 J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2013, p. 10.

54 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een vervolg****, Deventer: Kluwer 2005, nrs. 41-43.

van een hypothese met het negeren van daarbij niet-passende informatie.⁵⁵ Dit mechanisme lijkt van invloed te zijn geweest op het ontstaan van rechterlijke dwalingen in strafzaken, waaronder de Schiedammer Parkmoordzaak.⁵⁶ Een ander voorbeeld is de attributiefout, ofwel de menselijke neiging om de oorzaak van een gebeurtenis eerder te zoeken bij de handelende persoon dan bij externe factoren. Dit mechanisme kan leiden tot verkeerde aannames over causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁷ Een laatste voorbeeld is de *authority bias*. Deze *bias* houdt in dat mensen geneigd zijn om ten opzichte van de mening van een deskundige veel minder kritisch te zijn dan ten opzichte van de mening van een ander. Hierdoor is de kans groot dat de mening van een deskundige veel sneller voor juist wordt aangenomen.⁵⁸ Onjuiste beslissingen op basis van dergelijke attributiemechanismen zijn te voorkomen door rekening te houden met alle betrokken actoren bij een zaak en aandacht te besteden aan verschillende mogelijke scenario's ten aanzien van de te beoordelen feiten. Op vergelijkbare wijze als in de andere rechtsgebieden is bewustzijn bij de bestuursrechter van deze psychologische *defaults* en training in het omgaan met de ermee verbonden valkuilen van belang voor een correcte beoordeling van de aan hem voorgelegde zaken.⁵⁹

3. Emoties, als een kenbron bij het maken van inschattingen,⁶⁰ en intuïtie in de zin van door ervaring en kennis gevoed inzicht bij de rechter.⁶¹ Een pragmatische benadering onderkent dat de klassieke benadering van rechtspraak als enkel op de rede gebaseerde oordeelsvorming te beperkt is. Emoties hebben een positieve rol in het alert maken van de rechter op bijzonderheden van een specifieke zaak. Een gevoel van onzekerheid kan bijvoorbeeld aanleiding zijn om meer informatie te zoeken of bestuderen.⁶² Emoties hebben een negatieve rol in geval van gebruik van emotionele vuistregels die aanleiding geven tot verkeerde conclusies, zoals het selectief

55 Vgl. M. Scholten, 'Legitimatie van de rechterlijke bewijsbeslissing door het opnemen van alternatieve scenario's in de motivering', *RW* 2014, p. 42-58.

56 Rassin 2007.

57 I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008.

58 Bijv. M. Shermer, 'The Believing Brain: Why Science Is the Only Way Out of Belief-Dependent Realism', *Scientific American* 2011; R. Dobelli, *De kunst van het heldere denken. 52 denkfouten die je beter aan anderen over kunt laten*, Amsterdam: De Bezige Bij 2014, p. 38; Schröder 2016, p. 76.

59 Vgl. J.J. Rachlinski, 'Judicial Psychology', *Rechtstreeks* 2012, nr. 2, p. 15-34.

60 M. Nussbaum, *Opleving van het denken. Over menselijke emoties*, Amsterdam: Ambo/Anthos 2004, hoofdstuk 8.

61 Vgl. P. Scholten, *Algemeen Deel. Asser serie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 132.

62 M.G. IJzermans, 'De rol van rechterlijke emoties bij het oordelen', *Rechtstreeks* 2012, nr. 3, p. 26.

verzamelen van informatie dat leidt tot een sluitende argumentatie.⁶³ Voor het ontwikkelen van een betrouwbare intuïtie bij de rechter is van belang dat een gestructureerde professionele praktijk bestaat, dat wil zeggen een omgeving waarin de ervaring en kennis van de rechter mede gevormd zijn door feedback van collega's.⁶⁴

In de volgende paragrafen zullen wij nagaan welke betekenis het systeem van het bestuursrechtelijke bewijsrecht en het model van de pragmatische benadering van bestuursrechtspraak hebben voor de benoeming van deskundigen in het medisch bestuursrecht.

4. ANALYSE VAN HET BEWIJSRECHT IN HET MEDISCH BESTUURSRECHT

4.1. Een bewijsrechtelijk stelsel

De Nederlandse wetgever heeft niet ervoor gekozen een uitgebreide regeling van bestuursrechtelijk bewijsrecht in de Awb op te nemen. Schuurmans en Vermaat wijzen erop dat in de loop van de jaren toch uit enkele algemene artikelen van die wet een bewijsrechtelijk stelsel is opgetrokken.⁶⁵ Op hoofdlijnen ziet dit stelsel er als volgt uit.

Gelet op artikel 3:2 Awb heeft het bestuursorgaan steeds de taak om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. In de bestuurlijke fase zal het bestuursorgaan moeten uitleggen welke gegevens het op tafel heeft gekregen en waarom het welke conclusie aan die gegevens heeft verbonden. Hier spelen het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel een rol. Vaak brengt dit samenstel een bewijslast met zich mee voor het bestuursorgaan. Bij ambtshalve te nemen besluiten moet het bestuursorgaan aannemelijk maken dat het rechten van de belanghebbende kan ontnemen of beperken. Vraagt de belanghebbende een besluit aan – wat in de praktijk van het medisch bestuursrecht meestal het geval is – dan kan het bestuursorgaan op grond van artikel 4:2 lid 2 Awb verlangen dat de belanghebbende de noodzakelijke gegevens verschaft waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Dit betekent dat de belanghebbende primair de verantwoordelijkheid heeft voor de aanlevering van bewijsmateriaal. De precieze verdeling van de bewijslast kan echter genuanceerder liggen, omdat het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb zorgvuldig onderzoek moet doen. In dat kader moet het bestuursorgaan de belanghebbende bijvoorbeeld begeleiden in zijn bewijsleveringsplicht en het overgelegde

63 IJzermans 2012, p. 27-28.

64 Vgl. IJzermans 2012, p. 34-35.

65 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 181 en de aldaar genoemde literatuur. Een vollediger overzicht van het bewijsrechtelijk stelsel biedt Schuurmans 2005.

bewijsmateriaal waarderen. Het gaat bij een besluit op een aanvraag dus om een wisselwerking tussen de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb.⁶⁶

4.2. Bewijsrecht in het medisch bestuursrecht

Het bewijsrecht in het medisch bestuursrecht sluit slechts in beperkte mate aan bij het hiervoor op hoofdlijnen geschetste stelsel van bestuursrechtelijk bewijsrecht. Het bestuursorgaan laat namelijk vrijwel altijd, dus ook als de belanghebbende een aanvraag indient, het medisch onderzoek verrichten en draagt daarmee als eerste de zorg voor de bewijsverzameling. In het voorbeeld van de heer Jansen wint het Uvw als eerste een medisch deskundigenadvies in. Schuurmans en Vermaat geven hiervoor drie redenen. In de eerste plaats is een medische beoordeling niet eenvoudig door de belanghebbende te verkrijgen.⁶⁷ In de tweede plaats moet het bestuursorgaan in het licht van het gelijkheidsbeginsel waarborgen dat medische beoordelingen vergelijkenderwijs worden uitgevoerd. Ondanks het feit dat vaak met protocollen wordt gewerkt, zit in de beoordeling van de diagnose, de aangewezen behandeling of de ontwikkeling van het ziektebeeld een behoorlijke marge voor interpretatie. Het bestuursorgaan zal die marge liever laten opvullen door een door hem ingeschakelde medisch deskundige dan door bijvoorbeeld een behandelend arts van de belanghebbende. Zo kan het bestuursorgaan namelijk waarborgen dat vergelijkbare gevallen gelijk worden behandeld en voorts de uitvoeringskosten meer in de hand houden. In de derde plaats kan het verzekeringskarakter van bepaalde wetten een rol spelen. Omdat de belanghebbende bijvoorbeeld jarenlang premie heeft betaald om bij ziekte een aanvullende uitkering te krijgen, heeft hij een sterk claimrecht, aldus Schuurmans en Vermaat.⁶⁸

Dat het bewijsrecht in het medisch bestuursrecht slechts in beperkte mate aansluit bij het op hoofdlijnen geschetste stelsel van bestuursrechtelijk bewijsrecht, hoeft op zichzelf niet problematisch te zijn. Dit is zelfs te rechtvaardigen, gelet op de drie hiervoor gegeven redenen voor het feit dat het bestuursorgaan vrijwel steeds het medisch onderzoek laat verrichten en daarmee als eerste de zorg draagt voor de bewijsverzameling. In het medisch bestuursrecht is echter niet voorzien in een aparte regeling van bewijsrecht. Voorts wijzen Schuurmans en Vermaat erop dat sprake is van een geringe uniformiteit in bestuursrechtelijke regelgeving op dit gebied. Zo is niet consequent doordacht welk type arts het medisch onderzoek uitvoert, of kwaliteitseisen worden gesteld aan dat onderzoek, of een plicht voor de belanghebbende om mee te werken aan het onderzoek wettelijk wordt verankerd en of informatie-inwinning bij de behandelend sector als eerste stap van onderzoek wordt voorgeschreven.

66 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 181-182. Zie ook Koenraad 2006, p. 16-17.

67 Zie *infra*, par. 4.3.

68 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 181-182.

Schuurmans en Vermaat concluderen dan ook dat sprake is van gebrekkige wettelijke regelingen.⁶⁹

4.3. Bewijsnood bij de belanghebbende

Het voorbeeld van de heer Jansen laat zien dat de belanghebbende er niet altijd in slaagt om zelf een medisch deskundigenadvies in te winnen. In die gevallen kan de belanghebbende in bewijsnood verkeren ten aanzien van zijn gezondheidstoestand. Wij zien hiervoor drie oorzaken:

1. De behandelend arts is vaak niet bereid om een geneeskundige verklaring af te geven of beschikt niet over de vereiste deskundigheid;
2. In de rechtspraak worden strenge eisen gesteld aan door de belanghebbende over te leggen medische bewijsmiddelen; en/of
3. Onvoldoende financiële middelen.⁷⁰

Wat betreft de eerste oorzaak van bewijsnood is van belang om te signaleren dat het bestuursorgaan een medisch deskundigenadvies inwint van een zogeheten vaste medisch deskundige.⁷¹ Hieronder verstaan wij een medisch deskundige die:

1. Werkzaam is bij een niet onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan vallende adviesinstantie die over een bepaalde medische kwestie desgevraagd bij uitsluiting advies uitbrengt aan het bestuursorgaan;⁷² of
2. Als adviseur in dienstverband werkzaam is bij het bestuursorgaan waaraan hij advies uitbrengt.⁷³

De belanghebbende heeft niet een dergelijke vaste medisch deskundige. Hij zal dus zelf om een medische beoordeling moeten verzoeken. Hier zit de eerste oorzaak voor bewijsnood. De behandelend arts is namelijk vaak niet bereid om een geneeskundige verklaring af te geven. De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (hierna: KNMG), de landelijke artsenfederatie, ontraadt behandelend artsen om een dergelijke verkla-

69 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185.

70 Vgl. Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185-187.

71 Zie ook supra, par. 1.

72 Een voorbeeld. Medisch deskundigenadvisering aan het bestuursorgaan in het vreemdelingenrecht geschiedt onder meer door een arts van het Bureau Medische Advisering (hierna: BMA). Het BMA is onderdeel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, maar de arts hoeft niet in dienst te zijn van dat ministerie. Het is de arts van het BMA die bij uitsluiting een medisch deskundigenadvies uitbrengt aan het bestuursorgaan, de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, over de gezondheidstoestand van de vreemdeling. De werkwijze van het BMA is opgenomen in het Protocol Bureau Medische Advisering (te raadplegen via www.ind.nl).

73 Zie bijv. de in par. 1 genoemde verzekeringsartsen van het Uvw. Informatie over hun werkterrein en werkwijze is te vinden op www.nvvg.nl.

ring af te geven voor de eigen patiënt.⁷⁴ Een geneeskundige verklaring bevat een op medische gegevens gebaseerd waardeoordeel over de patiënt en zijn gezondheidstoestand. Volgens de KNMG moet de behandelrelatie tussen arts en patiënt vrij blijven van belangenconflicten, die kunnen spelen bij het al dan niet afgeven van een geneeskundige verklaring. Het geven van een waardeoordeel dat een ander doel dient dan behandeling of begeleiding moet gebeuren door een onafhankelijke arts die deskundig is op het gebied van de vraagstelling. De KNMG acht een behandelend arts niet in staat objectief te zijn ten opzichte van zijn eigen patiënt. Daarnaast beschikt een behandelend arts volgens de KNMG meestal niet over de specifieke deskundigheid die nodig is voor het geven van een waardeoordeel en is die arts veelal niet op de hoogte van de medische criteria waaraan de instantie toetst die de verklaring nodig heeft.⁷⁵ Het voorgaande brengt mee dat patiënten die van hun behandelend arts een waardeoordeel vragen, doorgaans een zogeheten weigeringsbriefje krijgen. Een dergelijk briefje is opgesteld door de KNMG en bevat nadere informatie voor de patiënt over de reden(en) van de weigering.⁷⁶

De tweede oorzaak voor bewijsnood bij de belanghebbende komt voort uit de strenge eisen die de bestuursrechter stelt aan door hem over te leggen medische bewijsmiddelen. Als de belanghebbende er al in slaagt om een geneeskundige verklaring van zijn behandelend arts te krijgen, dan is nog niet zonder meer gezegd dat hij daarmee een aan het bestuursorgaan uitgebracht medisch deskundigenadvies met succes kan tegenspreken. Vereist is dat de door de belanghebbende overgelegde medische bewijsmiddelen twijfel zaaien over de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies. Verschil van inzicht over de uit de medische gegevens te trekken conclusies is bijvoorbeeld niet voldoende.⁷⁷ Voorts wordt in de rechtspraak vaak het overleggen van een zogeheten contra-expertise noodzakelijk geacht.⁷⁸ Koenraad definieert een contra-expertise als een nieuw onderzoek ter toetsing van dat advies. Daarmee vereist een contra-expertise een deskundige die het te toetsen deskundigenadvies bestudeert en vervolgens – op basis van eigen onderzoek – uitdrukkelijk de uitgangspunten, bevindingen en conclusies van dat advies beoordeelt. Daardoor raakt de opsteller van de contra-expertise volgens Koenraad al het ware in gesprek met de opsteller van het deskundigenadvies.⁷⁹ Schuurmans en Vermaat merken op dat het ontbreken

74 Zie richtlijn 3.2 van de Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens. Deze richtlijnen zijn vastgesteld door de algemene vergadering van de KNMG op 15 december 2009 en in werking getreden op 1 januari 2010.

75 Zie de toelichting bij richtlijn 3.2.

76 Zie ook Schuurmans en Vermaat 2013, p. 186-187 en de aldaar genoemde literatuur. Het weigeringsbriefje is te downloaden op www.knmg.nl/publicatie/weigeringsbriefje.

77 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 188. Zie ook Koenraad 2006, p. 32.

78 Bijv. CRvB 17 oktober 2012, RSV 2012/299, JWVB 2012/193, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 8 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1173.

79 Koenraad 2009, p. 223.

van een contra-expertise veelal op zichzelf al gezien wordt als onvoldoende gefundeerde kritiek op een medisch deskundigenadvies.⁸⁰

Nu hoeft de eis van een contra-expertise op zichzelf niet problematisch te zijn. De praktijk laat evenwel zien dat de belanghebbende vaak onvoldoende financiële middelen heeft om een dergelijk onderzoek te bekostigen.⁸¹ Hier zit de derde oorzaak van bewijsnood. Volgens de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) heeft de bestuursrechter weliswaar op grond van artikel 8:75 Awb de mogelijkheid het bestuursorgaan te veroordelen in de kosten van een aan de belanghebbende uitgebrachte contra-expertise, maar het gaat hier om een vergoeding ‘achteraf’.⁸² De belanghebbende zal dus eerst zelf de contra-expertise moeten bekostigen. Niet iedereen heeft hier de financiële middelen voor.⁸³ In dit verband merken wij op dat door een bijstandsgerechtigde te maken kosten voor een contra-expertise niet worden aangemerkt als uit bijzondere omstandigheden voortkomende noodzakelijke kosten als bedoeld in artikel 35 lid 1 Participatiewet.⁸⁴ Dit betekent dat die kosten niet vanuit die wet worden vergoed.

5. DE ROL VAN DE BESTUURSRECHTER IN HET MEDISCH BESTUURSRECHT

5.1. Wat doet de bestuursrechter?

Om aan bewijsnood bij de belanghebbende tegemoet te komen, zou de bestuursrechter zelf een medisch deskundige kunnen benoemen. De door die deskundige gemaakte kosten komen ten laste van het Rijk.⁸⁵ De bestuursrechter maakt van zijn bevoegdheid tot het benoemen van een medisch deskundige

80 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185 en de aldaar genoemde literatuur. Zie ook Koenraad 2009, p. 223.

81 Bijv. CRvB 9 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:908 en T.A. Vetter, ‘Slechte bewijspositie van de burger in de sociale zekerheid’, *Advokatenkollektief Oost* 20 april 2015, <http://akoost.nl/nieuws>. Vgl. Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185.

82 Bijv. CRvB 9 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:908.

83 In de literatuur wordt het verschil in financiële middelen van het bestuursorgaan en die van de belanghebbende aangeduid als financiële ongelijkheid. Zie bijv. A.G. van Galen en H.T.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht. Preadviezen VAR*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 32; Schlössels 2003, p. 142; Mallan 2014, p. 37.

84 Bijv. CRvB 3 maart 2015, *JWWB* 2015/67, *RSV* 2015/78, *USZ* 2015/141, m.nt. M.F. Vermaat. Vermaat heeft in zijn noot kritisch op deze uitspraak gereageerd en zich op het standpunt gesteld dat de CRvB helaas nog steeds weinig oog (b)lijkt te hebben voor de bewijsperikelen waarin de belanghebbende zich bevindt.

85 Zie artikel 8:36, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 8:47, eerste lid, van de Awb. Specifiek voor het medisch bestuursrecht geldt ook het bepaalde in artikel 8:48 van die wet.

echter terughoudend gebruik. Zolang de belanghebbende niet met medische bewijsmiddelen erin is geslaagd twijfel te zaaien over de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies, zal de bestuursrechter geen aanleiding zien om zelf een medisch deskundige te benoemen.⁸⁶ Een voorbeeld is de uitspraak van de CRvB van 14 december 2015. In de zaak die tot deze uitspraak heeft geleid, heeft het Uvw de mate van arbeidsongeschiktheid van de belanghebbende na een verzekeringsgeneeskundig en arbeidsdeskundig onderzoek vastgesteld op 46,97%. Met dit percentage is de belanghebbende het niet eens. In hoger beroep heeft zij aangevoerd dat het Uvw haar klachten van migraine onvoldoende zorgvuldig heeft onderzocht en dat zij gelet op haar lichamelijke en psychische beperkingen niet in staat is om te werken. Volgens de belanghebbende is zij verdergaand beperkt dan het Uvw heeft vastgesteld. Volgens de CRvB heeft de rechtbank terecht niet getwijfeld aan de juistheid van de verzekeringsgeneeskundige rapporten. Vervolgens heeft de CRvB geoordeeld dat de belanghebbende in hoger beroep geen objectief medische informatie heeft overgelegd die haar standpunt onderbouwt dat de beperkingen die zij ondervindt als gevolg van haar depressieve klachten en haar hand-, pols- en migraineklachten door de verzekeringsarts zijn onderschat. Daarom bestaat geen aanleiding om een onafhankelijk medisch deskundige te benoemen, aldus de CRvB.⁸⁷

Ook als de belanghebbende er wel in slaagt om medische bewijsmiddelen over te leggen, dan is daarmee nog niet gegeven dat de bestuursrechter zelf een medisch deskundige zal benoemen.⁸⁸ In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de CRvB van 20 mei 2015 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam een medisch deskundigenadvies ingewonnen van GGD Amsterdam en op basis van dit advies een aanvraag om een gehandicaptenparkeerkaart afgewezen. In hoger beroep heeft de belanghebbende onder verwijzing naar informatie van de behandelend sector (informatie van de neuroloog, huisarts en orthopedisch chirurg) betoogd dat er aanleiding is te twifelen aan het medisch deskundigenadvies. De CRvB heeft echter allereerst geoordeeld dat het medisch onderzoek van de GGD-arts niet onzorgvuldig is. Vervolgens heeft de CRvB de door de belanghebbende overgelegde informatie van de behandelend sector beoordeeld en geconcludeerd dat die informatie geen grond oplevert voor twijfel aan het oordeel van de GGD-arts.⁸⁹

86 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185-186; Faas e.a. 2014, p. 93.

87 CRvB 14 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4816.

88 Vgl. *infra*, par. 4.3.

89 CRvB 20 mei 2015, ECLI:NL:CRVS:2015:3048.

5.2. Indicaties voor oplossingen voor betere juridische en niet-juridische oordeelsvorming

De bestuursrechter kan een schending van het beginsel van *equality of arms* voorkomen door actiever gebruik te maken van zijn bevoegdheid een medisch deskundige te benoemen. In dit verband wijzen wij op het in paragraaf 1 al genoemde arrest van het EHRM van 8 oktober 2015 inzake Korošec tegen Slovenië. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, ging het – kort gezegd – om de vraag of de nationale rechters voormeld beginsel hadden geschonden door hun beslissing in overwegende mate te baseren op de aan het bestuursorgaan uitgebrachte medisch deskundigenadviezen van twee door dat bestuursorgaan benoemde arbeidsongeschiktheidscommissies en voorts door geen gehoor te geven aan het verzoek van de belanghebbende om een medisch deskundige te benoemen.⁹⁰ Het EHRM heeft geoordeeld dat voor de beoordeling of sprake is van een schending van het beginsel van *equality of arms* de volgende drie factoren van belang zijn:

1. De aard van de aan de medisch deskundige opgedragen taak;
2. De positie van die deskundige in de hiërarchie ten opzichte van het bestuursorgaan; en
3. De rol van de medisch deskundige in de procedure en dan met name het gewicht dat de bestuursrechter aan zijn bevindingen toekent.⁹¹

Dit oordeel van het EHRM biedt de bestuursrechter een aantal richtlijnen die hij in zijn belangenafweging kan meenemen met betrekking tot het al dan niet benoemen van een medisch deskundige.⁹² Als de bestuursrechter zijn oordeel in overwegende mate zal baseren op een of meerdere aan het bestuursorgaan over de gezondheidstoestand van de belanghebbende uitgebrachte adviezen van een medisch deskundige die banden met dat bestuursorgaan heeft, dan zal hij op zijn hoede moeten zijn en zich bijzonder moeten inspannen om de *equality of arms* van beide partijen te verzekeren.⁹³ Wij roepen de bestuursrechter op om de drie door het EHRM geformuleerde factoren, zoals hierboven weergegeven, steeds kenbaar in zijn belangenafweging te betrekken.

Naast het kenbaar in acht nemen van deze drie factoren kan de bestuursrechter sneller overwegen om een medisch deskundige te benoemen als de

90 Vgl. het in par. 1 gegeven voorbeeld van de heer Jansen en de bij het Uwv werkzame verzekeringsartsen.

91 EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, § 52, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas. Het EHRM verwijst hier naar §§ 47-55 van zijn arrest van 5 juli 2007, nr. 31930/04, *Sara Lind Eggertsdóttir tegen IJsland*, www.echr.coe.int.

92 Zie ook W.A. Faas in zijn noot bij EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië (RSV 2016/27).

93 Vgl. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun noot bij EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië (AB 2016/167, punt 4).

belanghebbende enig medisch bewijsmiddel overlegt. Dit bewijsmiddel zou volgens ons geen contra-expertise hoeven zijn. De belanghebbende kan bijvoorbeeld ook een brief van zijn behandelend arts overleggen.⁹⁴ Het versoepelen van de – strenge – eis van een contra-expertise⁹⁵ past naar onze mening beter in het bestuursprocesrecht dat geen gesloten stelsel van bewijsmiddelen kent, zodat in beginsel elk bewijsmiddel mag worden gebruikt om de juistheid van een aan het bestuursorgaan uitgebracht medisch deskundigenadvies te betwisten.⁹⁶ Ook als een bewijsmiddel niet op alle punten overtuigend is of als de belanghebbende in bewijsnood verkeert, zou de bestuursrechter een medisch deskundige moeten benoemen.⁹⁷

Vanuit de hierboven beschreven pragmatische omgang met niet-juridische invloeden op rechterlijke oordeelsvorming kan een aantal verdere aanbevelingen worden gedaan ten behoeve van een adequate afweging van de bestuursrechter om al dan niet een medisch deskundige te benoemen. In algemene zin is de eerste doelstelling in dit verband om de bestuursrechter bewust te maken van de invloed van deze elementen, zoals *common sense*-argumenten, attributiemechanismen en professionele intuïtie, in de belangenafweging tussen het bestuursorgaan en de belanghebbende. Ten tweede heeft de bestuursrechter in de pragmatische benadering de beschikking over specifieke methoden voor de omgang met deze niet-juridische elementen.

Bij de beoordeling van het deskundigenbewijs over de gezondheidstoestand van de belanghebbende moet de bestuursrechter meer uitdrukkelijk ingaan op niet-juridische argumenten die een rol spelen in het oordeel. In de zaak van de heer Jansen kan bijvoorbeeld relevant zijn in hoeverre het oordeel over zijn volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van invloed kan zijn op de beoordeling in volgende zaken of een ongewenste aanzuigende werking kan hebben (*floodgate*-argument).⁹⁸ De bestuursrechter zal in dat geval moeten inschatten of extra informatie van een door hem benoemde medisch deskundige⁹⁹ nodig is voor het beoordelen van de maatschappelijke gevolgen van zijn beslissing. Voor zover relevant voor zijn oordeel, zal de bestuursrechter ook in de motivering van zijn beslissing moeten ingaan op dergelijke niet-juridische argumenten.¹⁰⁰

94 Zo had de CRvB in de zaak die heeft geleid tot zijn in par. 5.1 besproken uitspraak van 20 mei 2015 op basis van de door de belanghebbende overgelegde medische informatie van de behandelend sector ervoor kunnen kiezen een medisch deskundige te benoemen. In plaats daarvan heeft de CRvB die informatie zelf beoordeeld.

95 Zie supra, par. 4.3.

96 Zie supra, par. 2.2.

97 Vgl. De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 86-88; Koenraad 2009, p. 223 en 242; Hirsch Ballin 2015.

98 Zie supra, par. 3.

99 Of van een ander type deskundige. De Poorter pleit voor de mogelijkheid van *amicus curiae* in het bestuursrecht; De Poorter 2013, p. 32-35.

100 De Poorter 2013, p. 36; Hirsch Ballin 2015, p. 40.

Ter voorkoming van onjuiste oordelen over de feiten op basis van psychologische *defaults* is een kritische benadering van het deskundigenbewijs van belang. Naast de procesrechtelijke waarborg van *equality of arms* kan in dit verband worden gewezen op maatregelen ter verbetering van de inhoudelijke kwaliteit van het bewijs. Vóór het benoemen van een deskundige die geen banden heeft met het bestuursorgaan pleit dat de inhoudelijke waardering van de feiten kan verbeteren door het inroepen van deskundigen met verschillende affiliaties. Rechtspsycholoog Harald Merckelbach wijst erop dat rechterlijke dwalingen in strafzaken juist aan het licht zijn gekomen door de inspanningen van ‘hoogst eigenwijze’ deskundigen die geen lid zijn van een adviesinstantie.¹⁰¹ Behalve hun onafhankelijke blik brengen deze deskundigen andere ‘sensoren’ mee voor de beoordeling van de feiten, waardoor bij hen soms een alarmbel gaat rinkelen die bij de vaste deskundigen niet afgaat.¹⁰² Kortom: diversiteit in de deskundigenpool leidt tot meer correcte oordelen. Er is geen reden om aan te nemen dat dit in het medisch bestuursrecht anders zou zijn dan in het strafrecht.

Tot slot is feedback tussen individuele bestuursrechters van belang voor de ontwikkeling van een adequate professionele intuïtie met betrekking tot de waardering van medisch deskundigenbewijs.¹⁰³ Deze feedback kan plaatsvinden door middel van het collegiale overleg in een meervoudige kamer of door intervisie over moeilijke gevallen.¹⁰⁴ Daarnaast kan de bestuursrechter de betrouwbaarheid van zijn intuïtieve oordeel toetsen door zich bewust vragen te stellen bij de soort intuïtie die een rol heeft gespeeld, de situatie waarin dit gebeurde en de passendheid van die invloed van zijn intuïtie.¹⁰⁵ Bij de beoordeling van medisch deskundigenbewijs kan de bestuursrechter zich bijvoorbeeld afvragen of hij niet, vanuit een gevoel van zekerheid over de kwaliteit van de medisch deskundige, te snel overtuigd is van de juistheid van het door het bestuursorgaan verkregen deskundigenadvies.¹⁰⁶

6. CONCLUSIE

In deze bijdrage hebben wij onderzocht welke juridische en niet-juridische factoren een rol spelen in de belangenafweging die de bestuursrechter maakt bij het al dan niet benoemen van een medisch deskundige in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende en in hoeverre een verbetering van die belangenafweging mogelijk is met het oog op de

101 H.L.G.J. Merckelbach, ‘Spookrijders in de rechtszaal’, *NRC Handelsblad* 11-12 juni 2016, bijlage Wetenschap, p. 3.

102 Merckelbach 2016, p. 3.

103 Zie supra, par. 3.

104 IJzermans 2012, p. 35. Vgl. Polak 2016.

105 IJzermans 2012, p. 36.

106 Vgl. de *authority bias* die wij supra, in par. 3, bespreken.

waarborg van *equality of arms* tussen de partijen in de procedure. Wat betreft de juridische factoren zien wij dat de bestuursrechter sterk op het bestuursrechtelijk bewijsrecht leunt. Als de belanghebbende er niet in is geslaagd twijfel te zaaien over de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies, dan zal de bestuursrechter niet snel zelf een medisch deskundige benoemen. Het arrest van het EHRM van 8 oktober 2015 inzake Korošec tegen Slovenië laat echter zien dat de bestuursrechter op zijn hoede moet zijn en niet al te vlug moet afzien van het benoemen van een medisch deskundige.

Wat betreft de niet-juridische factoren valt op dat deze factoren nog nauwelijks een rol lijken te spelen in de belangenafweging van de bestuursrechter in het medisch bestuursrecht, althans niet tot uitdrukking komen in zijn uitspraken. Onze analyse heeft inzichtelijk gemaakt dat op dit gebied winst is te behalen met het oog op de kwaliteit van de rechterlijke argumentatie betreffende de waardering van feitelijke en beleidsmatige aspecten door de bestuursrechter. Ook vanuit deze invalshoek is er aanleiding voor een meer actieve houding van de bestuursrechter ten aanzien van de benoeming van deskundigen in het medisch bestuursrecht.

DE REIKWIJDTE VAN ART. 8:69, TWEEDE LID, VAN DE AWB IN HET OMGEVINGSRECHT

Naar een ruimhartige en meer consistente toepassing van de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de Afdeling bestuursrechtspraak in het omgevingsrecht?

Julian Kevelam en Henk Gierveld

1. INLEIDING

1.1. Art. 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht

In deze bijdrage staat art. 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) centraal. Daarin is bepaald dat de bestuursrechter verplicht is om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Hiervan is sprake als de bestuursrechter een of meer rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door een appellant is of zijn aangevoerd. In paragraaf 1.5 gaan we nader in op ons onderzoek, de onderzoeksmethode, de afbakening en de opzet. We hebben ervoor gekozen om het uiteindelijke onderwerp van onderzoek aan te vliegen vanuit een recent persbericht van de Raad van State (paragraaf 1.2), te plaatsen binnen meer algemene ontwikkelingen in het omgevingsrecht (paragraaf 1.3) en de rol die de bestuursrechter heeft of dient te vervullen bij de beslechting van omgevingsrechtelijke geschillen, waarbij ook aandacht wordt besteed aan een recent artikel van Van Rijswijk (paragraaf 1.4).

1.2. Persbericht Raad van State

De rol van de rechter binnen de *trias politica* is al zeer lang voer voor discussie in de media en (rechtsgeleerde) literatuur. De inhoud van die discussie is grotendeels afhankelijk van de tijdgeest waarin we leven. De rechter wordt in die discussies vaak gekwalificeerd als (te) 'activistisch', of juist (te) 'defensief' ten opzichte van de wetgevende en/of uitvoerende macht. Over het algemeen vindt men dat de rechter zich niet inhoudelijk met deze discussies dient te bemoeien, gelet op zijn rol als onafhankelijke en onpartijdige macht binnen de *trias politica*. Toch valt zo nu en dan een kritische noot te lezen van een rechtspreekende instantie, om bijvoorbeeld te waarschuwen voor bepaalde (maatschappelijke) ontwikkelingen die de 'waarden van de rechtsstaat' dreigen aan te tasten. Zo heeft het persbericht behorende bij het Jaarverslag van de Raad

van State over 2015 (d.d. 5 april 2016) de volgende kop: *‘Rechtsstaat moet geen sluitpost zijn van besluitvorming’*.¹ In dit persbericht is in de eerste alinea het volgende te lezen:

‘Politiek-bestuurlijke besluitvorming overeenstemming en juridische besluitvorming vallen steeds vaker samen. Voorheen werd het juridisch, praktisch en bestuurlijk haalbare en mogelijke verkend om tot politieke keuzen te komen. Nu gaat politieke overeenstemming vaak vooraf aan toetsing van wat volgens het recht en in de praktijk mogelijk en haalbaar is. Juridische en praktische bedenkingen gaan steeds minder zwaar wegen dan de vaak moeizaam bereikte overeenstemming. Deze wordt dan onaantastbaar.’

Voorts staat in de derde alinea:

‘Deze ontwikkeling stelt hoge eisen aan de kwaliteit van besluitvorming. Als bij de uitvoering van afspraken niet meer getoetst wordt op nut, noodzaak, doelmatigheid of juridische juistheid van de maatregelen, zijn voldoende kennis van en inzicht in juridische mogelijkheden en beperkingen op het moment van overleg en overeenstemming noodzakelijk. Het is zorgelijk om vast te stellen dat de aanwezigheid van juridische kennis en vaardigheid op het moment van beleidsvoorbereiding en besluitvorming eerder af dan toe lijkt te nemen. Het verenigen van maatschappelijke dynamiek en betrouwbare bestendigheid vereist een juridische vaardigheid en een gevoel voor de waarden van de rechtsstaat die meer is dan kennis van de geldende regels. Het ontbreken daarvan en het verwaarlozen van de kennis en inzichten van het recht bij de besluitvorming zijn een bedreiging voor het duurzaam functioneren van de rechtsstaat in Nederland. Dan dreigen de waarden van de rechtsstaat sluitpost te worden in het streven naar resultaat, snelheid en draagvlak.’

Vermoedelijk ziet de Raad van State aanleiding voor deze kritische noot gelet op de kwaliteit van de producten die bij hem ter toetsing voorliggen, waarmee wordt gestreefd naar resultaat, snelheid en draagvlak, zowel als het gaat om advisering (wetgeving) als rechtspraak (besluiten).² De door de Raad van State geschetste manier waarop deze producten tot stand komen, zijn kennelijk een bedreiging voor het duurzaam functioneren van de rechtsstaat. Binnen de rechtsstaat heeft de Raad van State een geheel eigen rol ten opzichte van de wetgevende- en uitvoerende macht; adviseur voor wat betreft wetgeving en (hoogste) bestuursrechter voor wat betreft besluiten. In de hoedanigheid van

1 Het persbericht is te raadplegen via: https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=939&summary_only=&category_id=8.

2 Of juist niet ter toetsing voorliggen, omdat zij worden gegoten in plannen, bestuursakkoorden, op de negatieve lijst van de Awb worden geplaatst of dat bepaalde activiteiten onder algemene regels vallen zodat daar geen rechtsbescherming tegen open staat.

die rol spreekt hij nu de andere ‘machten’ binnen de rechtstaat aan op hun verantwoordelijkheid binnen diezelfde rechtstaat.

1.3. Ontwikkelingen in het omgevingsrecht

Het streven naar resultaat, snelheid en draagvlak is een ontwikkeling die ook waarneembaar is in de ontwikkeling van bestuurs- en in het bijzonder omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving. Zo is dit streven onder meer (deels) terug te vinden in de verbeterdoelen die worden nagestreefd met de Omgevingswet en de bijbehorende uitvoeringsregelgeving.³ Volgens de wetgever moet de bestuurlijke afwegingsruimte worden vergroot door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken voor het bereiken van doelen voor de fysieke leefomgeving en moet de besluitvorming over projecten in de fysieke leefomgeving worden versneld en verbeterd. De daarmee gepaard gaande open normen en beleidsvrijheid voor bestuursorganen betekenen evenwel over het algemeen een marginale toetsing van besluiten door de bestuursrechter.⁴ Ook is er een trend te signaleren in de bestuurs- en in het bijzonder omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving dat voor de bestuursrechtelijke instrumentele vormgeving van maatregelen die ingrijpen in de fysieke leefomgeving steeds vaker wordt gekozen voor plannen, programma's of bestuursakkoorden waar geen directe bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen open staat. Daarbij dient tevens in ogenschouw te worden genomen dat steeds meer besluiten op de negatieve lijst⁵ van de Awb worden geplaatst en dat steeds meer activiteiten in de fysieke leefomgeving onder algemene regels vallen, zodat daar geen rechtsbescherming tegen open staat.⁶ Deze trend wordt onverminderd voortgezet met de Omgevingswet.

De ontwikkeling naar een minder inhoudelijke toetsing van besluiten door de bestuursrechter,⁷ is een bewuste keuze van de rechtsprekende instanties en de wetgever. Daarbij komt dat de nadruk in zowel de omgevingsrechtelijke wetgeving als in de jurisprudentie ligt op belangenbescherming en finale geschil-

3 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3 (Omgevingswet).

4 Zie ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, AB 1997/93, AB Klassiek 2009/28, m.nt. De Waard en *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 5, p. 55 (eerste tranche Awb).

5 Dit betrof de term voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht zijn ingevolge art. 8:5, eerste lid, van de Awb de besluiten waartegen geen beroep kan worden ingesteld opgesomd in art. 1 van de bij de Awb behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (bijlage 2). Gemakshalve spreken wij hier van ‘negatieve lijst’.

6 Zie H.F.M.W. van Rijswick, ‘Leren van het verleden. Lessen uit het waterstaatsrecht voor de toekomst van het omgevingsrecht’, *Nederlands Juristenblad* 2016-17, p. 1192-1198 (hierna: Van Rijswick 2016).

7 Als er al (directe) bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.

beslechting; het *recours subjectif*.⁸ Geschillen dienen zoveel mogelijk finaal te worden beslecht (ingevolge art. 8:41a Awb) en het relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb) kan aan een gegrondverklaring van een beroep van een rechtzoekende in de weg staan.

1.4. Inhoudelijke toetsing en rol van de Afdeling bestuursrechtspraak

De Raad van State constateert in het jaarverslag dat het zorgelijk is dat de aanwezigheid van juridische kennis en vaardigheid op het moment van beleidsvoorbereiding en besluitvorming eerder af dan toe lijkt te nemen. Hij ziet tevens een ontwikkeling dat besluitvorming in toenemende mate aan rechtsbescherming wordt onttrokken. Wanneer er wel rechtsbescherming open staat tegen omgevingsrechtelijke besluiten, worden rechtzoekenden geconfronteerd met een onder de Omgevingswet naar verwachting toenemende marginale toetsing van besluiten door de bestuursrechter die het geschil zo finaal mogelijk wil beslechten en het beroep van een rechtzoekende alleen gegrond verklaart als het relativiteitsvereiste zich daartegen niet verzet. Voorgaande beschreven ontwikkelingen hebben dus gevolgen voor de rechtsbescherming van rechtzoekenden in het omgevingsrecht.

De Raad van State doet weliswaar een (impliciete) oproep richting de uitvoerende macht (bestuursorganen) voor de terugkeer van juridische kennis en vaardigheden ten tijde van beleidsvoorbereiding en besluitvorming, maar als het om rechtsbescherming gaat is er voor de Afdeling bestuursrechtspraak als onafhankelijke en onpartijdige rechter in een (democratische) rechtsstaat ook een rol weggelegd. Haar taak is immers onder meer het bieden van individuele rechtsbescherming voor rechtzoekenden.⁹ Van Rijswick vraagt ook aandacht voor de rol van de rechter en de positie van de burger als rechtzoekende in het omgevingsrecht. Zij pleit – mede gezien in de hiervoor geschetste ontwikkelingen in het omgevingsrecht – voor een verandering van de rol van de rechter in de toekomst in het omgevingsrecht en doet een aantal voorstellen voor een andere rol/werkwijze van de rechter die beter aansluit bij de hiervoor geschetste ontwikkelingen. Zo vindt Van Rijswick dat de bestuursrechter weer objectiever zou kunnen toetsen, zelf open normen gaat invullen, bij gebrek aan beginselen in de Omgevingswet rechtstreeks kan toetsen aan de beginselen uit het Europees recht, inhoudelijker en indringender zou kunnen toetsen en best wat vaker prejudiciële vragen mag stellen.¹⁰ De bestuursrechter kan

8 Zie onder meer B.J. Schueler, 'Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*, 2005-4, p. 114-123.

9 Of breder: het bieden van rechtsbescherming tegen bestuurshandelingen. Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 11.

10 Zie Van Rijswick 2016. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuurs-

zichzelf – binnen zekere grenzen – een ‘meer activistische’ rol toebedelen en meer doen om de ‘waarden van de rechtsstaat’ te beschermen, als dit ten tijde van de beleidsvoorbereiding of besluitvorming kennelijk niet afdoende is geë waarborgd.

1.5. Art. 8:69, tweede lid, van de Awb; duiding onderwerp en plan van behandeling

Mede in het licht van de (mogelijke) rol van de bestuursrechter is het interessant om te onderzoeken welke mogelijkheden hij daartoe heeft. Uit de verschillende mogelijkheden, willen we in deze bijdrage onze aandacht richten op de wettelijke plicht voor de bestuursrechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, opgenomen in art. 8:69, tweede lid, van de Awb. Hiervan is sprake als de bestuursrechter een of meer rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door een appellant is of zijn aangevoerd.¹¹ Omdat het ons gaat om de rol van de bestuursrechter in het omgevingsrecht, hebben wij ons aandacht gericht op de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Aan de hand van de wet en de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie zal verkennenderwijs worden geanalyseerd hoe art. 8:69, tweede lid, van de Awb wordt toegepast in het omgevingsrecht en in hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak invulling geeft aan de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden.¹² Het doel van onze bijdrage is om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om aandachtspunten te formuleren voor een meer actieve, meer expliciete en meer consistente toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in de omgevingsrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

rechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter: Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep, mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015*, (VAR-reeks; No. 154). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 7-58.

11 Zie R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden: de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv (diss. Leiden)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 22 (hierna: Crommelin 2007). Het bestuursorgaan is ook partij, maar de rechter gaat hem echter niet via art. 8:69, tweede lid, van de Awb ‘helpen’ met een verbetering van het besluit (uitgezonderd wellicht het geval dat een bestuursorgaan beroep instelt tegen een besluit van een ander bestuursorgaan).

12 Verkennenderwijs, omdat het type bijdrage en de omvang een alomvattende beschouwing niet toelaten.

2. OMVANG VAN HET GESCHIL

Hoewel in deze bijdrage art. 8:69, tweede lid, van de Awb centraal staat, is allereerst van belang om aandacht te besteden aan art. 8:69, eerste lid, van de Awb: de bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Dit artikellid is immers belangrijk voor het bepalen van de betekenis van art. 8:69, tweede lid, van de Awb. De grenzen van de beoordeling vormen de achtergrond waartegen art. 8:69, tweede lid, van de Awb moeten worden toegepast. Met andere woorden, hoe ruimer de grenzen van het geschil of het geding kunnen worden getrokken, hoe groter de rol en de betekenis van het aanvullen van rechtsgronden kan zijn.

De uiterste grenzen van het geding zijn meestal duidelijk.¹³ Het gaat immers om het bestreden besluit dat ter beoordeling bij de rechter voorligt. Wat een appelland in zijn beroepsgronden aanvoert, moet dus gericht zijn op het bestreden besluit. De ‘klassieke’ geschilbeslechting¹⁴ door de bestuursrechter bestaat er uit om te toetsen aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden of het bestreden besluit onrechtmatig is vastgesteld of genomen. Indien dat het geval is, dan verklaart de bestuursrechter het beroep gegrond en vernietigt hij het bestreden besluit. Tussen het moment van het indienen van het beroepschrift tot aan het uiteindelijke oordeel heeft de bestuursrechter evenwel een behoorlijk aantal (denk)stappen te zetten, waaronder het bepalen van de omvang van het geding.

Op het eerste gezicht is de omvang van het geding minder duidelijk; wie bepaalt bijvoorbeeld wat de omvang van het geding is en moet de bestuursrechter ook oordelen over de door hem geconstateerde gebreken die kleven aan een besluit waarover appellanten niets hebben opgemerkt? De redactie van art. 8:69 van de Awb geeft geen duidelijk antwoord op deze vragen. Daarom is het van belang om naar de parlementaire geschiedenis te kijken. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat hetgeen appelland aan de orde stelt, bepalend is voor de begrenzing van het geschil waarover de bestuursrechter moet oordelen.¹⁵ Dit is ook te verklaren, gelet op de primaire taak van de bestuursrechter: het bieden van rechtsbescherming voor rechtzoekenden.¹⁶ Het uitgangspunt is derhalve, dat appellanten zelf de omvang van het geding bepalen. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien het gaat om kwesties van

13 Meestal, omdat er tijdens de bestuurlijke besluitvorming meerdere besluiten achter elkaar kunnen zijn genomen waardoor onduidelijkheid kan bestaan welk besluit bij de bestuursrechter voorligt.

14 Gevallen van finale geschilbeslechting daargelaten.

15 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 141-142.

16 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 38.

‘openbare orde’, dat wil in de regel zeggen bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraagstukken. Deze kwesties dienen door de bestuursrechter ambtshalve te worden getoetst, ook al vallen deze kwesties buiten de omvang van het geschil. Ook wordt gewezen op art. 8:69, derde lid, van de Awb. Op grond daarvan kan de bestuursrechter ambtshalve de feiten aanvullen. Op deze uitzonderingen wordt in deze bijdrage verder niet ingegaan.

De grondslag van het geschil wordt bovendien beperkt tot de bestreden onderdelen van het besluit. De onderdelen waartegen niet wordt opgekomen moeten in beginsel door de bestuursrechter bij de beoordeling van het besluit buiten beschouwing worden gelaten.¹⁷ In die zin betreft de omvang van het geschil dan de besluitonderdelen die bestreden zijn.

Als het gaat om een bestemmingsplan, dan betreffen de bestreden onderdelen van dat plan vaak bepaalde bestemmingen of planregels. Als de bestemming ‘Natuur’ in de zienswijzenfase niet is bestreden, blijven de gronden die tegen die bestemming (als plandeel) zijn gericht in beroep buiten beschouwing. Ook kan niet worden aanvaard dat *de omvang van het geschil* na afloop van de beroepstermijn of de gegeven termijn voor het aanvullen van de gronden wordt uitgebreid door het aanvechten van een nieuw besluitonderdeel.¹⁸ Ook kan niet worden aanvaard dat als na de vernietiging van een bestemmingsplan een nieuw bestemmingsplan wordt vastgesteld, in beroep tegen het vaststellingsbesluit van het nieuwe bestemmingsplan nieuwe gronden worden aangevoerd die reeds tegen het oorspronkelijke besluit naar voren hadden kunnen worden gebracht.¹⁹ Ditzelfde geldt indien na een tussenuitspraak nieuwe gronden worden aangevoerd die reeds tegen het oorspronkelijke besluit naar voren hadden kunnen worden gebracht.²⁰ Deze nieuwe gronden behandelt de Afdeling bestuursrechtspraak dan niet inhoudelijk.

Tot besluit van deze paragraaf over de omvang van het geschil zij nog opgemerkt dat het verbod van *reformatio in peius* met zich meebrengt dat de appellante die het beroep heeft ingesteld, door de beslissing niet in een slechtere positie mag belanden dan waarin hij zou hebben verkeerd indien hij geen beroep zou hebben ingesteld en dat partijen niet mogen worden ‘overvallen’ door een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, gelet op het verdedigings-

17 Deze laatste grens is een uitvloeisel van de zogenoemde onderdelenfuik in de zin van art. 6:13 Awb en wordt hier verder niet uitgewerkt. Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3222, r.o. 5.1.

18 Zie onder meer ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3699, r.o. 4.1, ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2416, r.o. 56 en ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1722, r.o. 5.1.

19 Zie onder meer ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1066, r.o. 6.1.

20 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1409, r.o. 7.1.

beginsel.²¹ Zij moeten in staat worden gesteld om hun standpunt hieromtrent naar voren te brengen.

Tot zover onze opmerkingen ten aanzien van de omvang van het geschil, nodig om verder te gaan op het eigenlijk onderwerp van deze bijdrage.

3. ART. 8:69, TWEEDE LID, VAN DE AWB; WET EN WETSGESCHIEDENIS

3.1. Welke rechtsgronden worden ambtshalve aangevuld?

Van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is sprake als de bestuursrechter een of meer rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door een appellant is of zijn aangevoerd. In principe kan elk geschil door de rechter met nieuwe rechtsgronden worden aangevuld, zowel gebaseerd op het geschreven als het ongeschreven recht; niet alleen wet- en regelgeving, maar ook (processuele) beginselen (van behoorlijk bestuur), gewoonterecht, verdragsrecht en jurisprudentie. In de jurisprudentie is echter geoordeeld dat beleidsregels niet ambtshalve kunnen worden toegepast door de bestuursrechter. Deze dienen in rechte aan de orde te zijn gesteld, om door de bestuursrechter in een concrete zaak toegepast te kunnen worden.²² Het gaat overigens in de meeste gevallen om de aanvulling van rechtsgronden die nauw verband houden met of voortborduren op reeds door de appellant aangevoerde beroepsgronden.²³

Onder beroepsgrond begrijpen wij²⁴ een of meer samenhangende argumenten gericht tegen het bestreden besluit of de bestreden besluitvorming. Belangrijk bij het hanteren van deze definitie is dat appellant in zijn beroepsgronden niet hoeft aan te voeren waarom het besluit naar zijn mening onrechtmatig is. Voldoende is dat hij aanvoert waarom hij het niet met het besluit eens is. De bestuursrechter moet op basis van de aangevoerde beroepsgronden het recht toepassen (*da mihi facta, dabo tibi ius*). De (niet noodzakelijk juridische) argumenten van appellant bepalen derhalve de omvang van het geding.

21 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9015, r.o. 2.5.

22 Zie ABRvS 7 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7991, AB 2009/193, m.nt. Ortlep.

23 Zie voor de uitzonderingen: D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 66 (hierna: Brugman 2010).

24 In aansluiting op de literatuur, zie onder meer M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 572 en P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 83.

3.2. Parlementaire geschiedenis

Art. 8:69, tweede lid, van de Awb is op 1 januari 1994 ingevoerd.²⁵ Deze imperatief geformuleerde bepaling verplicht de bestuursrechter er blijkens de parlementaire geschiedenis toe om het bestuursrecht toe te passen, voor zover die toepassing aansluit op de grondslag van het geschil.²⁶ De achterliggende gedachte is dat alle rechtsregels die relevant zijn voor het geschil dat appelland aan de bestuursrechter heeft voorgelegd door de rechter zelfstandig (ambtshalve) worden toegepast om tot een geschilbeslechting te komen, ook al zijn die rechtsgronden niet aangevoerd door appelland. Dit volgt uit het uitgangspunt dat de rechter wordt geacht het recht te kennen en zelfstandig de juiste rechtsregels toe dient te passen (*'ius curia novit'*). In de literatuur verwoordde Kooper het als volgt:

*Juist wil hier zeggen: geen regels toepassen die niet relevant zijn voor het geschil, alle regels toepassen die wel relevant zijn en aan die relevante regels de rechtens correcte inhoud toekennen. Zelfstandig wil zeggen: onafhankelijk van juridische argumenten die door partijen zijn aangevoerd en waar nodig zelfs in afwijking van een door partijen unaniem verdedigde rechtsopvatting.*²⁷

Bij de invoering van de Awb was het niet direct duidelijk welke betekenis art. 8:69, tweede lid, van de Awb had. Onduidelijk was waartoe de bestuursrechter werd verplicht en, als gevolg daarvan, was het voor partijen niet duidelijk wat zij van de rechter konden verwachten en waarmee zij rekening moesten houden.²⁸ In de – sinds de invoering van de Awb gevormde – jurisprudentie zijn voorbeelden te geven van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak over ging tot (expliciete of impliciete) ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, maar het betreft – zoals hierna zal blijken – grotendeels casuïstische jurisprudentie.

4. TOEPASSING IN DE JURISPRUDENTIE

4.1. Jurisprudentie inzake expliciete en impliciete toepassing art. 8:69, tweede lid, van de Awb

Wanneer naar jurisprudentie wordt gezocht waarin de expliciete toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb aan de orde is, dan levert dit ongeveer veertig omgevingsrechtelijke uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak

²⁵ Zie *Stb.* 1993, 693.

²⁶ Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 141.

²⁷ R. Kooper, 'Ambtshalve toetsing en aanvulling van rechtsgronden', *JBPlus* 2002, p. 84-89.

²⁸ Zie Crommelin 2007, p. 7.

op.²⁹ Overigens lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak de rechtsgronden ook (bijvoorbeeld) weleens aan te vullen over de boeg van de zinsnede 'de Afdeling begrijpt het betoog aldus (...)', of aan de hand van andere (impliciete) zinconstructies.³⁰ We zien dat als een impliciete toepassing, een verwijzing naar het Awb-artikel ontbreekt dan. Een expliciete toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb lijkt relatief weinig voor te komen. Dit werd al eerder geconstateerd.³¹

4.2. Aandachtspunten bij een analyse van deze jurisprudentie

Nu reeds zij opgemerkt dat het niet eenvoudig is gebleken om naar aanleiding van een analyse van deze jurisprudentie algemene conclusies te trekken over de reikwijdte en toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb. Het enkele feit dat de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet expliciet aan de orde was in een uitspraak, betekent nog niet dat de mogelijke toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb niet is onderzocht door de Afdeling bestuursrechtspraak. Verder speelt bij het bepalen van de omvang van het geschil ook het onderzoek ter zitting een rol. Hetgeen daar is gevraagd of geconstateerd, wordt niet altijd weergegeven in de uitspraak.³² Verder is een moeilijkheid bij het analyseren van de jurisprudentie dat de overwegingen over de betekenis van het aanvullen van de rechtsgronden en de overwegingen omtrent de grenzen van de rechtsstrijd (omvang van het geschil), door elkaar lopen.³³ Daarbij wordt meestal niet duidelijk aangegeven hoe art. 8:69, tweede lid, van

29 Het gaat dan om jurisprudentie waarin hetzij het artikel zelf, hetzij de woorden uit de betreffende bepaling terugkomen. Zie onder meer ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:807, r.o. 6.4; ABRvS 30 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8918, r.o. 2.3.2; ABRvS 14 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0671, r.o. 2.4 en ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3667, r.o. 2.2. Een deel van deze uitspraken is verwerkt in deze paragraaf. Wanneer men overigens zoekt op 'artikel 8:69, tweede lid, van de Awb' levert dit van de 49 treffers, 22 treffers op die betrekking hebben op vreemdelingenzaken. Juist in die zaken lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak dus de behoefte te hebben om expliciet aan te geven dat zij toepassing heeft gegeven aan art. 8:69, tweede lid, van de Awb.

30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4052, r.o. 18 en 18.1.

31 Zie F.A.M. Stroink en R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoger beroep in het bestuursrecht. Deel II, De rol van partijen bij de omvang van het geding en ambtshalve toetsing', *JBplus* 2002, p. 34. Zie tevens: Brugman 2010 en Crommelin 2007.

32 Een uitzondering betreft ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9015, r.o. 2.5.

33 Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM6444, r.o. 2.1.1; ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0747, r.o. 2.4.2; ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9765, r.o. 2.7; ABRvS 23 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8338, r.o. 2.7; ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6760, r.o. 2.4.1; ABRvS 5 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY0358, r.o. 2.9.1; ABRvS 21 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9347, r.o. 2.2.3; ABRvS 31 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6020, r.o. 2.9 en ABRvS 28 januari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4833, r.o. 2.2.

de Awb in het concrete geval is toegepast.³⁴ Zo is art. 8:69, tweede lid, van de Awb nogal eens een beroepsgrond van een appellant in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Aangevoerd wordt dan dat de rechtbank (in eerste aanleg) ten onrechte de rechtsgronden niet heeft aangevuld.³⁵ Zo ook komt het voor dat de Afdeling bestuursrechtspraak art. 8:69, tweede lid, van de Awb als voorvraag neerzet, alvorens zij tot een inhoudelijke bespreking van de beroepsgronden overgaat.³⁶ Hierna volgen – ter illustratie – een aantal voorbeelden van de wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak ambtshalve de rechtsgronden heeft aangevuld in omgevingsrechtelijke jurisprudentie.

4.3. ‘De Afdeling begrijpt het betoog aldus’; impliciete toepassing art. 8:69, tweede lid, van de Awb

In de jurisprudentie kunnen voorbeelden worden gevonden van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak deels de beroepsgronden nader lijkt te duiden, maar ook deels de rechtsgronden aanvult. In het eerste geval legt de Afdeling bestuursrechtspraak het betoog van een appellant dan zo uit, dat zij er een oordeel over kan vellen.³⁷ Zij plakt er dan tegelijkertijd een ‘juridisch etiket’ op. Dit zijn ons inziens voorbeelden van gevallen waarin een impliciete aanvulling – dus zonder expliciete referentie aan art. 8:69, tweede lid – van rechtsgronden aan de orde is. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 september 2015 inzake bestemmingsplan ‘Bedrijvenpark Lingewaard’, waarin de volgende passage voorkomt:

‘De Afdeling begrijpt het betoog aldus, dat [appellante] en anderen in het bijzonder doelen op artikel 11 van de Ffw. Ingevolge die bepaling is het verboden nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.’³⁸

34 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7748, r.o. 2.1 en ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7117, r.o. 2.3.

35 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1795, r.o. 6 en ABRvS 21 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6725, r.o. 2.1 en 2.2.

36 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6634, AB 2004/380, m.nt. Nijmeijer en ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0947, r.o. 2.5 en 2.5.1.

37 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2938, r.o. 21.5; ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3209, r.o. 7.1 en ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:396, r.o. 6 en 6.1.

38 Zie ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2968, r.o. 18 t/m 18.2. Zie in vergelijkbare zin ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1398, r.o. 6.1.

De meeste gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de zinsnede ‘begrijpt het betoog aldus’ hanteert, zijn ons inziens uit te leggen als een nadere duiding van de beroepsgronden. De rechtsgrond is dan aangevoerd door de appellant, maar de bestuursrechter herdefinieert als het ware de beroepsgrond zo dat zijn juridisch oordeel daarover daar beter op aansluit.

4.4. Voorbeelden expliciete toepassing art. 8:69, tweede lid, van de Awb in de jurisprudentie

In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin een expliciete ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden aan de orde was, heeft zij een aantal keren de rechtsgronden ambtshalve aangevuld, omdat de beroepsgronden een kennelijke verschrijving bevatten.³⁹ Verder vatte de Afdeling bestuursrechtspraak een betoog dat een bepaald besluit niet binnen een redelijke termijn tot stand is gekomen op als een betoog dat de redelijke termijn als genoemd in art. 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is geschonden.⁴⁰ Ook komt het voor dat de rechter, indien de toepassing van een bestemmingsplanvoorschrift aan de orde is (gelet op art. 8:69, tweede lid, van de Awb), onderzoekt of dat voorschrift op het voorgelegde geval van toepassing is.⁴¹

Overigens is er in het verleden een discussie geweest in hoeverre de bestuursrechter ambtshalve dient te toetsen aan het bestemmingsplan, dan wel ambtshalve de rechtsgronden daaromtrent aan dient te vullen, ook al is de beroepsgrond ‘strijd met het bestemmingsplan’ niet aangevoerd, mede in relatie tot de in art. 8:69, derde lid, van de Awb opgenomen bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van feiten. Er bestaat (een ‘witte raaf’ daargelaten) ingevolge deze jurisprudentie in ieder geval geen verplichting tot ambtshalve *toetsing* aan het bestemmingsplan. Onder omstandigheden ziet de Afdeling bestuursrechtspraak wel ruimte voor het *aanvullen* van de rechtsgronden.⁴²

39 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3434, r.o. 2.6; ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:248, r.o. 7.3 en ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3929, r.o. 6.

40 Zie ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3269, r.o. 2.5; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, r.o. 2.4.2; ABRvS 1 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1126, r.o. 2.7 (in vergelijkbare zin: ABRvS 1 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1123); ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3121, r.o. 2.6.1 en ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7097, r.o. 2.5.

41 Zie ABRvS 1 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV2966, r.o. 2.5 en ABRvS 8 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV1280, r.o. 2.4. Of het voorschrift rechtsgeldig is, zie: ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7634, AB 2009/3, m.nt. De Waard.

42 Zie onder andere: ABRvS 14 januari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO1625, AB 2004/239, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 1 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL3322, AB 2004/50, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 21 mei 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF8990, AB 2003/324, m.nt.

Gewezen kan nog worden op een uitspraak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak het terecht achtte dat een rechtbank de beroepsgrond inhoudende dat realisering van de van het bouwplan deel uitmakende windturbine met een ashoogte van 60 meter tot visuele hinder, horizonvervuiling en aantasting van het karakteristieke landschap leidt, aanmerkte als een grond die betrekking heeft op welstand.⁴³ Tot slot betreft een laatste voorbeeld het betoog van een appellant dat het college handhavend diende op te treden wegens het achterwege blijven van noodzakelijk onderhoud aan een woning. Deze beroepsgrond beoordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak aan de hand van de vraag of het college aanleiding had moeten zien handhavend op te treden wegens strijd met art. 1a, eerste lid, onderscheidenlijk 1b, tweede lid, van de Woningwet.⁴⁴

5. GEEN TOEPASSING IN DE JURISPRUDENTIE, WAAR DAT WEL HAD GEKUND (OF GEMOETEN?)

In de vorige paragraaf zijn voorbeelden gegeven van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak (expliciet of impliciet) ambtshalve de rechtsgronden heeft aangevuld in een concrete zaak. Geconstateerd werd dat een expliciete toepassing in de jurisprudentie weinig *lijkt* voor te komen. Dit roept tegelijkertijd de vraag op welke voorbeelden er in de jurisprudentie zijn te geven van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak over kon gaan (of misschien wel: moest gaan) tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, maar dit achterwege heeft gelaten. In paragraaf 5.1 en 5.2 bespreken wij een tweetal zaken. In de eerste zaak was aangevoerd dat geen MER was opgesteld, in de tweede zaak was aangevoerd dat geen m.e.r.-beoordeling was uitgevoerd. In de eerste zaak is de Afdeling niet overgaan tot een ambtshalve aanvulling, in de tweede wel.⁴⁵

5.1. Voorbeeld 1: uitspraak inzake het wijzigingsplan 'locatie X te Gassel'

De Afdeling bestuursrechtspraak constateert dat voor het wijzigingsplan 'locatie X te Gassel'⁴⁶ terecht een passende beoordeling in de zin van de

Nijmeijer en ABRvS 8 augustus 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2287, AB 1996/481, m.nt. Van Buuren.

43 Zie ABRvS 12 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5646, r.o. 2.6.

44 Zie ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3844, r.o. 2.2.1 en 2.3.

45 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:987; ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2457; ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4531 en ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *Men R* 2016/5, m.nt. Kevelam en Soppe.

46 Zie ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8776, r.o. 2.16 en 2.16.1. Op deze uitspraak wezen Nijmeijer en Soppe ook al. Zie A.G.A. Nijmeijer en M.A.A. Soppe,

Natuurbeschermingswet 1998 is gemaakt. In haar overwegingen ter zake van de beroepsgrond van appellanten dat ten onrechte geen MER is opgesteld, geeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat deze beroepsgrond louter is onderbouwd met een verwijzing naar het lijstenstelsel van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage 1994 (Besluit m.e.r.). Vervolgens gaat de Afdeling bestuursrechtspraak ook inhoudelijk enkel in op het lijstenstelsel (en het in dat verband relevante arrest van het Hof van Justitie van 15 oktober 2009).⁴⁷ Het is echter verdedigbaar dat de Afdeling bestuursrechtspraak, gegeven het feit dat er voor het plan terecht een passende beoordeling is gemaakt, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend tevens had getoetst aan art. 7.2a, eerste lid, van de Wet milieubeheer. Voor een op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling verplicht vast te stellen plan waarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt, dient op grond van laatstgenoemde bepaling immers een plan-MER te worden vervaardigd. De beroepsgrond dat er ten onrechte geen MER is opgesteld, wordt weliswaar ‘juridisch’ door appellanten onderbouwd aan de hand van de rechtsgrond inzake het lijstenstelsel van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit m.e.r., maar de Afdeling bestuursrechtspraak dient juist als bestuursrechter ‘het recht te kennen’ en het objectieve recht toe te passen en had ambtshalve de rechtsgronden kunnen (lees: moeten) aanvullen met de grond dat er ten onrechte geen planMER was gemaakt in strijd met art. 7.2a, eerste lid, van de Wet milieubeheer.

5.2. Voorbeeld 2: uitspraak inzake milieuvergunning bouw- en sloopbedrijf LEEK

In de vorige uitspraak is de Afdeling bestuursrechtspraak niet overgegaan tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. In onderstaande zaak gaat de Afdeling wel over tot een aanvulling van de rechtsgrond, waardoor de beroepsgrond dat er ten onrechte geen MER is opgesteld danwel geen m.e.r.-beoordeling is gemaakt dankzij de aanvulling wel doel trof. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat in bijlage II, onder 11e, bij de EEG-richtlijn milieu-effectbeoordeling de opslag van schroot is aangemerkt als project waarvoor een m.e.r.-beoordeling moet worden gemaakt. Deze verplichting is echter niet in het Besluit m.e.r., zoals dat luidde vóór 1 april 2011, geïmplementeerd. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie,⁴⁸ volgt dat art. 2.1, eerste lid, in samenhang met art. 4, tweede lid, van de EEG-richtlijn milieu-effect-

‘Alles draait om de eenvoud. De Omgevingswet tussen Haagse bluf en fata morgana?’ in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 438 (hierna: Nijmeijer en Soppe 2011).

47 Zie HvJEU 15 oktober 2009, C-255/08, ECLI:EU:C:2009:630.

48 Bijvoorbeeld het arrest van 7 januari 2004, C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12 (Wells) en het arrest van 21 maart 2013, C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203 (Salzburger Flughafen).

beoordeling rechtstreekse werking heeft; *‘De rechtsgronden aanvullend, vat de Afdeling het betoog [...] zo op, dat zij een beroep op deze bepalingen doet.’* In de uitspraak spreekt de Afdeling wel over het aanvullen van rechtsgronden, maar verwijst zij niet naar het toepasselijke Awb-artikel.

In de betreffende zaak was een vergunning voor onder meer de opslag van schroot aangevraagd. Het college had volgens de Afdeling bestuursrechtspraak derhalve op grond van de EEG-richtlijn milieu-effectbeoordeling moeten beoordelen of vanwege deze activiteit een milieueffectrapport moest worden opgesteld. Nu het die beoordeling niet heeft verricht, maar in het bestreden besluit heeft volstaan met verwijzing naar het Besluit m.e.r., is het bestreden besluit volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in zoverre in strijd met art. 3:2 van de Awb niet zorgvuldig voorbereid en in strijd met art. 3:46 van de Awb niet deugdelijk gemotiveerd, waardoor de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in onderhavige zaak leidde tot een vernietiging van het bestreden besluit.⁴⁹

Waarom de Afdeling bestuursrechtspraak zich – los van het feit dat iedere zaak uiteraard zijn eigen context kent en daarbinnen in beginsel dient te worden beoordeeld – in het algemeen in het ene geval ‘actiever’ opstelt als het gaat om het aanvullen van rechtsgronden, ter zake van een beroepsgrond die min of meer op dezelfde wijze is geformuleerd, is ons niet duidelijk. In onze conclusie willen wij wel een enkele gedachte daarover prijsgeven.

6. NAAR EEN RUIMHARTIGE EN MEER CONSISTENTE TOEPASSING VAN ART. 8:69, TWEDE LID, VAN DE AWB, IN HET OMGEVINGSRECHT?

Wat opvalt, is dat de Afdeling bestuursrechtspraak – uitzonderingen daargelaten – heden ten dage strikt toetst op de aangevoerde beroepsgronden. Een expliciete toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb, lijkt relatief weinig voor te komen. Waarom de Afdeling in de zaak Gassel niet overgaat tot aanvulling van de rechtsgronden en in de zaak Leek wel, is wellicht niet terug te voeren tot onwil of willekeur. Meer aannemelijk is dat de rechter wel geacht wordt het recht te kennen, maar dat niet altijd kent. Een rechter is toch ook vooral afhankelijk van hetgeen door appellanten wordt aangevoerd en hoe dat is verwoord;⁵⁰ het helpt als hij kan zien dat de appellant met zijn beroepsgrond

49 Zie ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:854, r.o. 11 t/m 12.2.

50 In de uitspraak van de ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *M en R* 2016/5, m.nt. Kevelam en Soppe, lijkt het of de Afdeling niet op het spoor van andere arresten wordt gezegd door het nadrukkelijk naar voren gebrachte Wells-arrest en volstaat met de overweging het betoog niet slaagt dat gezien de zaak Wells, een besluit tot instemming met een winningsplan moet worden beschouwd als een nieuwe

‘warm’ is of dat hij door de ingebrachte beroepsgrond op het spoor wordt gezet om de beroepsgrond als (nieuwe) rechtsgrond te kunnen formuleren.

6.1. Omvang van het geschil (2)

Voor een ruimhartige (expliciete) en meer consistente toepassing is ten eerste de omvang van het geschil van belang. Een appellant doet er in beginsel verstandig aan om zijn gronden enerzijds niet te specifiek te formuleren: laat het maar aan een rechter over om de argumenten van een juridisch jasje te voorzien. Door een te beperkte formulering van de gronden kan de omvang van het geschil wel beperkt worden. Anderzijds moeten gronden ook weer niet te ruim worden geformuleerd, omdat de kans dan aanwezig is dat de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat de gronden te weinig concreet en onvoldoende bepaald zijn. Naar onze mening moet de omvang van het geschil – de grenzen van de rechtsstrijd – niet snel te beperkt worden opgevat en speelt de rechter daarbij een actieve rol. Daarbij zou wat ons betreft het feit dat een appellant rechtsbijstand geniet betekenis mogen hebben. Een rechtsbijstandverlener behoort immers op de hoogte te zijn van het feit dat de omvang van het geschil bepalend is voor de grenzen van de rechtsstrijd. Waar de grenzen precies zouden moeten liggen is in het algemeen lastig aan te geven. In de literatuur is betoogd dat, indien een appellant opkomt tegen het vaststellingsbesluit van een bestemmingsplan, alle rechtsgronden die kunnen leiden tot een vernietiging van het vaststellingsbesluit aansluiten op de grondslag van het geschil.⁵¹ De jurisprudentie leert evenwel dat deze opvatting in veel gevallen getuigt van een te ruime grondslag.⁵² De taak van de rechter om rechtsbescherming te bieden is dus ingevolge de jurisprudentie beperkter; appellant moet zelf de argumenten aandragen waarom hij het niet eens is met het besluit. Bij zijn argumentatie behoeft appellant in theorie geen rechtsgronden te vermelden, want de bestuursrechter vult de rechtsgronden ambtshalve aan, althans dat zegt art. 8:69, tweede lid, van de Awb.

vergunning voor het project gaswinning in de zin van de m.e.r.-richtlijn, en daarom ten onrechte niet in de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage is opgenomen als m.e.r.-plichtig besluit. Zie de noot voor de vraag of een beroep op andere arresten wel had kunnen slagen.

51 Van deze ruime opvatting gaat De Bock uit. Zij stelt dat *‘het in veel gevallen de belanghebbende (slechts) gaat om vernietiging van het besluit. Dat is het eigenlijke geschil dat beslecht moet worden. De reden waarom het besluit vernietigd wordt, is dan voor betrokkene van ondergeschikt belang’*. Zie R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: AAL 2004, p. 55.

52 Zie bijvoorbeeld een al wat oudere uitspraak: ABRvS 4 november 1996, JB 1997/5.

6.2. Waarom een actievere invulling van de plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden?

Er is reeds geconstateerd dat art. 8:69, tweede lid, van de Awb weliswaar imperatief is geformuleerd, maar dat de wijze waarop precies invulling moet worden gegeven aan de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet door de wetgever is toegelicht in de wetsgeschiedenis. De uiterste grenzen zijn meestal wel duidelijk. Binnen die grenzen bestaat echter ruimte voor de bestuursrechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Ondanks deze geboden ruimte voor toepassing van art. 8:69, tweede lid, Awb lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak de (expliciete) ambtshalve aanvulling van rechtsgronden terughoudend toe te passen in haar omgevingsrechtelijke jurisprudentie. Zij vult niet vaak de rechtsgronden aan, terwijl het belang hiervan groot kan zijn.⁵³ Appellanten kunnen immers feitelijke en/of juridische betogen naar voren brengen, maar niet *die* rechtsgronden aanvoeren die kunnen leiden tot een vernietiging van het besluit. Dit kan met name in het bestuursrecht klemmen, nu er binnen het bestuursrecht geen verplichte procesvertegenwoordiging bestaat. Rechtzoekenden die zonder rechtsbijstand procederen kunnen vaak wel motiveren waarom ze het niet eens zijn met een bepaald besluit, maar zij kunnen niet (altijd) motiveren op welke gronden het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen.⁵⁴ Bovendien neemt in de verhouding tussen bestuursorgaan-burger het bestuur meestal een machtiger positie in. Dit komt niet alleen omdat het bestuursorgaan op veel terreinen eenzijdig de rechtspositie van burgers kan vaststellen, maar ook omdat het bestuursorgaan procesueel een voorsprong heeft. Het bestuur heeft veel ervaring met het voeren van juridische procedures en kan vaak ook meer middelen inzetten dan burgers om voor hun rechten op te komen.⁵⁵

De ambtshalve aanvulling van rechtsgronden kan zo bezien ook als een vorm van 'ongelijkheidscompensatie' dienen ter nadere invulling van de individuele rechtsbeschermingsfunctie van de rechter.⁵⁶ Een in de toekomst actievere invulling van de plicht tot ambtshalve aanvulling is derhalve een van de mogelijkheden waarmee de bestuursrechter – zij het binnen zekere grenzen – enig tegenwicht kan (lees: moet) bieden aan de beschreven ontwikkelingen die de positie van de burger wat betreft rechtsbescherming verzwakken.

53 Nijmeijer en Soppe wijzen hier ook op. Zie Nijmeijer en Soppe 2011.

54 Dit geval kan zich overigens ook voordoen indien wel met rechtsbijstand wordt geprocedeerd.

55 Zie E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*. Tweede Tranche, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 172 (hierna: Daalder e.a. 1994).

56 Zie ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger Beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 40, 44 en 82. Zie anders: Crommelin 2007, p. 340.

Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat (een actievere invulling van) de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op zich losstaat van de in paragraaf 1.3 en 1.4 genoemde ontwikkelingen. Maar anderzijds benadrukken die ontwikkelingen wel de noodzaak van een actievere opstelling van de bestuursrechter. Immers in het ‘toekomstige’ omgevingsrecht worden naar verwachting steeds meer activiteiten die ingrijpen in de fysieke leefomgeving aan rechtsbescherming onttrokken en ziet de wetgever voor tal van besluiten een (meer) marginale toetsing door de rechter weggelegd.

6.3. Wanneer en op welke wijze invulling geven aan ambtshalve aanvulling van rechtsgronden?

Wanneer en op welke wijze zou de Afdeling bestuursrechtspraak dan invulling moeten geven aan de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (met inachtneming van de grenzen zoals die zijn geschetst in paragraaf 2)? Dit is lastig in zijn algemeenheid aan te geven. De wetsgeschiedenis zegt daar niks over. Zoals hiervoor reeds aangegeven, kan een ruime of juist strikte interpretatie van de beroepsgronden door de Afdeling bestuursrechtspraak de omvang van het geschil bepalen. Wij pleitten reeds voor een ruime(re) interpretatie van de beroepsgronden. Dan resteert de vraag nog of er aandachtspunten te formuleren zijn bij de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden.

Een belangrijke grens wat betreft de vraag wanneer de rechtsgronden ambtshalve worden aangevuld en op welke wijze, lijkt in de praktijk bij het praktische en uitvoerbare te liggen. Is het bijvoorbeeld reëel om van de Afdeling bestuursrechtspraak te verwachten dat wanneer in (hoger) beroep tegen een omgevingsvergunning voor bouwen wordt aangevoerd dat de rechtbank in eerste aanleg ten onrechte niet heeft getoetst of het bouwplan in ‘strijd met het bestemmingsplan’ is, zij, zonder nadere specificatie, het gehele bouwplan aan het gehele bestemmingsplan toetst om te achterhalen waar zich een mogelijke strijdigheid met het bestemmingsplan voordoet? Strekt de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden zich ook uit tot een onderzoek naar de geldigheid en verbindendheid van de op het geding toepasselijke regels?⁵⁷ Strikt genomen wel, omdat de rechter dit binnen de omvang van het geding moet doen, het betreft immers de vaststelling van het relevante objectieve recht.⁵⁸ In de jurisprudentie – zie paragraaf 4.4 – zijn ook gevallen te vinden waarin de Afdeling bestuursrechtspraak zo te werk gaat. Het is ons inziens echter een illusie om

57 Denk aan bekendmakingsvereisten, overgangsrechtelijke perikelen en een eventuele exceptieve toetsing inhoudende dat de geldigheid van een voorschrift wordt getoetst over de boeg van een voor beroep vatbaar besluit omdat de geldigheid van het op dat voorschrift gebaseerde besluit daarvan afhangt.

58 Zie ook Brugman 2010, p. 65.

te verwachten dat de bestuursrechter oog kan hebben voor alle mogelijke (inclusief Europeesrechtelijke) gebreken aan een besluit.⁵⁹ Daarbij is het ook goed om te realiseren – zoals hiervoor al opgemerkt over de fictie van het *curia ius novit* – dat de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de praktijk beperkt zal zijn tot hetgeen qua kennis en ervaring aanwezig is bij de bestuursrechter.⁶⁰ Als dat zo is, kan de conclusie zijn dat als in vergelijkbare gevallen in de ene zaak wel en in de andere zaak niet overgegaan wordt tot aanvulling van de rechtsgronden, rechterswerk gewoon mensenwerk blijft.

Wel lijkt het ons inziens mogelijk dat als de Afdeling bestuursrechtspraak overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, zij dit ook expliciet aangeeft in haar overwegingen. Ditzelfde geldt indien de Afdeling bestuursrechtspraak een ambtshalve aanvulling heeft overwogen, maar er uiteindelijk niet toe is overgegaan. Op die manier wordt het inzichtelijker wanneer en onder welke omstandigheden de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding ziet om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Dit vraagt wellicht om een andere procesattitude. Zo zou aan de ‘checklist’ van de rechter in dat geval als ‘check’ kunnen worden toegevoegd dat in iedere afzonderlijke zaak moet worden onderzocht of en hoeverre de rechtsgronden ambtshalve kunnen worden aangevuld en wat hiervan de bevindingen zijn. Deze bevindingen kunnen dan ‘intern’ worden gehouden, of worden gedeeld. In ieder geval dienen deze bevindingen ons inziens te worden ‘gedeeld’ (opgenomen in de rechtsoverwegingen) als het gaat om de gevallen waarin een aanvulling van de rechtsgronden zeer voor de hand ligt.

Graag willen we benadrukken dat het een illusie is om te verwachten dat de rechter oog heeft voor alle (inclusief Europeesrechtelijke) mogelijke gebreken aan een besluit. Tegelijkertijd illustreren de voorbeelden die wij gaven in de paragrafen 5.1 en 5.2 ons inziens dat er gevallen zijn waarbij ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden zeer voor de hand zou liggen. In de zaak Gassel komt de Afdeling bestuursrechtspraak uiteindelijk tot de conclusie dat betreffende betoog niet kan slagen aan de hand van een enge interpretatie van de beroepsgrond. Bij dit oordeel betreft zij dan enkel de aangevoerde rechtsgrond en passeert zij bestaande wettelijke kaders en/of vaste jurisprudentie op grond waarvan het beroep wel zou kunnen slagen. In dit voorbeeld ging het om het verschil tussen de wettelijke grondslagen

59 Zo gaat de Afdeling niet zelfstandig na (ambtshalve de rechtsgronden aanvullend) of een richtlijnbeveling al dan niet correct is omgezet in het nationale recht. Een appellant die zich beroept op een m.e.r.-richtlijnbeveling (of een andere richtlijnbeveling) zal gemotiveerd moeten uiteenzetten waarom die beveling niet correct in het Nederlandse wet- en regelgeving is omgezet, zie ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:517, *M en R* 2014/80, nr. 5, m.nt. Soppe en de in punt 4 van de annotatie genoemde jurisprudentie.

60 Zie in dezelfde zin Brugman 2010, p. 66.

op grond waarvan een plan-m.e.r.-plicht bestaat. De appellant beriep zich op één van die wettelijke grondslagen, aan de hand waarvan de Afdeling bestuursrechtspraak uiteindelijk tot de conclusie komt dat er geen plan-m.e.r.-plicht bestaat. De Afdeling bestuursrechtspraak had in dat geval ons inziens – ambtshalve de rechtsgronden aanvullend – de tweede wettelijke grondslag bij haar oordeel moeten betrekken. In de uitspraak Leek vulde zij wel ambtshalve de rechtsgronden aan, waardoor de op zich dezelfde beroepsgrond ‘er is ten onrechte geen MER opgesteld’, dan wel ‘er is ten onrechte geen m.e.r.-beoordeling uitgevoerd’ in die zaak wel doel trof.

7. CONCLUSIES

In deze bijdrage staat de wettelijke plicht voor de bestuursrechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, opgenomen in art. 8:69, tweede lid, van de Awb, centraal. Aan de hand van de wet en de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie hebben wij – verkennenderwijs – onderzocht hoe art. 8:69, tweede lid, van de Awb wordt toegepast in het omgevingsrecht en in hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak invulling geeft aan de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Is het mogelijk om aandachtspunten te formuleren voor een actievare en meer consistente toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in de omgevingsrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak?

7.1. Meer algemene conclusies

Een expliciete ambtshalve aanvulling van rechtsgronden lijkt relatief weinig voor te komen in omgevingsrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het is echter moeilijk om na een analyse van de zeer casuïstische jurisprudentie waarin de expliciete of impliciete aanvulling van rechtsgronden aan de orde was, algemene conclusies te trekken over de reikwijdte en toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in het omgevingsrecht. Tegelijkertijd kunnen ons inziens wel voorbeelden worden gegeven van uitspraken waarin de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden voor de hand had gelegen. Omdat het lastig is om na de hiervoor genoemde analyse algemene conclusies te trekken over de reikwijdte van toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb, is het ook lastig om aandachtspunten te formuleren voor een meer consistente en ruimhartige ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de omgevingsrechtelijke jurisprudentie. Wij hebben in deze bijdrage toch een poging gewaagd.

Het zou ons inziens aan te bevelen zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak, indien zij overgaat tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden, dit ook expliciet aangeeft in haar overwegingen. Daarbij dienen beroepsgronden

niet snel te strikt te worden geïnterpreteerd. Bovendien zou het wenselijk zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak, indien zij niet overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, haar overwegingen hiervoor kenbaar maakt in haar rechtsoverwegingen. Een eenduidige en actieve invulling van de plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden – met als uitgangspunt de gevallen waarin een ambtshalve aanvulling zeer voor de hand ligt – kan dienen als een vorm van ‘ongelijkheidscompensatie’ voor burgers om (enig) tegenwicht te bieden aan de ontwikkelingen die de positie van de burger qua rechtsbescherming verzwakken. Tevens leidt deze wijze van invulling tot meer rechtseenheid en draagt dit bij aan de rechtsontwikkeling.

7.2. Conclusie over de uitspraak van 21 februari 2007

Tot slot willen we nog aandacht vragen voor de uitspraak van 21 februari 2007, die wij reeds in paragraaf 4.2 hebben genoemd. In hoger beroep was aangevoerd dat de rechtbank in strijd met art. 8:69, tweede lid, en de goede procesorde had gehandeld door in de aangevallen uitspraak de Vogelrichtlijn in te roepen zonder dat daar in de stukken naar werd verwezen of ter zitting aan de orde was geweest. De Afdeling bestuursrechtspraak:

‘Gelet op het door de Faunabescherming in beroep bij de rechtbank aangevoerde belang van bescherming van de bestaande populatie op de Sallandse Heuvelrug, is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank met aanvulling van de rechtsgronden als bedoeld in art. 8:69, tweede lid, van de Awb, de Vogelrichtlijn terecht heeft betrokken in haar overwegingen. Blijkens de stukken en het proces-verbaal ter zitting in beroep zijn de artikelen 5 en 9 van de Vogelrichtlijn echter in de procedure voor de rechtbank niet aan de orde gesteld. De rechtbank heeft geen vragen gesteld over de implementatie van deze bepalingen in de Ffw en de mogelijke rechtstreekse werking van deze bepalingen. Partijen hebben daardoor niet hun standpunten hieromtrent kunnen geven. Door deze wijze van handelen heeft de rechtbank gehandeld in strijd met het verdedigingsbeginsel, een beginsel van een behoorlijke rechtspleging.’

Met enige aarzeling willen we toch een enkele conclusie trekken naar aanleiding van deze uitspraak. Onze aarzeling komt voort uit het feit dat voor zover wij weten alleen deze uitspraak ingaat op het expliciet aanvullen van rechtsgronden in relatie tot het verdedigingsbeginsel. Wij hebben niet onderzocht of vaker in hoger beroep is aangevoerd dat de door de rechtbank aangevulde rechtsgronden niet in stukken of ter zitting aan de orde zijn geweest. Toch kunnen we niet om de uitspraak heen omdat de uitspraak toch een grens geeft over de mogelijkheden voor de bestuursrechter om de rechtsgronden aan te vullen en wellicht aanleiding is om in sommige gevallen niet expliciet te verwijzen naar het Awb-artikel.

Met referentie aan onze aarzeling om conclusies te trekken op basis van één uitspraak is dan toch onze conclusie van deze ene uitspraak dat als een bestuursrechter de rechtsgronden aanvult, hij dat voor de sluiting van het onderzoek – dus in ieder geval tijdens de zitting – kenbaar moet maken aan ieder geval het bestuursorgaan dat het besluit dat bij hem voorligt, heeft vastgesteld.

Als de Afdeling bestuursrechtspraak vanwege de schending van het verdedigingsbeginsel een uitspraak van de rechtbank vernietigt, betekent dat dat zij – als rechter in eerste en enige aanleg – ook vindt dat zij partijen ook gelegenheid moeten bieden om te reageren op een aanvullende rechtsgrond. Dit is vooral relevant voor het bestuursorgaan. Immers, de appelland zal het allang best vinden als hij door de rechter geholpen wordt in zijn strijd tegen het voorliggende besluit.

De uitspraak stelt wel eisen aan de voorbereiding van de zitting. Uiterlijk ter zitting zal duidelijk moeten zijn of de rechter de rechtsgronden wil aanvullen. Immers de uitspraak maakt het niet mogelijk dat eerst na sluiting van het onderzoek, bijvoorbeeld bij het schrijven van de uitspraak, een aanvullende rechtsgrond wordt opgevoerd.

Wellicht is dat de reden dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar overwegingen schrijft hoe zij een beroepsgrond begrijpt. Of een rechtsgrond moet worden aangevuld hangt af van hoe de beroepsgrond is geformuleerd.⁶¹ In paragraaf 5 was in beide gevallen sprake van een (te) eng geformuleerde beroepsgrond. Als in die zaken was aangevoerd dat ‘in strijd met de m.e.r.-regelgeving ten onrechte geen MER was opgesteld of geen m.e.r.-beoordeling was verricht’, was er geen expliciete of impliciete aanvulling van rechtsgronden nodig. Met een zodanig geformuleerde beroepsgrond was de bestuursrechter sowieso geheel vrij geweest om artikel 7.2a, eerste lid, van de Wet milieubeheer (paragraaf 5.1) of de m.e.r.-richtlijn (paragraaf 5.2) te betrekken bij zijn oordeel over die beroepsgrond. Het is en blijft lastig om een heldere scheidslijn te trekken tussen een aanvullende rechtsgrond en een interpretatie van een beroepsgrond.

Wellicht – we mogen dat natuurlijk niet zeggen – kiest een bestuursrechter voor een niet expliciete verwijzing naar artikel 8:69, tweede lid, van de Awb als hij na sluiting van de zitting en bij uitwerking van de uitspraak er achter komt dat de ingediende beroepsgrond wat bijgeschaafd, aangevuld of gherdefinieerd had moeten worden om tot een passend juridisch oordeel te kunnen komen.

61 Kooper in zijn eerder genoemde artikel in *JBplus* vindt de term aanvullend enigszins vreemd, hij vindt dat daaronder ook correctie kan worden begrepen.

DE REDELIJKE TERMIJN TUSSEN NEDERLAND, LUXEMBURG EN STRAATSBURG¹

Rob Widdershoven

1. INLEIDING

Voor de gemiddelde burger is procederen voor de rechter een onzeker gebeuren, dat in geval niet te lang moet duren. De laatste tien jaar heeft de bestuursrechter grote inspanningen verricht om de doorlooptijden van procedures terug te dringen en over het algemeen is dat goed gelukt. Niettemin zijn er nu en dan zaken die om allerlei redenen toch te lang duren en waarin het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn van artikel 6, eerste lid, Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), en artikel 47, tweede lid, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) wordt overschreden.² In dat geval moet de nationale rechtsorde volgens de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in de zaak *Kudla* (2000) op grond van artikel 13 EVRM voorzien in een effectief rechtsmiddel, waarin in elk geval de gevolgen van die overschrijding kunnen worden gecompenseerd.³ Zoals in par. 2 nader wordt uitgewerkt, voorziet het Nederlands bestuursrecht over het algemeen in een dergelijk effectief rechtsmiddel. De ontwikkeling hiervan, biedt een goed voorbeeld van een activistische bestuursrechter. Dit

1 Deze bijdrage is in belangrijke mate gebaseerd op mijn conclusie van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586, maar bouwt daarop voort.

2 Art. 47 Handvest is van toepassing als de redelijke termijn is overschreden in een nationale zaak 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht' in de zin van art. 52, eerste lid, Handvest, art. 6 EVRM als dat niet geval is en in het geschil sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of van een *criminal charge*. Zie over de betekenis van de frase 'binnen het toepassingsgebied van' en over de nationale besluiten die daaronder vallen, onder meer het commentaar van T. Barkhuysen & R.J.G.M. Widdershoven onder het standaardarrest van het Hof van Justitie over deze kwestie, HvJEU 26 februari 2013, nr. C-617/10 (Akerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, nr. 39, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (zevende druk), p. 629-646.

3 EHRM 26 oktober 2000, ECLI:NL:XX:2000:AD5181 (*Kudla*), ook gepubliceerd in T. Barkhuysen e.a. (red.) 2016, a.w. nr. 26, met commentaar van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Blijkens latere rechtspraak, onder meer EHRM 29 maart 2006, ECLI:XX:2006:AW8901 (*Scordino*), heeft het EHRM een voorkeur voor een rechtsmiddel waarmee overschrijdingen kunnen worden voorkomen, maar kan een lidstaat als '*second best*' ook kiezen voor een uitsluitend compensatoir rechtsmiddel.

‘activisme’ is overigens gelegitimeerd doordat de minister van V&J welbewust heeft afgezien van het wettelijke regelen van het rechtsmiddel, aangezien de bestuursrechter dat al op bevredigende wijze had gedaan.⁴ Bovendien kon de bestuursrechter zich bij de ontwikkeling van het rechtsmiddel beroepen op de rechtspraak van het EHRM.

Op één punt heeft het door bestuursrechters ontwikkelde rechtsmiddel de burger echter weinig te bieden, namelijk bij het verdisconteren van de periode waarin een zaak wordt aangehouden omdat in die zaak of in een andere vergelijkbare zaak een prejudiciële vraag is gesteld aan het Hof van Justitie (hierna: Hof) op grond van artikel 267 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Deze periode wordt voor de berekening van de redelijke termijn van de nationale procedure buiten beschouwing gelaten. Ter rechtvaardiging hiervan worden twee argumenten genoemd. Ten eerste wordt, onder verwijzing naar de zaak *Pafitis* van het EHRM,⁵ gesteld dat de prejudiciële procedure in de nationale procedure niet kan worden meegeteld, omdat anders, kort gezegd, het gebruik van die procedure door de nationale rechter zou worden ontmoedigd. Als tweede argument wordt daaraan soms toegevoegd dat voor overschrijdingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure al een effectief rechtsmiddel zou bestaan, namelijk het instellen van een schadeactie bij de Unierechter.⁶ Als dat zo is, zou wel aan het *Kudla*-vereiste worden voldaan.

In deze bijdrage wordt bekeken of de genoemde argumenten inderdaad een voldoende rechtvaardiging bieden om de duur van de prejudiciële procedure bij het bepalen van de redelijke termijn van de nationale procedure buiten beschouwing te laten, en, voor zover dat niet het geval is, of er iets aan die ‘leemte’ zou moeten worden gedaan. Vooral dat laatste punt blijkt de nationale rechter defensief of meer activistisch te kunnen benaderen. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, geef ik eerst een kort overzicht van de belangrijkste bestuursrechtspraak betreffende de redelijke termijn (par. 2), waarna ik beide argumenten nader uitwerk (par. 3). Vervolgens evalueer ik beide argumenten,

4 En daarom de al aangekondigde wettelijke regeling van het rechtsmiddel heeft geschrapt uit het wetgevingsprogramma van V&J. Zie de nota van toelichting bij het Besluit van 22 april 2013, *Stb.* 2013/162.

5 EHRM 26 februari 1998, nr. 163/1996, ECLI:NL:XX:1998:AD4549 (*Pafitis*).

6 Onder het begrip ‘Unierechter’ vallen in deze bijdrage het Gerecht en het Hof van Justitie. Het Gerecht neemt in eerste aanleg kennis van (rechtstreekse) beroepen tot nietigverklaring van handelingen van de EU-instellingen (art. 263 VWEU) en geschillen over niet-contractuele aansprakelijkheid (art. 265 VWEU). Het Hof van Justitie is belast met het hoger beroep tegen beslissingen van het Gerecht en met de beantwoording van prejudiciële vragen van nationale rechters. Zie J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 256-257.

waarbij ik onder meer na ga of de schadeactie bij de Unierechter werkelijk een effectief rechtsmiddel is voor overschrijdingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure (par. 4). Omdat dat volgens mij niet het geval is, bekijk ik daarna of er een andere manier is om de geconstateerde 'leemte' op te lossen (par. 5). De bijdrage wordt afgesloten met een samenvattend slot (par. 6).

2. DE BESTUURSRECHTER EN DE REDELIJKE TERMIJN OP HOOFDLIJNEN⁷

Sinds 2005 hebben de bestuursrechters in verband met schendingen van de redelijke termijn een compleet stelsel van rechtsmiddelen en criteria tot stand gebracht.⁸ Het stelsel geldt voor alle bestuursrechtelijke zaken, ook zaken die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM of artikel 47 Handvest vallen. Volgens de bestuursrechters is het vereiste van de redelijke termijn namelijk onderdeel van het algemeen rechtsbeginsel van rechtszekerheid, dat aan artikel 6 EVRM mede ten grondslag ligt, en ook los van die verdragsbepaling geldt.⁹

Kenmerkend voor het stelsel is dat de bestuursrechters voor de vraag wat een redelijke termijn is, werken met standaardtermijnen.¹⁰ Deze termijnen gelden als uitgangspunt, waarbij bijzondere omstandigheden, zoals de complexiteit van de zaak en het (vertragend) gedrag van de klager, reden kunnen zijn om

7 Vgl. hierover, behalve het al genoemde commentaar van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder *Kudla* in T. Barkhuysen e.a. (red.) 2016, a.w., nr. 16, en mijn conclusie van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586, onder meer A.M.L. Jansen & D.W.M. Wenders, 'Een kroniek van de redelijke termijn', *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten* 2006/8, p. 1091-1127; M. Schreuder-Vlasblom, 'Dertig jaar later; de redelijke termijn als nationale uitdaging', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht*, Kluwer: Deventer 2009, p. 453-473; P. van Dijk, 'Een *effective remedy* in de zin van artikel 13 EVRM bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM – bestuursrechtelijke procedures', in: T. Barkhuysen e.a. (red.) 2009, a.w., p. 115-133; J.C.A. de Poorter & A. Pahladsingh, 'Rechtsvorming rond de redelijke termijn', *JBplus* 2010/2, p. 81-102; B.J. van Ettehoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013/32, afl. 2, p. 61-72.

8 Standaarduitspraken voor de ontwikkeling van het stelsel zijn HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006; ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3121; CRvB 11 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD7033; ABRvS 29 januari 2014 (Grote Kamer), ECLI:NL:RVS:2014:188; HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252. Dat laatste arrest is een verzamelarrest dat een uitstekend overzicht van alle rechtspraak en waarvan ik dankbaar gebruik heb gemaakt.

9 Zie ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5910; CBB 8 september 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN6785; HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5080.

10 Dit wijkt af van de casuïstische benadering van het EHRM, waarbij in elke individuele zaak aan de hand van de complexiteit ervan, het handelen van de autoriteiten en de klager en het belang dat voor betrokkene op het spel staat, wordt bepaald of de redelijke termijn is overschreden.

de termijn te verlengen, en het belang dat voor betrokkene op het spel staat juist reden voor een korte termijn kan zijn. De standaardtermijn is twee jaar per instantie.¹¹ Voor de eerste instantie (rechtbank) geldt dat daarin de duur van de bezwaarfase is inbegrepen, waarbij voor die fase als uitgangspunt een redelijke termijn van een half jaar geldt. Voor het hoger beroep geldt een redelijke termijn van twee jaar en dat is ook het geval voor het cassatieberoep voor zover die beroepsmogelijkheid openstaat. Overigens letten de bestuursrechters, conform de rechtspraak van het EHRM,¹² bij het bepalen van de redelijke termijn niet alleen op de duur van de verschillende instanties afzonderlijk, maar ook op de duur van de totale procedure. Dit heeft tot gevolg dat een voortvarende behandeling in een van de instanties de overschrijding van de redelijke termijn in een andere kan compenseren.¹³

Is de redelijke termijn overschreden, dan moet de getroffene, zoals in par. 1 al gesteld, binnen de nationale rechtsorde een effectief rechtsmiddel hebben om compensatie te krijgen. Om als ‘effectief’ te kwalificeren, moet – aldus het EHRM¹⁴ – het rechtsmiddel door de hoogste rechter zijn erkend, moet er jurisprudentie bestaan over de beschikbaarheid ervan, moet er duidelijkheid zijn over de gevolgen en de ontvankelijkheidscriteria ervan, moet het rechtsmiddel toegankelijk zijn en mogen de kosten ervan dus niet excessief zijn, mag het niet onredelijk lang duren, en moet het ook voorzien in de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade in de vorm van *anxiety, inconvenience and uncertainty*. Algemeen wordt aangenomen dat het Nederlandse stelsel aan deze eisen voldoet.¹⁵ Volgens ons stelsel wordt de compensatie voor de overschrijding van de redelijke termijn in zaken, waarin een besluit dat kwalificeert als een *criminal charge* ter beoordeling staat – in de praktijk betreft dat steeds bestuurlijke boetes – gevonden in een reductie van de boete. In alle andere zaken kan de bestuursrechter de rechtspersoon waartoe het orgaan behoort dat de termijn heeft overschreden,¹⁶ veroordelen tot schadevergoeding, waarbij als uitgangspunt geldt dat, behoudens bijzonder omstandigheden, wordt verondersteld dat de belanghebbende door die overtreding immateriële schade

11 De keuze voor twee jaar is gebaseerd op een analyse van Feteris van de EHRM-rechtspraak in zijn noot onder HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7630, in *BNB* 2005/338, en lijkt ook mij verdedigbaar.

12 Onder meer EHRM 23 april 1987, Series A, no. 117 (Erker & Hofauer).

13 EHRM 27 juni 2000, nr. 32842/96 (Nuutinen).

14 Vgl. onder meer EHRM 10 november 2004, *AB* 2005/257 (Pizatti I); EHRM 29 maart 2006, ECLI:XX:2006:AW8901 (Scordino), EHRM 29 maart 2006, nr. 62361/00 (Pizatti II). Zie voor een samenvatting van de eisen, A.M.L. Jansen & D.W.M. Wenders 2006, a.w., p. 1107-1117.

15 Aldus bijv. P. van Dijk 2009, a.w., en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik a.w. 2016, nr. 26.

16 Voor schendingen van de redelijke termijn door de rechters is dat de Staat der Nederlanden, voor schendingen van de redelijke termijn in de bezwaarprocedure door bestuursorganen kan dat ook een decentrale rechtspersoon zijn.

heeft geleden in de vorm van spanning en frustratie. De omstandigheid dat het beroep (voor het overige) niet gegrond is, staat aan de toekenning van die schadevergoeding niet in de weg. Voor de hoogte van de vergoeding wordt een tarief gehanteerd van 500 EUR per half jaar waarmee de termijn is overschreden, waarbij het totaal van de overschrijding naar boven wordt afgerond.

Alle bestuursrechters zijn van oordeel dat bij de beoordeling van de vraag of in de nationale procedure sprake is van een overschrijding van de redelijke termijn de tijd die gemoeid is geweest met het afwachten van een prejudiciële beslissing van het Hof buiten beschouwing blijft.¹⁷ Dat geldt zowel voor zaken waarin de prejudiciële vraag is gesteld, als voor zaken die zijn aangehouden in afwachting van de beantwoording van prejudiciële vragen die in een andere zaak zijn gesteld maar relevant zijn voor de (aangehouden) zaken, althans indien het afwachten van die beslissing ‘redelijk’ is. In de eerstbedoelde zaken vangt de buiten beschouwing te laten termijn aan op de dag na verzending van de verwijzingsuitspraak door de nationale rechter. In zaken die zijn aangehouden wegens de in een andere zaak verwezen vragen, vangt de buiten beschouwing te laten periode niet eerder aan dan het moment dat de aanhoudende rechter partijen schriftelijk in kennis heeft gesteld van zijn beslissing om de zaak om die reden aan te houden. In beide gevallen eindigt de buiten beschouwing te laten termijn op de dag van openbaarmaking van de prejudiciële beslissing door het Hof.

3. ARGUMENTEN OM PREJUDICIËLE PROCEDURE NIET MEE TE TELLEN

Als argument om de uitsluiting van de duur van de prejudiciële procedure te rechtvaardigen verwijzen alle bestuursrechters in de eerste plaats naar de al genoemde uitspraak van het EHRM in de zaak *Pafitis* (1998). In die zaak overwoog het EHRM dat ‘*the Court*’ bij het bepalen van de relevante nationale termijn de duur van een de prejudiciële procedure niet in beschouwing kan nemen omdat dat ‘*would adversely affect the system instituted by Article 177 of the EEC Treaty [thans 267 VWEU] and work against the aim pursued in substance in that article.*’¹⁸ Het EHRM geeft niet aan waarom het meetellen van de duur van de prejudiciële procedure bij de nationale termijn het systeem van prejudiciële vragen negatief zou beïnvloeden, maar vermoedelijk is van belang dat een ander standpunt ertoe zou kunnen leiden dat de nationale rechter, om overschrijdingen van de redelijke termijn te voorkomen, afziet van prejudiciële verwijzingen in gevallen waarin dat op grond van artikel 267 VWEU wel noodzakelijk is. In dat geval zou inderdaad ‘*the aim pursued in substance*’ van

¹⁷ Zie voor het navolgende ABRvS 29 januari 2014 (Grote Kamer), ECLI:NL:RVS:2014:188.

¹⁸ EHRM 26 februari 1998, nr. 163/1996 (*Pafitis*), punt 95.

de prejudiciële procedure – het verzekeren van een uniforme toepassing van het Unierecht – in gevaar kunnen komen. Een bijkomend argument om de prejudiciële procedure niet mee te tellen bij de nationale procedure, is volgens het EHRM dat de prejudiciële procedure buiten de *jurisdiction* van de nationale rechter valt en de nationale rechter ook geen mogelijkheid heeft om invloed uit te oefenen op de lengte ervan.¹⁹ Bovendien – voeg ik daaraan toe – heeft hij evenmin inzicht in de bij het Hof gevoerde procedure en kan hij daarom niet beoordelen of deze procedure, gelet op factoren als de complexiteit van de zaak of het gedrag van partijen, al dan niet binnen een redelijke termijn is afgerond. De zaak *Pafitis* dateert van 1998 en is dus gewezen twee jaar voordat het Hof in de zaak *Kudla* in 2000 oordeelde dat de lidstaten in verband met de schending van de redelijke termijn moeten voorzien in een effectief rechtsmiddel. De zaak *Pafitis* is na 2000 echter twee maal bevestigd, in de zaak *Koua Porez* (2003) en de zaak *Mathy* (2006).²⁰ Kennelijk acht het EHRM het voor zijn oordeel niet van belang of tegen schendingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure een effectief rechtsmiddel openstaat.

Daarmee zijn we aangeland bij het tweede (aanvullende) argument waarmee het niet-meetellen van de prejudiciële procedure bij het bepalen van de redelijke termijn in de nationale procedure wordt gerechtvaardigd. Dit argument wordt alleen gehanteerd door de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) en lijkt geïnspireerd door de zaak *Kudla*, in die zin dat daarin wel van belang wordt geacht dat voor schendingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure een effectief rechtsmiddel bestaat. Hierna duid ik de CRvB-benadering daarom korthedshalve soms ook aan als ‘*Kudla*-benadering’. Volgens de rechtspraak van de CRvB, die is ingezet in 2012 en onlangs op 19 februari 2016 nog is bevestigd,²¹ zou, gelet op de rechtspraak van het Hof in de zaken *Der Grüne Punkt* en *Groupe Gascoigne*,²² de Unierechter een effectief rechtsmiddel tegen deze schending bieden, omdat bij de Unierechter in het geval van schending van het Unie-recht schadevergoeding kan worden gevorderd op de grond van artikel 268 en artikel 340, tweede alinea, VWEU. Dit zou zowel gelden voor zaken waarin de prejudiciële vraag is gesteld, als voor zaken die door de nationale rechter zijn aangehouden in afwachting van de beantwoording van prejudiciële vragen die in een andere zaak zijn gesteld en die relevant zijn voor die zaak.²³ Als de opvatting van de CRvB juist is, zou de leemte die in par. 1 voor schendingen van de redelijke termijn in de preju-

19 EHRM 26 februari 1998, nr. 163/1996 (*Pafitis*), punt 97.

20 EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98 (*Koua Poirrez*); EHRM 24 april 2008, nr. 12066/06 (*Mathy*).

21 CRvB 14 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY6202; CRvB 19 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:481.

22 HvJEG 16 juli 2009, zaak C-385/07, ECLI:EU:C:2009:456 (*Der Grüne Punkt*); HvJEU 26 november 2013, nr. C-58/12, ECLI:EU:C:2013:770 (*Groupe Gascoigne*).

23 De tweede situatie was aan de orde in CRvB 19 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:481.

diciële procedure is gesignaleerd, niet bestaan. Maar biedt de Unierechter dat effectieve rechtsmiddel? Daarop ga ik in de volgende paragraaf in.

4. BEIDE ARGUMENTEN GEWOGEN

Het Pafitis-argument

Op de op de zaak *Pafitis* gebaseerde opvatting kan men kritiek hebben.²⁴ Zij komt erop neer dat de tijd die gemoeid is met de prejudiciële procedure feitelijk voor rekening van de rechtszoekende burger komt en dat diens recht op berechting binnen de redelijke termijn moet wijken voor het belang van het functioneren van de prejudiciële procedure. Dit terwijl hij in beginsel geen enkele invloed heeft op de beslissing van de nationale rechter om prejudicieel te verwijzen en hij bij die verwijzing ook geen enkel belang hoeft te hebben. Tussen de *Pafitis*-regel en het uitgangspunt van *Kudla* bestaat ook een zekere spanning, ook al heeft het EHRM daarin geen reden gezien om op *Pafitis* terug te komen. Tegelijkertijd is de *Pafitis*-regel wel duidelijk en is hij vanuit de optiek van het EHRM begrijpelijk.

Daarbij is in de eerste plaats van belang dat het EHRM, zolang de Europese Unie geen partij is bij het EVRM,²⁵ niet bevoegd is om te oordelen over een overschrijding van de redelijke termijn door het Hof van Justitie en de eventuele Unieaansprakelijkheid hiervoor. Het EHRM kan daarom niet bepalen dat de Unie voor eventuele schade moet opdraaien. Het EVRM kan – in de tweede plaats – terugkomen op de zaak *Pafitis* en bepalen dat overschrijdingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure wel moeten worden toegerekend aan de lidstaat. Dit heeft echter niet alleen als mogelijk bezwaar dat nationale rechters waarschijnlijk zullen afzien van het stellen van prejudiciële vragen, maar maakt bovendien – zoals in par. 3 is aangegeven – die lidstaten aansprakelijk voor een schending van de redelijke termijn in een procedure buiten hun *jurisdiction*, waarop zij geen enkele invloed hebben en waarvan zij niet kunnen vaststellen of er voor de lange duur wellicht een rechtvaardiging bestaat. Een dergelijke *top down* oprekking van de staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het EVRM is volgens mij een brug te ver en staat haaks op de rechtspraak van het EHRM betreffende de staatsaansprakelijkheid voor

24 Zie voor deze kritiek reeds R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer 1999, p. 410-416, en in zijn noot onder de zaak *Pafitis*, in *SEW* 1998/5, p. 220.

25 Vanwege het negatieve advies van het Hof over de ontwerp-overeenkomst betreffende de toetreding van de EU tot het EVRM (Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454), zal deze situatie voorlopig niet veranderen.

EVRM-schendingen.²⁶ Kort en goed, over de *Pafitis*-regel kan men kritisch zijn, want hij is hard, maar hij is wel duidelijk en vanuit de optiek van het EHRM begrijpelijk.

De ‘Kudla-benadering’ van de CRvB

De benadering van de CRvB klinkt op zich sympathieker dan de harde *Pafitis*-benadering en houdt in elk geval in theorie het *Kudla*-vereiste van een effectief rechtsmiddel overeind. De vraag is echter of de door de CRvB aangewezen weg, het indienen van een schadeverzoek bij de Unierechter, werkelijk een effectief rechtsmiddel is. Bezieet men de rechtspraak van de Unierechter over de betreffende actie, dan is dat volgens mij niet het geval. Hierna zal ik deze stelling nader onderbouwen, nadat ik eerst de door de CRvB bedoelde rechtsweg op hoofdlijnen heb geschetst.

Zoals de CRvB terecht constateert, heeft het Hof in de zaak *Groupe Gascogne* in het kader van een rechtstreeks beroep tegen een Uniebesluit gesteld dat een schadevordering tegen de Unie op grond van artikel 268 en artikel 340, tweede alinea, VWEU, een ‘doeltreffend en algemeen toepasselijk rechtsmiddel vormt om tegen de niet-inachtneming van de berechting van een zaak binnen een redelijke termijn op te komen.’²⁷ Voor de bestraffende mededingingsboete komt dit rechtsmiddel in de plaats van de verlaging van de boete, die door het Hof voorheen werd gehanteerd ter ‘bestrafing’ van een overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht en die door de Unierechter kon worden toegepast in dezelfde rechterlijke procedure waarin die boete inhoudelijk werd beoordeeld.²⁸ Thans moet een rechtszoekende voor het krijgen van schadevergoeding voor alle schendingen van de redelijke termijn door een Unierechter

26 Vgl. C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu uitgevers 2012, p. 33-68, waarin ik geen uitspraak heb aangetroffen, waarin het EHRM in een min of meer vergelijkbare situatie staatsaansprakelijkheid voor een EVRM-schending aanneemt.

27 HvJEU 26 november 2013, nr. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 (*Groupe Gascogne*). In HvJEG 16 juli 2009, zaak C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456 (*Der Grüne Punkt*) betrof het rechtsmiddel de overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht in een procedure over een niet-bestraffend besluit van de Commissie.

28 Vgl. voor de oude lijn, HvJEG 17 december 1998, zaak C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608 (*Baustahlgewebe*). De overschrijding van de redelijke termijn in de procedure van oplegging van een mededingingsboete kan, blijktens HvJEU 9 juni 2016, nr. C-608/13 P, ECLI:EU:C:2016:414 (*CEPSA*), ook niet meer leiden tot een verlaging van de boete. Wel kan zij dienen ter rechtvaardiging van de nietigverklaring van het boetebesluit, maar alleen als er tevens sprake is van schending van het recht van verdediging van de betrokken onderneming.

een aparte schadevergoedingsprocedure starten bij het Gerecht.²⁹ Dat geldt ook in het geval dat in een rechtstreekse beroepszaak hoger beroep is ingesteld bij het Hof en in die procedure wordt geklaagd over de lengte van de procedure bij het Gerecht. Wel spreekt het Hof zich dan, als de feiten duidelijk zijn, in de appelzaak uit over de vraag of het Gerecht in eerste aanleg de redelijke termijn heeft overschreden. Uit zijn uitspraken blijkt dat het Hof de redelijke termijn in elk geval geschonden acht als het Gerecht meer dan viereneenhalf jaar over een zaak heeft gedaan en er bovendien lange periodes van inactiviteit zijn geweest.³⁰ Over de kwestie of een eventuele schadevergoeding ook betrekking heeft op immateriële schade, is het Hof in de zaak *Groupe Gascogne* rijkelijk vaag. Het volstaat met een opdracht aan het Gerecht om met inachtneming van de ‘in de rechtsorden van de lidstaten toepasselijke algemene beginselen voor beroepen gebaseerd op vergelijkbare schendingen’, na te gaan of kan worden vastgesteld of zich behalve materiële schade ‘ook immateriële schade [heeft voorgedaan] die een partij mogelijk als gevolg van de termijnoverschrijding heeft geleden, die in voorkomend geval passend moet worden hersteld’. Een garantie dat het Gerecht ook immateriële schade als gevolg van de overschrijding zal vergoeden, biedt deze overweging niet.

Afgaande op de bij het Gerecht aanhangige zaken, heeft van alle mij bekende zaken waarin het Hof al had geoordeeld dat het Gerecht de redelijke termijn heeft overschreden,³¹ alleen de zaak *Kendrion* geleid tot de indiening van een schadevergoedingsverzoek bij het Gerecht, en wel op 26 juni 2014.³² Waarom dat niet is gebeurd in die andere zaken, weet ik niet. Wellicht zijn hun claims buitengerechtelijk afgedaan. In de beroepszaak van *Kendrion* hebben zich enkele procesincidenten voorgedaan, onder meer over de vraag door wie de Europese Unie in de zaak zou worden vertegenwoordigd, door de Commissie of door het Hof van Justitie.³³ In dit incident is zelfs (tussentijds) hoger beroep ingesteld bij het Hof. Tot een uitspraak daarin is het uiteindelijk niet gekomen,

29 Als het Gerecht de redelijke termijn in een eerdere zaak heeft geschonden, moet het Gerecht – aldus HvJEU 26 november 2013, nr. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 (*Groupe Gascogne*) – over deze claim beslissen ‘in een andere formatie dan die welke kennis heeft genomen van het geschil dat heeft geleid tot de procedure waarvan de duur wordt bekritiseerd’.

30 Zie HvJEU 26 november 2013, nr. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 (*Groupe Gascogne*), HvJEU 26 november 2013, nr. C-40/12 P, ECLI:EU:C:2013:768 (*Gascogne Sack Deutschland*); HvJEU 26 november 2013, nr. C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:771 (*Kendrion*); HvJEU 12 november 2014, nr. C-580/12 P, ECLI:EU:C:2014:2363 (*Guardian*); HvJEU 9 juni 2016, nr. C-608/13 P, ECLI:EU:C:2016:414 (CEPSA). In de zaak *Guardian* was de overschrijding 4 jaar en 7 maanden, in alle andere meer dan 5 jaar.

31 Ik doel op de in de vorige noot genoemde zaken.

32 Zaak T-497/14 – Verzoekschrift.

33 Dit is ook van belang voor de vraag uit welke begroting de schadevergoeding moet worden betaald, die van de Commissie of die van het Hof van Justitie.

omdat dat hoger beroep later weer is ingetrokken.³⁴ Hoewel het schadeverzoek ruim twee geleden is ingediend, is het verzoek zelf, voor zover ik kan nagaan, nog niet ter zitting behandeld. Voordat in de zaak uitspraak zal worden gedaan, zijn we vermoedelijk nog twee jaar verder. Daarna sluit ik hoger beroep niet uit.

Na dit korte overzicht van de rechtspraak van het Hof over schadeacties wegens de overschrijding van de redelijke termijn door de Unierechter, kom ik terug op de vraag of deze procedure een effectief rechtsmiddel is voor de overschrijding van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure. Bezie men de eisen die het EHRM aan een effectief rechtsmiddel stelt (par. 2), dan kan ik niet anders concluderen dan dat deze rechtsweg, in elk geval voorlopig, niet als zodanig kwalificeert.³⁵ Daarbij acht ik het niet doorslaggevend, dat – zoals het EHRM overigens wel eist – er nog geen jurisprudentie van het Hof bestaat waarin met zoveel woorden wordt erkend dat de schadevergoedingsweg ook openstaat voor schendingen van de redelijke termijn door het Hof in de prejudiciële procedure. Het Hof heeft deze weg immers aangemerkt als een ‘algemeen toepasselijk rechtsmiddel’ om tegen deze schendingen op te komen. Daaronder valt in beginsel ook de schending van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure (althans – ik kom daarop hierna terug – voor hen van wie de zaak is aangehouden omdat in hun zaak een prejudiciële vraag is gesteld). Wel is onzeker of in de procedure bij het Gerecht ook immateriële schade zal worden vergoed en welke tarieven in dat geval zullen gelden en duurt de procedure – gelet op de zaak van *Kendrion* – vooralsnog onredelijk lang. Bovendien zijn vanwege de verplichte procesvertegenwoordiging en de vele formaliteiten aan de aparte schadevergoedingsprocedure hoge kosten verbonden en is het zeer de vraag of de (onzekere) opbrengsten van de procedure daartegen zullen opwegen. Dat zou in elk geval niet het geval zijn, als het Gerecht, mocht het de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding al erkennen, voor overschrijdingen van de redelijke termijn vergoedingen zou hanteren die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse vergoeding van 500 EUR per half jaar overschrijding. Kortom, over de toegankelijkheid en daadwerkelijke effectiviteit van de schadevergoedingsweg bestaan vooralsnog te veel onzekerheid om die weg, in het licht van de eisen van het EHRM, als een effectief rechtsmiddel aan te merken. Aan dit oordeel doet niet af dat diverse onzekerheden betreffende de rechtsweg op enig moment door de Unierechter zullen worden verduidelijkt en wellicht zelfs op een EVRM-conforme wijze. Dat ‘enig moment’ kan echter, gelet op de traagheid van de Unierechtelijke

34 Beschikking van de Vicepresident van het Hof 18 december 2015, nr. C-71/15P, ECLI:EU:C:2015:857 (Hof van Justitie van de EU v. *Kendrion*).

35 Zie voor een deel van deze analyse reeds mijn noot onder HvJEU 26 november 2013, nr. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 (Groupe Gascogne), in *AB* 2014/63.

rechtsontwikkeling op het vlak van de redelijke termijn, in een verre toekomst liggen. Tot dat moment staat mijn oordeel overeind.

Hiervoor heb ik aangegeven dat voor hen van wie de zaak is aangehouden, omdat in hun zaak een prejudiciële vraag is gesteld, de mogelijkheid bestaat, althans in theorie, om in verband met een schending van de redelijke termijn door het Hof een schadeclaim in te dienen bij het Unierechter. Als de zaak door de nationale rechter is aangehouden in afwachting van de beantwoording van prejudiciële vragen die in een andere zaak zijn gesteld, maar relevant zouden zijn voor de aangehouden zaak, biedt deze rechtsweg volgens mij zelfs theoretisch geen soelaas.³⁶ In dit verband is van belang dat het Hof in aansprakelijkheidskwesties in zaken van gedeeld gezag een strikte bevoegdheidsverdeling tussen de nationale en de Unierechter hanteert, waarbij het causaliteitscriterium bepalend is voor de bevoegdheid.³⁷ De nationale rechter is bevoegd te oordelen over de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van gebreken aan de nationale kant van de (gedeelde) gezagsuitoefening. De Unierechter oordeelt over de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van gebreken aan de Unierechtelijke kant en, bij hoge uitzondering, ook aan nationale kant, namelijk alleen als een nationale autoriteit zich heeft moeten beperken tot een mechanische, gebonden uitvoering van een Uniehandeling (die later onrechtmatig blijkt). In dat geval wordt die onrechtmatigheid toegerekend aan de Unie. Laat de Uniehandeling de nationale autoriteit echter enige beoordelingsruimte, dan is de lidstaat aansprakelijk voor het onrechtmatige gebruik daarvan. Deze strikte verdeling is mede ingegeven door de omstandigheid, dat de Unierechter niet bevoegd is om te oordelen over de rechtmatigheid van nationale handelingen.³⁸

Past men deze strikte bevoegdheidsverdeling analoog toe op de aansprakelijkheid voor schade die een burger leidt, nadat zijn zaak door de nationale rechter is aangehouden omdat de in een andere zaak verwezen prejudiciële vragen relevant zouden zijn voor zijn zaak, en in die prejudiciële procedure vervolgens de redelijke termijn is overschreden, dan acht ik het uitgesloten dat de Unierechter de Unie hiervoor aansprakelijk zal houden. Die schade is dan immers mede veroorzaakt door die aanhouding, een nationale beslissing die niet mechanisch voortvloeit uit de verwijzingsbeslissing in die andere zaak. Zij vergt immers een beoordeling van de vraag of de in die andere zaak ver-

36 Zie voor dit standpunt ook mijn conclusie van 23 oktober 2013, 201302106/2/A2, punt 4.8.

37 Dit stelsel vloeit voort uit onder meer HvJEG 12 december 1985, nr. 165/84, ECLI:EU:C:1985:507 (Krohn); HvJEG 27 september 1988, nr. 106 t/m 120/87, ECLI:EU:C:1988:457 (Asteris); HvJEG 27 januari 2000, nr. C-104/89 en C-37/90, ECLI:EU:C:2000:38 (Mulder). Zie ook Jans e.a., a.w. 2011, p. 266-267.

38 HvJEG, nr. C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491.

wezen vragen werkelijk relevant zijn voor de aangehouden zaak. Bovendien, als die relevantie al vaststaat, betekent dat nog niet automatisch dat die zaak moet worden aangehouden. In de praktijk wordt in dat geval ook meegewogen of het niet-aanhouden van de zaak onomkeerbare gevolgen kan hebben.³⁹ Aldus is de beoordeling door de Unierechter van een schadeclaim wegens de overschrijding van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure pas mogelijk als deze rechter eerst heeft bepaald of die aanhouding gerechtvaardigd was. Tot deze beoordeling van de nationale aanhouding is de Unierechter, als gezegd, niet bevoegd.

Kort en goed, naar mijn opvatting biedt – anders dan de CRvB stelt – het beroep tot schadevergoeding op de Unierechter geen effectief rechtsmiddel tegen schendingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure. Voor zaken waarin de prejudiciële verwijzing heeft plaatsgevonden niet, omdat over allerlei essentiële aspecten van die procedure te veel onduidelijkheid bestaat om dat beroep volgens de criteria van het EHRM als ‘effectief’ aan te merken. Voor zaken die zijn aangehouden omdat in andere zaak prejudiciële vragen zijn gesteld niet, omdat de Unierechter in dat geval niet bevoegd is om over de schadeclaim te oordelen.

5. DE NATIONALE BESTUURSRECHTER AAN ZET

Hoe nu verder? Volgens mij kan de bestuursrechter kiezen voor een defensieve of meer activistische koers. In de eerste koers, waarmee ik goed kan leven,⁴⁰ blijft hij zich beroepen op de hard *Pafitis*-regel, ook al betekent die regel dat een burger geen compensatie krijgt voor eventuele schendingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure. De regel is verdedigbaar, duidelijk en vanuit de optiek van het EHRM begrijpelijk (par. 4). Dat de regel op gespannen voet staat met het *Kudla*-vereiste dat voor schendingen van de redelijke termijn moet worden voorzien in een effectief rechtsmiddel neemt men, met het EHRM, voor lief.

Acht de Nederlandse bestuursrechter het wenselijk dat de burger beschikt over een effectief rechtsmiddel bij schendingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure, dan moet hij hem niet ‘afschepen’ met de schadevergoedingsweg bij de Unierechter. Deze weg is deels onbegaanbaar en deels niet daadwerkelijk effectief (par. 4). Wat hij wel kan doen, is kiezen voor een meer activistische koers en zelf de verantwoordelijkheid voor de redelijke termijn van de prejudiciële procedure nemen door deze te verdisconteren in de

³⁹ Vgl. hierover, Jans e.a., a.w. 2011, p. 319-320.

⁴⁰ Aldus ook al de conclusie van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586, punten 4.3 t/m 4.9.

nationale beoordeling van de redelijke termijn van de totale procedure. Deze gedachte is minder gek dan het lijkt, omdat de prejudiciële procedure een procesincident is in de nationale procedure. Zij is volgens mij ook niet strijdig met de zaak *Pafitis*, omdat het EHRM in die zaak slechts stelt dat ‘*the Court*’ zelf de procesduur van de prejudiciële procedure niet in de beoordeling kan betrekken (par. 3). Daarmee is niet gezegd dat een nationale rechter, die wat betreft de bescherming van EVRM-rechten verder mag gaan dan het EVRM-niveau, dat niet op eigen gezag zou mogen. Wel is het verstandig om daarbij de argumenten voor de *Pafitis*-regel – en daarmee de mogelijk bezwaren tegen het ‘vrijwillig’ in de nationale procedure meenemen van de prejudiciële procedure (het gevaar van niet-verwijzing, geen invloed op en inzicht in de voortgang bij het Hof, zie par. 3) – in ogenschouw te nemen.

Volgens mij vallen de zojuist genoemde bezwaren in belangrijke mate weg als de bestuursrechter, mocht hij beslissen dat de lengte van de prejudiciële procedure voor wat betreft de redelijke termijn wel ‘meetelt’ in de nationale procedure, voor die procedure een standaardtermijn vaststelt. Dat is in lijn met de benadering van de nationale instanties binnen een rechterlijke procedure, waarvoor de bestuursrechters dergelijke termijnen ook hebben geformuleerd (par. 2). Gelet op die termijnen, ligt ook voor de prejudiciële procedure een standaardtermijn van twee jaar in de rede. Dat lijkt mij, gegeven de complexiteit van prejudiciële procedure met vaak diverse interveniënten en de noodzaak van vertalingen, zeker niet te lang en is bovendien realistisch. De gemiddelde behandelingsduur van prejudiciële zaken door het Hof ligt, volgens de gerechtelijke statistieken van het Hof, immers al enige jaren op ongeveer 16 maanden.⁴¹ Daarbij wordt de grote meerderheid van zaken ruim binnen twee jaar afgedaan en is er slechts in enkele zaken, die voor Nederland lang niet altijd van belang zijn, een uitschieter naar boven.⁴² Omdat het aansprakelijkheidsrisico daarom beperkt is, verwacht ik niet dat Nederlandse bestuursrechters vanwege dat risico minder prejudiciële vragen zullen verwijzen. Dat de Staat der Nederlanden in die weinig zaken moet opdraaien voor schadevergoeding wegens de overschrijding van de redelijke termijn in een procedure waarop hij geen enkele invloed heeft, lijkt mij overkomelijk. Daarbij is niet zonder belang dat de hier gesuggereerde optie ook een belangrijk voordeel heeft, namelijk dat burgers die worden geconfronteerd met een incidentele uitschieter van het Hof niet langer met lege handen staan.

41 De gerechtelijke statistieken van het Hof van Justitie van de EU zijn te vinden op <http://curia.europa.eu>.

42 Een al wat ouder voorbeeld van een zaak, waarin de beantwoording van de prejudiciële vraag meer dan drie jaar duurde, biedt HvJEG 17 september, nr. C-242/06, ECLI:EU:C:2009:554 (Sahin). Die zaak speelde een belangrijke rol in de zaak waarin ik de conclusie van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586, nam.

Kort en goed, de mogelijke oplossing voor het ontbreken van een rechtsmiddel bij schendingen bij de redelijke termijn in de prejudiciële procedure komt niet uit Straatsburg en vooralsnog evenmin uit Luxemburg, maar kan van de Nederlandse bestuursrechter zelf komen. Of hij die oplossing ook wil bieden, is aan hem.

6. SLOT

In deze bijdrage is ingegaan op de vaste rechtspraak van de nationale bestuursrechters dat de lengte van de prejudiciële procedure bij het bepalen van de redelijke termijn van de nationale procedure buiten beschouwing wordt gelaten. Daarbij zijn vragen aan de orde gekomen als: bestaan voor die rechtspraak goede argumenten? Hoe verhoudt zij zich tot de *Kudla*-eis van het EHRM dat in verband met schendingen van de redelijke termijn moet worden voorzien in een effectief rechtsmiddel? En, bestaan er redenen om die rechtspraak te veranderen?

Het antwoord op deze vragen is uiteindelijk vrij eenvoudig. De bestuursrechters kunnen kiezen tussen twee opties, een defensieve of een meer activistische. In de defensieve optie handhaven zij de harde, maar door het EHRM toegestane en in elk geval duidelijke, lijn van de zaak *Pafitis* en leggen zich erbij neer dat voor overschrijdingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure geen effectief rechtsmiddel bestaat. In de meer activistische optie doen zij recht aan de *Kudla*-eis, maar dan moeten ze wel zelf op nationaal niveau voorzien in een effectief rechtsmiddel dat betrekking heeft schendingen van de redelijke termijn in de prejudiciële procedure. Dat is niet in strijd met de zaak *Pafitis* en heeft ook overigens geen bezwaren als zij tegelijkertijd voor de afdoening van de prejudiciële procedure een standaard redelijke termijn van twee jaar vaststellen. De rechtsweg in Luxemburg biedt in elk geval (voorlopig) geen effectief rechtsmiddel voor deze schendingen.

TE VEEL BALLEEN IN DE LUCHT? DE AFDELING TUSSEN EFFECTIVITEIT EN RECHTSBESCHERMING BIJ TOETSING EUROPEES STAATSSTEUNRECHT

Tim de Graaff

1. INLEIDING

Naar aanleiding van *Martiniplaza*, een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling), is in het juridisch-wetenschappelijke discours veel kritiek geuit op de toetsing van de Nederlandse bestuursrechter aan het Europees staatssteunrecht. Deze kritiek richtte zich op de terughoudendheid bij de nationale bestuursrechter zich inhoudelijk uit te spreken over de zaak en het in plaats daarvan op procedurele gronden afdoen. Dit leidt onvermijdelijk tot de vraag of de effectieve rechtsbescherming van rechtzoekenden daaronder te lijden heeft. Tien jaar later kwam een tweede uitspraak van de Afdeling over staatssteunrecht, *Ridderstee*, op soortgelijke kritiek te staan, waarmee het debat nog altijd niet tot een bevredigend einde lijkt te zijn gebracht. Wellicht dat de Afdeling in het kader van de toetsing aan staatssteunrecht een actievere houding moet aannemen.

In de zaak *Martiniplaza* had het bestuursorgaan nagelaten de Europese Commissie te informeren over eventuele verenigbaarheid van de subsidie voor het project *Martiniplaza* met Europees staatssteunrecht. In plaats van de materiële toets zelf uit te voeren, vernietigde de Afdeling het besluit op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel. Het bestuursorgaan, zo beargumenteerde de Afdeling, had dit beginsel geschonden door zich niet te vergewissen of de subsidie onder de aanmeldingsverplichting viel. Op deze manier kon de Afdeling de lastige materiële toets of er sprake is van staatssteun omzeilen en de casus afdoen op procedurele gronden via het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit had tot gevolg dat (twee keer) belanghebbenden (zijnde concurrenten) niet hun aan het EU recht ontleende rechten (geen staatssteun voor hun concurrent) konden afdwingen via de rechter. Ongeacht de eventuele onrechtmatigheid van de steun kreeg het bestuursorgaan een herkansing om de steun alsnog goed te laten keuren door de Europese Commissie en bleef de concurrent met lege handen achter. Dit zou kunnen suggereren dat het bestuursorgaan

nog enige ruimte kreeg om inhoudelijk hetzelfde besluit te nemen.¹ Ondanks dat deze uitspraak op kritiek kwam te staan, lijkt de Afdeling vast te houden aan de aanpak om de bal bij het bestuursorgaan en de Europese Commissie te leggen. Dat blijkt uit de recentere, en minstens zo bekritiseerde zaak, *Ridderstee*. Deze zaak laat zich deels uitleggen langs dezelfde lijnen als *Martiniplaza*. Indien men zekerheid wenst omtrent de verenigbaarheid van de maatregel met Europees staatssteunrecht, dan dient het bestuursorgaan zich te wenden tot de Europese Commissie en is de taak voor de nationale rechter dienaangaande beperkt. En ook dit keer was de strekking van de kritiek hetzelfde. Zo bezien lijkt het alsof de Afdeling zich weinig van die kritiek heeft aangetrokken.

Deze problematiek voert terug op de aparte plaats die het Europees staatssteunrecht inneemt het algemene stelsel van Europees recht. De beginselen van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming vereisen dat de nationale rechter de effectieve doorwerking van het Europese recht garandeert én dat hij er zorg voor draagt dat particulieren hun Europese rechten effectief te gelde kunnen maken. Deze algemene regel wordt in het staatssteunrecht gecompliceerd doordat niet de nationale rechter, maar de Europese Commissie uiteindelijk oordeelt of staatssteun verenigbaar is met de interne markt. De nationale rechter mag slechts vaststellen of er sprake is van staatssteun en welke vervolgstappen er in de procedure genomen dienen te worden. De Nederlandse bestuursrechter ziet zich aldus geconfronteerd met een ongewoon juridisch stelsel waarin hij wel geacht wordt effectiviteit en effectieve rechtsbescherming te waarborgen. In deze bijdrage zal ik de vraag trachten te beantwoorden of de Nederlandse bestuursrechter bij de toepassing van Europees Staatssteunrecht voldoende effectieve rechtsbescherming biedt.

Staatssteunprocedures kunnen verschillende vraagstukken bevatten waarbij effectieve rechtsbescherming een rol speelt. Bijvoorbeeld wanneer een appellant als belanghebbende kan worden aangemerkt of hoe eventuele terugvordering dient te worden vormgegeven. In deze bijdrage zal ik mij concentreren op de mate van inhoudelijke toetsing van de materiële rechtsvraag of er sprake is van onverenigbare staatssteun. Precies de vraag die de Afdeling in *Martiniplaza* en *Ridderstee* leek te omzeilen.

Deze bijdrage is opgesplitst in twee delen. Het eerste deel zal ik wijden aan het schetsen van een kader van de relevante regelgeving en leerstukken. In de eerste paragraaf zal ik daarom de Europese Staatssteunregelgeving bespreken, met in het bijzonder de rol van de nationale rechter daarin en de verschillende procedurele mogelijkheden die tot zijn beschikking staan. In de

1 J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 22.

tweede paragraaf zal ik een kort overzicht geven van de algemene principes en leerstukken rondom het concept van effectieve rechtsbescherming en de verhouding met het beginsel van effectiviteit. In het tweede deel zal ik de actuele Nederlandse bestuursrechtspraak betreffende staatssteun analyseren en zal ik de verschillende benaderingen van de Nederlandse bestuursrechter expliciteren. Ik zal mij daarbij richten op rechtspraak die tot discussie heeft geleid. Tot slot zal ik de implicaties van deze benaderingen voor het leerstuk van effectieve rechtsbescherming bespreken en de in deze bijdrage centraal gestelde vraag beantwoorden.

2. DE TWEE KADERS VAN DE AFDELING UITEENGEZET; STAATSSTEUNRECHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

2.1. Juridisch Kader Staatssteunrecht

De nationale rechter heeft in het staatssteunrecht een andere rol dan gebruikelijk is binnen in het stelsel van Europees recht. Normaal gesproken dient de nationale rechter in zijn rol als gemeenschapsrechter zelfstandig te beoordelen of het Europees recht van kracht is en vervolgens of nationaal recht terzijde geschoven dient te worden ten gunste van de Europese regels. In het staatssteunrecht is de rol van de gemeenschapsrechter aanzienlijk beperkter, hetgeen met name verklaard kan worden door de prominente rol die de Europese Commissie inneemt in dit bestel. Het is de Commissie en niet de rechter die officieel en – wellicht belangrijker – in de praktijk het laatste woord heeft in staatssteunzaken. In deze paragraaf zal ik de rol van nationale rechter toelichten aan de hand van de toepasselijke Europese regelgeving. Daarbij zal ik ingaan op de competenties van de rechter, alsook de procedurele mogelijkheden die de nationale rechter tot zijn beschikking heeft. Daarnaast zal ik ook ingaan op de materiële toets die de nationale rechter moet maken. Dit zal ik doen aan de hand van zowel de regelgeving in de vorm van het Werkingsverdrag en de pakketten van de Commissie als de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

2.1.1. *Regelgeving*

Het primaat van de Commissie vindt zijn grondslag in het feit dat alleen de Commissie mag beoordelen of steunmaatregelen verenigbaar zijn met de interne markt, zij mag slechts vaststellen of er sprake is van steunmaatregelen. De nationale rechter mag die finale toets niet uitvoeren zoals wordt uitgedrukt in artikel 108 lid 3 VWEU. Om de rol van de nationale rechter te versterken heeft de Commissie in 2009 in zijn mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties gesteld dat nationale autoriteiten een zwaardere rol moeten krijgen bij de handhaving van staats-

steunrecht.² Artikel 108 lid 3 VWEU vormt de grondslag van deze verzwaarde rol voor nationale rechters. Dit artikel behelst de zogeheten *standstill* bepaling, die voorschrijft dat Commissie van elk voornemen tot steunmaatregelen op de hoogte wordt gebracht en dat de lidstaat deze niet tot uitvoering mag brengen totdat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen. Met name bij de handhaving van deze bepaling is een rol weggelegd voor de nationale rechter. De nationale rechter dient te beoordelen of maatregelen steunmaatregelen zijn en derhalve hadden moeten aangemeld en dus tot *standstill* gebracht hadden moeten worden. Artikel 108 VWEU biedt de regeling voor de procedure ter handhaving van het staatssteunverbod uit artikel 107 VWEU. Uit artikel 108 VWEU blijkt het primaat van de Europese Commissie bij de handhaving en controle van het Europese staatssteunbeleid. Lid 1 stelt dat de Commissie tezamen met de lidstaten steunmaatregelen onderzoekt. Lid 2 biedt de Commissie de bevoegdheid om vast te stellen dat een steunmaatregelen onverenigbaar is met de interne markt. Lid 3, tot slot, houdt de *standstill* bepaling in. De Europese wetgever, noch de Nederlandse wetgever heeft tot nu initiatief ondernomen om 108 lid 3 VWEU te voorzien van aanvullende procedurele wetgeving, zoals bijvoorbeeld het geval is bij mededingingsrecht waarin er een heldere taakverdeling bestaat tussen nationale en Europese toezichthouders. Daarom wordt een beroep op dit artikel bepaald door ‘normaal’ nationaal recht dat onderhevig is aan de *Rewe*-beginselen en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.³

Deze toets is aanzienlijk substantiëler dan op het eerste gezicht blijkt. Dit kenmerkt zich door het feit dat artikel 108 lid 3 VWEU van de nationale rechter verlangt dat hij vaststelt of er sprake is van steunmaatregelen in de zin van artikel 107 VWEU en houdt daarmee een substantiële materiële toets in. Om dat te begrijpen is het nodig artikel 107 VWEU nader te bekijken. Artikel 107 lid 1 VWEU luidt:

‘Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

2 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, PbEU2009, C 85/01.

3 R.J.M. van den Tweel, ‘Staatssteun en de Nederlandse rechter’, *SEW* November 2015, p. 554.

Alle elementen uit deze bepalingen dienen ruim te worden opgevat.⁴ Dat betekent dat ‘staatsmiddelen’ niet uit een directe subsidie hoeft te bestaan en dat ‘ondernemingen’ ook stichtingen of verenigingen zonder winstoogmerk kunnen zijn. Met name het criterium dat het tussenstaatse handel beïnvloedt blijkt bijzonder problematisch om adequaat vast te stellen.⁵ Het Hof van Justitie heeft inmiddels als maatstaf ‘of het al dan niet kan worden uitgesloten dat tussenstaatse handel beïnvloed wordt’, terwijl de Commissie als maatstaf ‘minder dan marginale invloed’ hanteert.⁶ Het moge duidelijk zijn dat artikel 107 VWEU geen vanzelfsprekende juridische toets vormt voor een rechter, maar een substantiële economisch-juridische toets vereist. Voordat de nationale rechter toekomt aan het toepassen van de *standstill* bepaling van 108 lid 3 VWEU, dient hij bovenstaande toets uit te voeren. Naast deze algemene regel van artikel 107 VWEU heeft de Commissie in de loop der jaren verschillende pakketten met uitzonderingen ontwikkeld. Deze uitzonderingen zijn ingegeven door de nieuwe beleidsdoelstellingen van de Commissie. Volgens de beleidsvisie ‘Europa 2020’ wordt een keuze gemaakt voor sociale markteconomie met slimme, duurzame en inclusieve groei. Hiertoe behoort ook een efficiënt staatssteunbeleid.⁷ De bekendste uitzondering is de zogenaamde ‘de-minimis’ uitzondering, die steunmaatregelen onder een bepaald bedrag over een bepaalde periode categorisch toestaat. Daarnaast biedt de Algemene Groepsvrijstelling verordening algemene uitzondering voor steunmaatregelen in bepaalde economische sectoren. De nationale rechter dient dus bij de toetsing van de *standstill*-bepaling na te gaan of een bepaalde vorm van overheidsfinanciering een steunmaatregel oplevert. Dit kan ofwel doordat het aan de generale vereisten van 107 VWEU voldoet ofwel niet onder één van de vele uitzonderingsregelingen valt. Mocht er sprake zijn van een steunmaatregel, dan dient de rechter de *standstill*-bepaling toe te passen en dient de Commissie te worden geïnformeerd of deze steunmaatregel toch verenigbaar is met de interne markt.

2.1.2. Hulplijnen

Bij het toepassen van deze niet eenvoudige toets staat de nationale rechter een aantal procedurele opties ter beschikking.

De eerste, en niet noodzakelijke de meest gangbare, is het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie op basis van 267 VWEU.

4 C. Romariz, ‘Revisiting the material selectivity in EU state aid law – Or “The Ghost of yet-to-come”’, *EStAL* 1 2014, p. 39.

5 C.T. Dekker, ‘Staatssteun en tussenstaatse handel: bijbuigen van een criterium om werklast te verminderen’, *M&M* 2015 nr. 5, p. 172.

6 *Idem*, p. 176.

7 B. Hessel, ‘De staatssteunregels als beleidskansen voor overheden’, in: B. Hessel en M.G.J. van der Velden (red.), *De Europese Staatssteunregels, Wetseditie Ars Aequi*, Nijmegen: Ars Aequi 2015, p. 9.

De mededeling van de Commissie in 2009 had tot doel ‘samenwerking met de nationale rechterlijke instanties te versterken door de invoering van praktijkgerichte hulpmiddelen om de nationale rechters in hun dagelijks werk bij te staan.’⁸ Het belangrijkste hulpmiddel daarvoor is de mogelijkheid voor nationale rechters om de Commissie om een informeel advies te vragen omtrent de toepassing van staatssteunregels tijdens de aanhangige procedure. Dit advies kan zowel toezien op economische als juridische vraagstukken. Als voornaamste kwestie waarvoor advies ingewonnen kan worden geeft de mededeling de toetsing van 107 VWEU en de eventuele toepassing van groepsvrijstellingen.⁹

De laatste mogelijkheid die in het bijzonder aan de bestuursrechter is voorbehouden komt voort uit het nationale recht. Zoals uit de hierboven besproken regelgeving duidelijk werd, neemt de melding bij de Europese Commissie een belangrijke rol in in de staatssteunprocedure. Indien bestuursorganen onzeker zijn over mogelijke verenigbaarheid van hun steunmaatregel moeten zij de beoogde maatregel ter goedkeuring aan de Commissie voorleggen. De bestuursrechter kan ook stellen dat door het niet-melden het bestuursorgaan het beginsel van zorgvuldige besluitvorming heeft geschonden. Daarop kan de rechter het bestreden besluit waarop een mogelijke steunverlening op toeziet vernietigen en het bestuursorgaan opdragen het besluit voor de steunmaatregel voor te leggen aan de Europese Commissie. Hierop is veel kritiek geweest en zal verderop in deze bijdrage besproken worden.

2.2. Jurisprudentie

Naast deze legislatieve initiatieven van de Commissie heeft ook het Hof van Justitie verschillende uitspraken gedaan die de verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie nader hebben geëxpliciteerd. Hieronder zal ik deze bespreken.

*Lucchini*¹⁰

In deze zaak met een nogal specifiek feitencomplex oordeelde het Hof dat de onaantastbaarheid van het nationale gezag van het gewijsde zoals dat in *Kuhne & Heitz* wel bevestigd was, niet altijd op gaat. In casu oordeelde een Italiaanse rechter direct en in afwijking van het oordeel van de Commissie over de onverenigbaarheid van uitgekeerde staatssteun. Een dermate grote schending van Europees staatssteunrecht rechtvaardigde volgens het Hof een aantasting

8 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, PbEU2009, C 85/01, punt 7.

9 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, PbEU2009, C 85/01, punten 89-91.

10 HvJEU 18 juli 2007, C-119/05, ECLI:NL:XX:2007:BB3764, AB 2007 362 (*Lucchini*), m.nt. Ortlep.

van het nationale gezag van gewijsde. Deze zaak is een goed voorbeeld van het belang dat het Hof aan de effectieve doorwerking van staatssteunregels hecht.

*CELF I*¹¹

In deze zaak vroeg het Conseil d'État het Hof of het toegestaan was een beslissing tot terugbetaling van onrechtmatige – niet aangemelde – staatssteun uit te stellen totdat de Commissie een definitief oordeel over de staatssteun zou hebben geveld. Gezien voorgaande positieve beslissing van de Commissie had het Conseil d'État gegronde redenen om aan te nemen dat het definitieve oordeel eveneens positief zou uitvallen. Het Hof besliste echter dat daarmee de rechten van de concurrerende partijen geschaad zouden worden en dat derhalve de nationale rechter geen voorlopige oordelen mocht vellen gedurende lopende procedures.

*Lufthansa/Flughafen Frankfurt*¹²

Ook deze zaak vormt een duidelijke voortzetting van de begrenzing van de bevoegdheden van nationale rechter in staatssteunprocedures. In deze uitspraak bepaalde het Hof dat nationale rechters de Europese Commissie dienen te volgen indien deze al uitlatingen over de zaak heeft gedaan. Zodra de Commissie zich officieel heeft gemengd in de procedure, wordt de nationale rechter geacht geen oordeel te vellen over de al dan niet verenigbaarheid van de steunmaatregel met artikel 107 VWEU. Rechters dienen in plaats daarvan de rechten van justitiabelen te waarborgen en dat de consequenties van schending van artikel 108 lid 3 VWEU worden getrokken. Indien rechters twijfelen over een schending van artikel 107 lid 1 VWEU, dienen zij krachtens artikel 267 VWEU een prejudiciële vraag te stellen in plaats van zelf te vast te stellen of de staatssteun verenigbaar is met Europese wetgeving.

3. RECHTSBESCHERMING

Voordat het mogelijk is staatssteunzaken van de Afdeling te toetsen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, is het nodig duidelijk de plaats van dit leerstuk binnen de doorwerking van het Europees recht in de nationale rechtsorde voor ogen te hebben. In deze paragraaf zal daartoe allereerst de plaats van het leerstuk binnen de doorwerking van Europees recht besproken worden. Daarbij zal met name ingegaan worden op het onderscheid tussen de beginselen van effectieve rechtsbescherming en het *Rewe*-beginsel van effectiviteit. Daarna zullen de verschillende facetten van effectieve rechtsbescherming besproken

11 HvJEU 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:NL:XX:2010:BL8192, NJ 2010/365 (*CELF*), m.nt. Mok.

12 HvJEU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:NL:XX:2013:242, AB 2014/113 (*Lufthansa/Frankfurt*), m.nt. Metselaar.

worden die van belang zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Tot slot zal er ook aandacht besteed worden aan het concept ‘de reflexwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel’ dat nauw samenhangt met effectieve rechtsbescherming in staatssteunzaken.

3.1. Plaatsbepaling

Het beginsel van nationale procedurele autonomie schrijft voor dat de bevoegdheid van nationale rechters in Unierechtelijke zaken en de toepasselijke procedures voortkomt uit het nationale recht van de lidstaten. Zoals reeds in de inleiding is besproken vormen effectieve rechtsbescherming samen met de *Rewe*-vereisten van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid de basis voor de doorwerking van Europees recht in nationale rechtsordes en vormen daarmee de begrenzing van deze procedurele autonomie. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is erkend in de zaak *Johnston*¹³ en vormt de ondergrens die nationale rechtsbescherming moet bieden. Het Hof van Justitie heeft het beginsel ‘gevonden’ in de nationale tradities van de lidstaten en het is eveneens gecodificeerd in de artikelen 6 en 13 EVRM. Deze artikelen zijn nu definitief bevestigd als onderdelen van Unierechtelijke rechtsorde met het aannemen van het Handvest van de Grondrechten van EU en de uitwerking daarvan in artikel 47 Hv. Het beginsel vereist dat particulieren hun Unierechten moeten kunnen afdwingen bij de nationale rechter. Ruime tijd was onduidelijk hoe deze twee verschillende componenten van Europese doorwerking, effectiviteit & gelijkwaardigheid en effectieve rechtsbescherming, zich tot elkaar verhielden.

Er leek enige tijd sprake van dat de beginselen van effectieve rechtsbescherming en de *Rewe*-beginselen één integrale toets vormden waarin als het ware de doeltreffendheid van de Europese regels voor effectieve rechtsbescherming werd afgewogen. Prechal en Widdershoven hebben inmiddels aangetoond, dat beide concepten als aparte toetsingskaders beschouwd moeten worden.¹⁴ Het beginsel van effectiviteit dient tot de effectieve toepassing van materieel Europees recht, terwijl het beginsel van effectieve rechtsbescherming verbonden is aan de fundamentele rechten zoals geformuleerd in artikel 6 EVRM.¹⁵ Zij onderscheiden daarbij een aantal verschillen tussen de twee beginselen. Bij de *Rewe*-toets wordt gesproken van een ‘milde’ toets, waarbij nationaal recht alleen buiten toepassing dient te worden gelaten voor zover het nationale recht het Europees recht onmogelijk maakt. Effectieve rechtsbescherming lijkt evenwel meeromvattend te zijn.¹⁶ Dit uit zich in de typering

13 HvJEG 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), para. 18 & 19.

14 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection’, *REALaw* 2011, p. 31-50.

15 Zie ook HvJEU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*).

16 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection’, *REALaw* 2011, p. 39-40.

dat het effectiviteitsbeginsel een negatief beginsel is – verbod van hinder – terwijl het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook een positieve verplichting behelst – het bieden van rechtsingang en grondige toetsing.¹⁷ Tot slot is er wel een correctie op deze ogenschijnlijk sterker verankerde effectieve rechtsbescherming mogelijk. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is namelijk niet absoluut. Het kan aan de kant geschoven worden indien het de effectieve doorwerking van Europees recht buitenproportioneel hindert.¹⁸

Dit kan met name relevant zijn bij staatssteunzaken waarbij de effectiviteit van staatssteunregelgeving een centrale rol speelt. Daarbij moet ook gewezen worden op de beleidsdoelstellingen van de Europese Commissie die de laatste jaren ook sterk geënt zijn op effectieve staatssteun en zeker niet alleen tot doel hebben alle vormen van staatssteun zo veel mogelijk te voorkomen zoals beschreven in de vorige paragraaf. De vele hervormingspakketten van de Commissie hebben juist gepoogd, zowel procedureel als materieel, niet-onrechtmatige staatssteun zo veel mogelijk te vergemakkelijken.

3.2. Toetsing

Centraal in deze bijdrage staat in hoeverre het beginsel van effectieve rechtsbescherming een nauwkeurige toetsing van de rechter vereist. De algemene regel was dat indien het Europese recht geen aanvullende eisen stelde dit onderzoek ingevuld mocht worden door de nationale procedurele autonomie en slechts onderhevig was aan de eisen van effectiviteit en gelijkwaardigheid. Inmiddels is deze algemene regel verscherpt door het aanvullende vereiste van effectieve rechtsbescherming.¹⁹ Zoals besproken in de vorige paragraaf heeft artikel 108 lid 3 VWEU directe werking in de Nederlandse rechtsorde. In geval van niet aangemelde steunmaatregelen moet de rechter dus de *standstill*-bepaling toepassen. Er zijn, echter, geen directe verordeningen of richtlijnen van toepassing die aanvullende eisen stellen aan de toetsing van artikel 108 lid 3 VWEU, en daarmee de beoordeling van de toets van artikel 107 VWEU. Wel is er de eerder besproken mededeling van de Commissie over de handhaving van staatssteunregels. Daarnaast zijn er ook de incidenteel aangevraagde adviezen van de Commissie over de verscheidene opmerkingen. Van den Brink en van Dam constateren dat deze Europese ‘beleidsregels’ weliswaar niet juridisch bindend kunnen zijn, maar volgens jurisprudentie van het Hof weldegelijk

17 *Idem*, p. 40-42.

18 *Idem*, p. 42.

19 R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, ‘Effective judicial protection’, in: J.H. Jans, S. Prechal & R.G.J.M. Widdershoven (red.), *The Europeanisation of Public law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, p. 400.

juridische effecten in de praktijk kunnen hebben. Bijvoorbeeld wanneer een rechter zich baseert op deze *soft law* om in de zaak te voorzien.²⁰

Vereist het beginsel van effectieve rechtsbescherming van de rechter zijn eigen feitenbeoordeling in de plaats van de feiten van het bestuur te plaatsen indien de feitenbeoordeling sterk samenhangt met de uitkomst van het besluit? In de zaak *Upjohn* besloot het Hof, indien het een ingewikkelde feitenvaststelling betreft, aanvankelijk van niet. Deze lijn werd vervolgens bevestigd door het Hof in de zaak *Arcor*. Ook nu beargumenteerde het Hof dat de complexe economische beoordelingen geen aanvullende rechterlijke controle behoefde. Het Hof stelde in beide zaken dat het beginsel van procedurele autonomie onderworpen is aan de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid. Volgens Widdershoven en Ortlep bleek uit beide zaken dat het Hof geen aanvullende eisen stelde aan de mate van toetsing van de gemeenschapsrechters.²¹ Schuurmans trekt dezelfde conclusie op basis van deze twee arresten en stelt vast dat de marginale toetsing van de Afdeling toelaatbaar is binnen het Europese stelsel van de procedurele autonomie.²² Saillant verschil met reguliere staatssteunzaken is dat in beide zaken de nationale rechter een besluit van een gespecialiseerde nationale toezichthouder moest beoordelen. Omdat zowel de nationale rechter als het bestuursorgaan geen vanzelfsprekende (technische) expertise op het gebied van staatssteun hebben kan deze zaak niet zonder meer analoog worden toegepast. Schuurmans waarschuwt er dan ook voor dat een te marginale toets door de gemeenschapsrechter er wellicht toe kan leiden dat de gemeenschapsrechter toepasselijk Europees recht over het hoofd ziet en de lidstaat vervolgens aansprakelijk gehouden kan worden.²³

Bovenstaande conclusies zijn echter gebaseerd op zaken van voor de tijd van de introductie van het beginsel van effectieve rechtsbescherming als kader voor de procedurele autonomie. De asielzaak *Samba Diouf* laat zien dat het Hof grondige toetsing met betrekking tot de feiten en het recht inmiddels als verplichting voor de nationale rechter beschouwd.²⁴ Het Hof lijkt daarbij geïnspireerd te zijn door uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en zijn toepassing van artikel 6 EVRM dat voorschrijft dat nationale rechters voldoende jurisdictie moeten uitoefenen over nationale administratieve besluiten. Buitengewoon interessant in dat licht is de uitspraak van het Hof in de zaak *KME*, omdat het over mededingingsboetes gaat en daarmee

20 J.E. van den Brink, J.C.A. van Dam, 'Nederlandse bestuursrechters en unierechtelijke "beleidsregels"', *JBPlus* 2014/3, p. 7.

21 R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, 'Effective judicial protection', in: J.H. Jans, S. Prechal & R.G.J.M. Widdershoven (red.), *The Europeanisation of Public law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, p. 400.

22 Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Deventer: Kluwer 2007, p. 139-140.

23 *Ibidem*, p. 141.

24 HvJEU 28 juli 2011, C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524 (*Samba Diouf*).

raakt aan de materie van het staatssteunrecht.²⁵ Hoewel de zaak handelt over toetsingsintensiteit van de Unierechters, biedt het volgens Stijnen inkijk in hoe het Hof tegen het vraagstuk van toetsingsintensiteit in het algemeen kijkt.²⁶ In deze zaak beoordeelt het Hof de mate van toetsing zoals die is toegepast door het Gerecht op een beslissing van de Commissie. Het Hof stelde dat, hoewel het Gerecht herhaaldelijk naar de beoordelingsmarge van de Commissie verwees, dit de rechter niet ontslaat van een grondige inhoudelijke toets.²⁷

3.3. Reflexwerking

Naast de algemene principes van effectieve rechtsbescherming, acht ik het op deze plek ook relevant aandacht te besteden aan de door Jans blootgelegde reflexwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel van 3:2 Awb, hetgeen in het verlengde ligt van de marginale toetsing aangezien in beide gevallen de rechter niet een inhoudelijk materieel oordeel velt. In de uitspraak in de zaak *Constanzo* stelde het Hof dat ook decentrale bestuurslichamen zelfstandig verantwoordelijk zijn voor de correcte toepassing van Europees recht. Dit leidt er volgens Jans toe dat bestuursorganen via de ‘reflexwerking’ van het zorgvuldigheidsbeginsel in 3:2 Awb gehouden zijn aan de toepassing van direct werkende bepalingen. Dit levert volgens Jans een extra laag van effectieve rechtsbescherming op, aangezien particulieren zich ook kunnen beroepen op rechtsregels die aan de bestuursorganen gericht zijn. Nu de verdragsartikelen betreffende staatssteun en mededinging in combinatie met het vertrouwensartikel van artikel 3 lid 2 VEU een onderzoeksplicht opleveren voor bestuursorganen, biedt dit extra rechtsbescherming aan appellanten. Jans verwijst daarnaast ook naar een uitspraak van de Afdeling waarin gesteld is dat *Costanzo* niet alleen ziet op de plicht rechtstreeks geldend Unierecht toe te passen, maar ook de eventuele voorkoming van de schending van Unierecht.²⁸ Daarmee leidt de Afdeling een grotere verantwoordelijkheid voor bestuursorganen af bij de toepassing van Unierecht waardoor de rechtsbescherming van particulieren toeneemt.

25 HvJEU 8 december 2011, C-389/10 P, ECLI:EU:C:2011:816.

26 R. Stijnen, ‘Menarini en KME: marginale of volle toetsing van mededingingsboetes door de rechter?’, *NtER* mei 2012/4, pp. 124-125.

27 HvJEU 8 december 2011, C-389/10 P, ECLI:EU:C:2011:816, par. 51.

28 J. Jans, ‘De reflexwerking van het Europees recht op het formele zorgvuldigheidsbeginsel’ in: M. Herweijer, B. Marseille, F. Noordam (red.), *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van Besluitvorming*, Deventer: Wolter Kluwer 2005, p. 155-166.

4. TUSSENCONCLUSIE

In het eerste deel is uiteengezet in welk juridisch kader de bestuursrechter zich bevindt bij de toetsing van staatssteunrecht. Binnen het staatssteunrecht ligt het primaat bij de Commissie, maar de nationale rechter heeft een zwaardere rol gekregen de laatste jaren. Dit uit zich in de verschillende procedurele mogelijkheden tot de beschikking van de nationale rechter om een staatssteunkwestie goed af te doen, maar de rechtspraak van het Hof onderstreept nog steeds het primaat van de Commissie. Vervolgens is het kader dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt uiteengezet; hoe het zich verhoudt tot het beginsel van effectiviteit en wat het beginsel betekent voor de mate van toetsing door de nationale rechter. In beide gevallen laten deze leerstukken zich lastig direct toepassen op het staatssteunrecht. Dit komt met name door de afwijkende opzet van het rechtsgebied. Wat betreft de effectiviteit lopen de doelen van de EU uiteen op dit gebied. Zoals artikel 107 VWEU duidelijk maakt is het doel enerzijds de bescherming van de interne markt, en blijkt anderzijds uit de pakketten van de Commissie dat goede staatssteun ook een doel is voor de EU. In de mededeling ‘modernisering staatssteun’ verwoordt de Commissie het als volgt:

‘Een modern staatssteuntoezicht moet het makkelijker maken om steunmaatregelen te behandelen die goed ontworpen zijn, toegesneden zijn op het aanpakken van marktfalen en doelstellingen van gemeenschappelijk belang, en die het minst verstorend werken (“goede steun”).’²⁹

Dit resulteerde in mogelijkheden voor rechters en bestuursorganen om relatief laagdrempelig advies in te winnen bij de Commissie opdat eventuele verenigbare staatssteun snel en eenvoudig plaats kan vinden. Inzake de effectieve rechtsbescherming bij de mate van toetsing speelt dezelfde dubbelzinnigheid. Enerzijds stelt het Hof in toenemende mate eisen aan de algemene toetsingsintensiteit in het kader van effectieve rechtsbescherming, maar anderzijds weerhoudt het Hof de nationale rechter van al te zelfstandig optreden.

5. DE AFDELING TUSSEN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING EN EFFECTIEF STAATSSTEUNRECHT IN

5.1. *Martiniplaza*

Startpunt voor de discussie over de verhouding van effectieve rechtsbescherming en consultatie bij de Europese Commissie is de inmiddels klassieke zaak

²⁹ Mededeling van de Commissie, ‘De modernisering van het staatssteunbeleid’, Brussel, 8-5-2012 COM (2012) 209 definitief.

Martiniplaza. Ondanks dat er inmiddels heel wat jaren zijn verstreken, kan het geen kwaad de zaak en de kritiek daarop nog eens op te halen. De uitkomst van de zaak was dat het besluit van het bestuursorgaan werd vernietigd, omdat de Europese Commissie niet was geconsulteerd volgens artikel 108 lid 3 VWEU en daarmee niet voldaan was aan het zorgvuldigheidsbeginsel van 3:2 Awb; de ‘reflexwerking’ van Jans. De voornaamste kritiek op deze uitspraak was dat de Afdeling in plaats van de bal via het zorgvuldigheidsvereiste bij het bestuursorgaan neer te leggen, zelf direct het Europees staatssteunrecht had moeten toepassen. Jacobs en den Ouden betreuren bijvoorbeeld dat de Afdeling haar rol als communautair rechter niet op zich nam en verwezen daar onder meer naar de mogelijkheid om ten behoeve van het nemen van een uiteindelijk beslissing ook de Commissie te consulteren.³⁰ Widdershoven aan de andere kant beargumenteerde dat deze uitspraak Europeesrechtelijk door de beugel kon.³¹ Hij was het wel eens met de strekking van Jacobs en den Ouden dat de Afdeling zich er meer gelegen aan had kunnen laten liggen om de concurrenten en de gedachte van de Europese regelgeving recht te doen, maar zag dat het nationale recht de Afdeling daarvoor weinig mogelijkheden en flexibiliteit verschaftte en dat deze ‘reflexwerking’ wel in overeenstemming kon zijn met de Europese eisen van effectieve rechtsbescherming.

Fastforward naar de ‘actualiteit’ laat ons zien dat de Afdeling zich de kritiek heeft aangetrokken zoals uit de hieronder te bespreken uitspraken zal blijken. Tegelijkertijd kan gezegd worden dat de Afdeling slechts ten dele van koers is gewijzigd en dat daarmee de kritiek wellicht inhoudelijk is veranderd, maar de toon hetzelfde is gebleven.

5.2. *Vogelaarwijken*³²

De uitspraak van de Afdeling omtrent de Vogelaarheffing vormt wellicht de meest politiek beladen uitspraak in deze reeks. Tal van Nederlands woningcorporaties kwamen op tegen de heffing ter bijdrage aan het noodfonds dat diende om de zogenaamde Vogelaarwijken op te knappen. De zaak sprong in het oog omdat naast de grote belangen ook de nauwe betrokkenheid van de Europese Commissie bij de zaak destijds een relatief uniek karakter gaven. Kort en goed oordeelde de Commissie voorafgaand aan de rechtsgang dat de heffing in overeenstemming was met artikel 106 lid 2 VWEU en zijn eigen

30 ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234, AB 2004/262, m.nt. Jacobs en den Ouden.

31 R. Widdershoven, ‘De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de toetsing aan het EG-recht’, in: W. den Ouden (red.) *Staatssteun en de Nederlandse Rechter* Deventer: Kluwer 2005, p. 47-52.

32 ABRvS 2 november 2012, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143.

DAEB-beschikking.³³ De rechtbank Utrecht ontliet zijn rol als gemeenschaps-rechter echter niet en constateerde dat er sprake was van staatssteun, ondanks de beschikking van de Commissie, en daarom in strijd met de *standstill*-bepaling. De Afdeling achtte zichzelf, in overeenstemming met de nieuwe DAEB regelgeving uit Brussel,³⁴ in staat om te oordelen of de heffing in overeenstemming is met 106 lid 2 en oordeelde dat de heffing voldeed aan de DAEB-criteria.³⁵ Deze voortvarende aanpak van Afdeling is haar op veel kritiek komen te staan. Van den Bossche merkt op dat de Afdeling inconsistent omgaat met de verklaringen van de Commissie. Enerzijds bouwt de Afdeling te gemakkelijk voort op de eerdere beschikking van de Commissie. Terwijl de Afdeling anderzijds het betoog van de coöperaties, dat de Commissie zich over de gehele regeling zou moeten buigen, negeert en uiteindelijk zelf afdoet.³⁶ Van Den Bogaert en Metselaar zetten ook hun vraagtekens bij de samenwerking tussen de nationale rechters en de Commissie. Volgens hen hadden de rechtbank en de Afdeling zich een hoop moeite kunnen besparen door de hulp van de Commissie in te roepen.

5.3. *Open Universiteit*³⁷

Een goed voorbeeld is de zaak *Open Universiteit Nederland* (OUN) waarin onder meer de vraag centraal stond of het verzorgen van een specifieke vorm van onderwijs onrechtmatige staatssteun zou opleveren. Doorslaggevend voor de uitkomst van deze zaak leek het door de Afdeling vrijwillig opgevraagde en, strikt genomen, niet bindende advies dat de Commissie verschaftte. Niet geheel ondubbelzinnig merkte de Commissie op dat het aanbieden van dergelijk onderwijs door een publiek gefinancierde instelling niet noodzakelijk onder het begrip ‘economische activiteit’ – en daarmee onderhevig aan Europese staatssteunregels – hoefde te vallen. Zonder verder veel aandacht aan dit punt te besteden, leidt de Afdeling vervolgens uit dit advies af dat er geen sprake is van een economische activiteit en dat toetsing aan artikel 107 VWEU derhalve achterwege gelaten kan worden.³⁸ De Raad van State merkte in zijn eigen

33 106 VWEU biedt de mogelijkheid om overheids gelden ‘marktconform’ te besteden in gevallen waar de markt niet kan voorzien. Strikt genomen is er dan geen sprake van staatssteun zoals uit 107 VWEU maar het moge duidelijk zijn dat er wel een risico is dat er toch sprake is van staatssteun. Omdat deze bijdrage ingaat op de toetsing door de rechter en niet op de materiele toets zelf zal ik daar niet verder op in gaan.

34 Besluit van de Commissie betreffende de toepassing van 106 lid 2 VWEU, Pbeu2012, C L7|3.

35 ABRvS 2 november 2012, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143, AB 2012/156, m.nt. Metselaar & van den Bogaert ro. 2.5-2.12.

36 A.M. van den Bossche, ‘Werk aan de (Vogelaar)wijk – rechters aan het werk – krachtig aandachtig en grotendeels’ in: *Tijdschrift voor economisch recht SEW* 2015 afl. 11, p. 600.

37 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*).

38 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*) ro. 8.6, 8.7.

jaarverslag op dat 'de Afdeling uit het advies van de Commissie heeft afgeleid dat het aanbieden van de opleiding door de OUN niet is aan te merken als een economische activiteit en dat de OUN niet te kwalificeren is als onderneming in de zin van de artikelen 101 en 107 VWEU, zodat de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn.³⁹ Meerdere auteurs hebben zich, echter, kritischer over deze uitspraak uitgelaten. Jans meent dat de Afdeling op volgzame wijze omspringt met de juridische oordelen van de Commissie, terwijl de Commissie in feite ongebonden adviseert. Hij wijst daarbij op de eigen verantwoordelijkheid van de Unierechters voor de werking van het Europese recht ingevolge artikel 19 VWEU.⁴⁰ De Commissie legt in haar advies in feite haar eigen *soft law* uit, aldus Jans.⁴¹ Dat is volgens Jans wel een hele zwakke juridische basis voor een vraag die geen *acte éclairé* kan zijn. Barkhuysen en Claessens delen de zorgen van Jans en zijn eveneens kritisch van de snelle conclusies van de Afdeling. Hun kritiek richt niet zozeer op de volgzame houding van Afdeling, maar meer op het weinig doortastende optreden. Een prejudiciële vraag over de status van onderwijsbekostiging was wat de auteurs betreft op zijn plaats geweest.⁴²

5.4. *Ridderstee*⁴³

Tussen de nominaties voor de meest besproken staatssteun uitspraak van de Afdeling van de afgelopen jaren, staat de *Ridderstee* uitspraak waarschijnlijk op één. De uitspraak heeft geleid tot een levendige dialoog over de Nederlandse staatssteun praktijk. Wellicht dat het te maken heeft met de op het eerste oog vergelijkbare uitkomst als de controversiële zaak *Martiniplaza*. Wederom lijkt de Afdeling een inhoudelijke toetsing te ontlopen door haar eigen verantwoordelijkheid als Unierechter via het bestuursorgaan en de Commissie van zich af te schuiven. In plaats van het geschil finaal af te doen, vernietigt de Afdeling het besluit op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel 3:2 Awb. Daarbij verwijst de Afdeling naar de reparatiemogelijkheid voor het bestuursorgaan door informeel advies in te winnen bij de Commissie middels de procedure die de Gedragscode van de Commissie voorschrijft. Tot zover zijn de parallellen met de zaak *Matinitplaza* duidelijk. In beide gevallen voert de Afdeling geen inhoudelijk toets aan het Europese staatssteunrecht uit, maar krijgt het bestuursorgaan een herkansing via het zorgvuldigheidsbeginsel. Het feitencomplex is daarentegen van een iets ander karakter. Het beroep tegen

39 Jaarverslag Raad van State 2013 onder *Staatssteun*.

40 Jans, 'De ene opleiding/opleiding is de andere niet. Of enige opmerkingen over zelfbewuste rechters, *Tijdschrift voor economisch recht* SEW 2015 afl. 11, p. 595.

41 Ibid.

42 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, AB 2014/344, m.nt. Barhuysen en Claessens ro. 8.9.

43 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee*).

het besluit is namelijk niet afkomstig van een mogelijke concurrent, maar van de subsidieontvanger zelf, Ridderstee Holidays. Het subsidieplafond dat de Provinciale Staten hadden ingevoerd om onder de de-minimis steun te blijven was volgens Ridderstee Holidays onterecht vastgesteld. Indien er sowieso geen sprake is van staatssteun, zo redeneerde Ridderstee Holidays, was er ook geen noodzaak om onder de de-minimis grens te blijven. Er is hier dus geen sprake van een concurrent die in zijn recht zou zijn aangetast door een onverenigbare steunmaatregel. In plaats daarvan is er een subsidieontvanger die zich niet kon verenigen met de manier waarop de subsidie werd vastgesteld. Rechtsbescherming lijkt daarmee minder in het geding en is in ieder geval minder acuut. In haar eigen beoordeling of de financiering van Ridderstee Holidays mogelijk staatssteun op zou leveren, concludeert de Afdeling in ieder geval dat aan het criterium van de beïnvloeding van tussenstaatse handel niet zonder meer is voldaan. Dit in combinatie met de laagdrempelige procedure van het informele advies van de Commissie die het bestuursorgaan ter beschikking stond, leidt er volgens de Afdeling toe dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden.

De uitspraak is op twee punten bekritiseerd; de toetsing van de staatssteuncriteria en het niet zelf afdoen van de zaak. Omdat beide aspecten raken aan een mogelijke rol voor de Commissie, is het relevant op beide in te gaan. Veel is geschreven over de toetsing van de Afdeling aan het artikel 107 lid 1 VWEU en dan met name over de toetsing aan de criteria van 'selectiviteit' en 'tussenstaatse handel'.⁴⁴ Deze technische aspecten lenen zich dan ook goed voor een uitgebreide technische (voornamelijk economische) discussie. De aan de TU Delft werkzame Saanen gaat uitgebreid in op de toepassing van deze criteria. Zonder u al te veel te vermoeien met de economische details, is zijn conclusie dat de Afdeling, op basis van eerdere beschikkingen van de Commissie, tot een andere uitspraak had moeten komen.⁴⁵ Met name het oordeel van de Afdeling dat Ridderstee Holidays niet tot doel had om buitenlands publiek aan te trekken en dat daarmee geen sprake was van de beïnvloeding van tussenstaatse handel, wordt door veel auteurs als onbegrijpelijk ervaren.⁴⁶ Het tweede punt van de uitspraak dat tot kritiek heeft geleid, is het niet zelf afdoen door de Afdeling. De Moor-van Vugt merkt terecht op dat, gezien de onenigheid tussen de Afdeling en de rechtbank en de niet eenduidige beschikingspraktijk van de Commissie, een discussie over artikel 107 VWEU in deze

44 Zie o.a. L. Hancher, T. Ottervanger and P.J. Slot, *EU State Aids*, Sweet & Maxwell 2012. M. Heidenhain (red.), *European State Aid Law*, Beck & Hart 2012.

45 N. Saanen, 'De uitspraak Ridderstee Holiday: een drieluik van selectiviteit, handelsverkeer en zorgvuldigheid', *NTeR* 2013 afl. 7, p. 242-244.

46 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Zaak Ridderstee', *Tijdschrift voor economisch recht SEW* 2015, afl. 11, p. 606; E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *Tijdschrift voor economisch recht SEW* 2014, afl. 2, p. 74.

zaak niet onvoorstelbaar zou zijn geweest.⁴⁷ Op welke procedurele wijze deze discussie beslecht had moeten worden lopen de meningen uiteen. Niet in de laatste plaats omdat er in het geval van het beslechten van staatssteunvragen er vele kronkelwegen zijn die naar Rome leiden. Deze uitspraak lijkt daarvan een goed voorbeeld te zijn. De Moor-van Vugt concludeert dat zowel advies inwinnen bij de Commissie door de Afdeling, als het stellen van een prejudiciële vraag gezien de lange duur van beide procedures en het achterwege blijven van het horen partijen bij een Commissie-advies niet ideale oplossingen zijn. In dat geval lijkt het terugsturen naar het bestuursorgaan de minst slechte optie.⁴⁸ Van Angeren is op zijn beurt kritisch op de gekozen benadering van de Afdeling. Volgens hem heeft het inwinnen van informatie bij de Commissie door de Afdeling tot voordeel dat partijen beide kunnen reageren op dit advies voor de nationale rechter en de rechter zelf uiteindelijk tot een beslissing kan komen. Door de bal bij het bestuursorgaan te leggen verliest de rechter de regie over het proces en is de particulier overgeleverd aan het initiatief van het bestuursorgaan en het eventueel opnieuw procederen om zijn recht te krijgen. Hij wijst ten slotte op artikel 8:41a Awb op grond waarvan de rechter verplicht (meer een aansporing om te onderzoeken) wordt het voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten, ook als dat complexe staatssteunzaken betreft.⁴⁹ De kritiek van Saanen over de beslechting van de Afdeling richt zich weer op een ander aspect van de gevolgen van deze uitspraak. Deze uitspraak zou ertoe leiden dat bestuursorganen bij de weigering van een bepaalde subsidie op grond van staatssteun verplicht zouden worden altijd inlichtingen in te winnen bij de Commissie. Dit zou leiden tot het al te veel oprekken van het zorgvuldigheidsbeginsel; het Europese recht verplicht bestuursorganen niet altijd de Commissie te informeren. Daarnaast vraagt Saanen zich af of een dergelijk advies van de Commissie het gewenste uitsluitel zou geven. Het stelsel van rechtsbescherming dient ertoe dat een particulier moet opkomen tegen een beslissing van een bestuursorgaan, de Commissie is er slechts om te beoordelen of er sprake is van staatssteun en of deze verenigbaar is met Europese staatssteunregels. In casu was de vraag volgens Saanen of de subsidie geweigerd mocht worden, een beslissing van het bestuursorgaan, onafhankelijk van eventuele onverenigbaarheid. Staatssteunregels zouden er niet toe mogen leiden dat bestuursorganen hogere subsidies moéten uitkeren.⁵⁰ Overigens

47 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Zaak Ridderstee', *Tijdschrift voor economisch recht SEW* 2015, afl. 11, p. 606.

48 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Zaak Ridderstee', *Tijdschrift voor economisch recht SEW* 2015, afl. 11, p. 607.

49 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, AB 2014/290, m.nt. van Angeren, p. 9-11.

50 N. Saanen, 'De uitspraak Ridderstee Holiday: een drieluik van selectiviteit, handelsverkeer en zorgvuldigheid', *NtEr* 2013, p. 245.

lijken lagere bestuursrechters inmiddels navolging te hebben gegeven aan de aanpak van de Afdeling om het besluit op basis van 3:2 Awb terug te sturen.⁵¹

Als er iets duidelijk lijkt te worden uit de *Ridderstee* uitspraak dan is het wel dat de nationale rechter zich geconfronteerd kan zien met legio opties en consequenties en dat naast respectering van het recht ook vaak praktische belangen (met name tijd) de boventoon voeren in een vierhoekig bestel van rechter, Commissie, bestuursorgaan en appellant. Veel hoop op een consequente rechtspraak biedt dit dan ook niet.

5.5. Financiële uitvoerbaarheid bestemmingsplan⁵²

Deze uitspraak van Afdeling staat tegenwoordig model voor een groot aantal uitspraken rondom het vaststellen van een bestemmingsplan.⁵³ Inmiddels zijn de staatssteunregelgeving en de zorgvuldigheidstoets van artikel 3:2 Awb nu ook bij tegenstanders van bestemmingplannen, veelal concurrenten, bekend geworden. Zoals bekend, moet het begrip steunmaatregel breed worden uitgelegd, en dit leidt ertoe dat de cofinanciering van de exploitatie door gemeenten daar ook onder valt. Indien de financiering onverenigbaar zou zijn met Europese staatssteunregelgeving dan zou de uiteindelijke haalbaarheid van het project in het geding komen. Het niet onderzoeken van deze mogelijkheid door het bestuursorgaan zou onzorgvuldige besluitvorming kunnen opleveren. Dit vormt een dankbare beroepsgrond voor tegenstanders. Als al die vormen van financiering inderdaad, ofwel aangemeld moeten worden bij de Europese Commissie, danwel getoetst moeten worden aan artikel 107 VWEU door de rechter (en dus toepassing van het *standstill*-beginsel), dan zou een dergelijk beroep een krachtig en eenvoudig middel zijn voor het frustreren van bestemmingsplannen. De Afdeling kiest er in deze uitspraak voor om dergelijke beroepen niet inhoudelijk, maar processueel te behandelen. Het is aan de appellanten om aannemelijk te maken dat het bestuursorgaan op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan in het geval van ongeoorloofde staatssteun niet kan worden uitgevoerd.⁵⁴

Knook is kritisch op deze manier van toetsing, nu de rechter strikt genomen volgens artikel 108 lid 3 VWEU moet toetsen of de financiering had moeten worden aangemeld bij Commissie, ongeacht het feit of er uiteindelijk sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun.⁵⁵ Strikt genomen is de rechter inderdaad verplicht te toetsen of de steun had moeten worden aangemeld,

51 Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726.

52 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374.

53 Jurisprudentieonderzoek naar alle rechtspraak gegeneerd op rechtspraak.nl uit jaar 2015 van de Afdeling Bestuursrechtspraak met de zoekterm 'staatssteun'. In 24 van de 26 uitspraken is de vaststelling van een bestemmingsplan het bestreden besluit.

54 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374, ro. 12.6-13.

55 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374, BR 2013/102, m.nt. Knook.

maar ik denk dat hiermee tegenstanders te eenvoudig bestemmingsplannen zullen kunnen frustreren door staatssteunregels in te roepen. Zeker omdat die niet aan de kern van het geding raken.

5.6. *Zorginstituut*⁵⁶

Met name de aandacht die de Afdeling besteedt aan het rechtvaardigen van het advies van de Commissie en de kritiek op het advies biedt deze zaak een goede inkijk in de omgang van de Afdeling met adviezen van de Commissie. De rechtsvraag in de *Zorginstituut*-zaak ziet toe op in hoeverre het vertrouwensbeginsel eraan in de weg staat om onrechtmatige steun terug te vorderen. Aangezien de DAEB-regelgeving streng toeziet op bedragen die het predicaat ‘compensatie’ overstijgen, besloot het Zorginstituut bij besluit het te veel uitgekeerde geld terug te vorderen. Zorgverzekeraar ‘Zorg en Zekerheid’ kwam hiertegen op. De Afdeling vroeg op basis van de procedureverordening om advies van de Commissie die het standpunt van het Zorginstituut bevestigde; onrechtmatige steun dient te worden teruggevorderd, rekenfout of niet. De Commissie voegt daar ter volledigheid droogjes aan toe dat: ‘Zorg en Zekerheid geen beroep kan doen op het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen.’⁵⁷ Zorg en Zekerheid stelt hiertegen dat de Afdeling desondanks het vertrouwensbeginsel moet respecteren. Uit de reactie van de Afdeling blijkt haast dat een advies van de Commissie overbodig was. De Afdeling geeft blijk van kennis van de fundamenteen van het Europese staatssteunrecht en beargumenteert dat het vertrouwensbeginsel niet in de weg kan staan aan de terugvordering van onrechtmatige steun.⁵⁸ Daarnaast stelt zij dat de bevoegdheidsgrondslag van het Zorginstituut besloten ligt in het arrest *Fratelli Costanzo* en in het loyaliteitsbeginsel van artikel 4 lid 3 VEU.⁵⁹

Den Ouden en van den Brink zijn niet ongevoelig voor de kennelijke voordelen die het advies vragen aan de Commissie de nationale rechter biedt. Zij plaatsen, echter, wel hun kanttekeningen bij het gebrek aan aanvullende motiveringen van de Afdeling bij de beoordeling van de rechtmatigheid van staatssteun en het gebrek aan beroepsmiddelen dat Zorg en Zekerheid ter beschikking heeft tegen dit – de facto – beslissende advies van de Commissie.⁶⁰ Herwijnen deelt deze tweeledige opvatting; enerzijds kan het nut van adviezen van de Commissie niet ontzegd worden, anderzijds zijn de adviezen beslist niet zaligmakend, zeker niet in het geval van kleine subsidies.⁶¹

56 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorginstituut*).

57 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, ro. 4.

58 HvJEU 21 maart 2013, C-129/12, ro. 47.

59 HvJEG 22 juni 1989, C-103/88. ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, ro. 5.1-5.4.

60 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. van den Brink en den Ouden, ro. 4.

61 A.H.G. van Herwijnen, ‘De Europese Commissie en de nationale rechter in staatssteunzaken: welke mate van inhoudelijke toetsing?’, *NtER* 2015, afl. 7, p. 230-231.

6. CONCLUSIE

Nu de Commissie haar aandacht verlegt naar grotere bedragen en kleinere steunmaatregelen meer *ex-post* wil gaan toetsen lijkt er een grotere rol voor de nationale rechter weggelegd. Dit wordt bevestigd door de verschillende pakketten *soft law* die de Commissie in de loop der jaren heeft uitgevaardigd. De nationale rechter heeft volgens die pakketten een duidelijke rol als eerstelijns rechter die moet controleren of de overheden zich er voldoende van hebben vergewist of hun maatregelen niet in strijd zijn met de Europese staatssteunreggeving. Daarnaast biedt de Commissie in verschillende momenten van het proces nationale overheden en nationale rechters haar expertise aan om de technische vragen die het complexe staatssteunrecht opwerpt te beantwoorden. Al met al lijkt deze constructie voldoende mogelijkheden te bieden voor een bevredigende en effectieve rechtsgang waarin partijen zeker kunnen zijn van effectieve rechtsbescherming.

Toch is de praktijk een stuk weerbarstiger. Mijn verklaring daarvoor is juist dat veelzijdige bouwwerk dat het staatssteunprocesrecht is. Een rechter die zich geconfronteerd ziet met een staatssteunargumenten heeft veel verschillende mogelijkheden tot zijn beschikking. Het besluit ‘teruggeven’ aan het bestuursorgaan met de opdracht de Commissie te consulteren verschaft een efficiënte rechtsgang, maar levert spanning op met de rechten van appellanten. Een prejudiciële vraag stellen zal ongetwijfeld de goedkeuring wegdragen van de zuivere juristen, maar de partijen die vervolgens hun project lange tijd stil moeten leggen, zullen minder verheugd zijn. Ook zelf afdoen wordt zelden met gejuich ontvangen, nu toetsen aan artikel 107 VWEU meestal een complexe economische beoordeling vergt, aan de andere kant verkrijgen partijen op die manier wel snel, en via een rechter, hun recht. Een adviesaanvraag bij de Commissie over een complexe toetsing van artikel 107 VWEU lijkt uitkomst te bieden, maar de vraag die deze mogelijkheid oproept is welk orgaan uiteindelijk het beslissende oordeel velt en hoeverre dit strookt met het idee van effectieve rechtsbescherming. Dat de Afdeling ook worstelt met deze mogelijkheden en telkens wikt en weegt, blijkt uit de uiteenlopende uitspraken en zo mogelijk nog gevarieerdere kritieken op de verschillende uitspraken.

De ultieme doodoener om deze bijdrage mee te besluiten zou zijn dat de rechtspraak vooral heel erg casuïstisch is – om niet te zeggen dat dat niet zo is. Wellicht dat met een positieve blik te concluderen valt dat de Afdeling met elke uitspraak probeert het staatssteunrecht beter te verankeren in het nationale recht. Door via artikel 3:2 Awb in sommige gevallen het bestuursorgaan naar huis te sturen met een opdracht advies in te winnen bij de Commissie bereikt de Afdeling dat het voor overheden vanzelfsprekender wordt zich eerst bij de Commissie te vergewissen. Ook zou het de rechtseenheid en rechtszekerheid weinig bevorderen indien een door de rechter opgevraagd advies van de Commissie ter kennisgeving werd aangenomen en men zelf tot een andere conclusie zou komen. Het advies in principe volgen, indien aangevraagd, kan

ook gezien worden als een vorm van zelfstandige rechtsvorming. Door van de appellanten tegen bestemmingsplannen meer te verlangen dan alleen 'staatssteun roepen', legt de Afdeling ook een verantwoordelijkheid bij de tegenstanders en vervalt staatssteun niet tot een makkelijke stok om mee te slaan. Dat is wellicht niet naar de letter van de Europese wet, maar zeker toch wel in de geest. Staatssteunrecht dient ter voorkoming van verstoringen van de markt en niet om concurrenten te frustreren. Wat mij betreft een prachtig voorbeeld van hoe de nationale rechter ook echt gemeenschapsrechter wordt door niet blindelings Europees recht toe te passen, maar de afweging te maken in het kader van het gehele bestel van staatssteunregelgeving. Hoewel gepoogd is de nationale rechter een duidelijk afgebakende plek te geven in het staatssteunrecht, blijft de Commissie toch haar schaduw over het gehele proces werpen. Binnen de Europese kaders, gesteld door de Commissie en het Hof, lijkt er voor heel veel rechterlijk activisme weinig plaats. Het kan dan ook niet gezegd worden dat de nationale rechter een hele activistische rol in het staatssteunrecht heeft ingenomen. Niettemin kan gesteld worden dat de nationale rechter gedwongen is een proactieve houding aan te nemen. Buiten de Europese kaders biedt het nationale recht weinig tot geen aanknopingspunten voor de invulling van staatssteunprocedures nu er geen aanvullende wetgeving is. Het algemene beeld vertelt ons dat de rechter deze invulling zaak voor zaak probeert te verwezenlijken en daarvoor gedwongen is zelf keuzes te maken, in actie te komen als het ware. De vraag of de Afdeling effectieve rechtsbescherming in staatssteunzaken afdoende garandeert, is daarom moeilijk eenduidig te beantwoorden. Binnen het staatssteunrecht lijkt de rechter meerdere ballen in de lucht te moeten houden, die ook nog eens van wisselend gewicht zijn. Mijn conclusie is dan ook dat de Afdeling, binnen haar mogelijkheden en verantwoordelijkheden, het beginsel van effectieve rechtsbescherming voldoende beschermt.

BESTRIJDING VAN MISBRUIK VAN DE WET OPENBAARHEID VAN BESTUUR: EEN ADEQUATE ROL VAN RECHTER EN WETGEVER?

Ton Duijkersloot en Wouter Zorg

1. INLEIDING

Misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) is de afgelopen jaren een 'hot item'. De wetgever houdt zich ermee bezig, zowel op initiatief van de Tweede Kamer als van de regering, de rechter zoekt naar oplossingen en ook de literatuur laat zich niet onbetuigd.¹ Ook het bestuur zelf, zowel centraal als decentraal, draagt zijn steentje bij.² In deze bijdrage staat de vraag centraal welke oplossingen door wetgever en rechter zijn ontwikkeld om misbruik van de Wob aan te pakken. In het verlengde daarvan wordt bezien of deze staatsmachten – en gelet op het onderwerp van deze bundel nemen wij daarbij in het bijzonder de rechter onder vuur – wellicht kansen hebben laten liggen.

In paragraaf 2 wordt eerst de kern van het probleem van misbruik van de Wob geschetst. In paragraaf 3 wordt een overzicht gegeven van de door de rechter gehanteerde instrumenten om misbruik tegen te gaan. Paragraaf 4 besteedt aandacht aan de inspanningen die door de wetgever in de strijd tegen Wob-misbruik zijn verricht. In paragraaf 5 ten slotte wordt bezien of er, in het bijzonder door de rechter, kansen zijn gemist.

1 Zie o.a. F.S. Bakker, 'Misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur', *NJB* 2014/137, p. 170-177, P.E.M. Franssen, 'Over Wob-gebruiken, Wob gebruiken en Wob misbruiken', *TvPB* 2013/7, p. 4-8, R. Ortlep, 'Dwangsommetje scoren: misbruik van dwangsomregeling door middel van oneigenlijke Wob-verzoeken', *JBplus* 2014/4, p. 226-243, P.A. Thijssen e.a., 'Misbruik van recht: taak voor wetgever of voor rechter en bestuur?', *NTB* 2015/3, p. 14-17, L. Wildeboer, 'Anti-misbruikbepaling, op hoop van zegen!', *Mediaforum* 2014/4, p. 94-96, T.A. Willems-Dijkstra en D.T. van der Leek, 'Misbruik van (proces)recht in het bestuursrecht. Onevenredige werkbeslating door veelklagers', *NTB* 2013/7.

2 De VNG speelt hierbij bijvoorbeeld een actieve rol door middel van voorlichting van haar leden en informatieuitwisseling via een daartoe beschikbaar gesteld forum. Transparant Bestuur 2016, een praktische handleiding voor gemeenten over de Wet openbaarheid van bestuur. Te raadplegen via: <https://vng.nl/files/vng/20160302-transparant-bestuur-gemeenten.pdf>.

2. MISBRUIK VAN DE WOB: ACHTERGRONDEN

2.1. Juridisch kader

De Wob is een uitwerking van art. 110 Grondwet. Dit artikel bevat de grondwettelijke taak voor de overheid om openbaarheid te betrachten bij de uitvoering van haar taken. Achtergrond hiervoor is de dat openbaarheid van de overheid als een van de bouwstenen van een democratie kan worden beschouwd. Mede hierom worden in de Wob in beperkte mate eisen gesteld aan een verzoek van een burger tot openbaarheid jegens de overheid. Dit laagdrempelig karakter is een algemene oorzaak van het fenomeen van misbruik van de Wob. In ieder geval heeft dit karakter het misbruik gefaciliteerd en bevordert. Deze laagdrempeligheid komt tot uitdrukking in een aantal vormen.

Ten eerste kent de Wob geen belanghebbende-vereiste. Een verzoeker hoeft geen belanghebbende te zijn in de zin van art. 1:2 Awb. Ook hoeft de verzoeker geen belang aan te geven met het oog waarop hij bepaalde informatie van de overheid vraagt (art. 3 lid 3 Wob).³ Wel geldt als algemene eis dat het verzoek betrekking moet hebben op informatie neergelegd in documenten die zien op een bestuurlijke aangelegenheid en dient het verzoek gericht te zijn tot een bestuursorgaan, of een instelling, dienst of bedrijf dat onder de verantwoordelijkheid valt van een bestuursorgaan (art. 3 lid 1 Wob).

Ten tweede kan een Wob-verzoek op eenvoudige wijze worden gedaan. In beginsel kan dit ook elektronisch, maar een bestuursorgaan moet deze weg dan wel hebben opengesteld (art. 2:15 Awb). Daarbij geldt voor schriftelijke Wob-verzoeken op grond van art. 4 Wob een doorzendplicht, zodat een bij het verkeerde bestuursorgaan ingediend verzoek uiteindelijk bij het goede bestuursorgaan – bijvoorbeeld het bestuursorgaan dat over de gevraagde documenten beschikt – terecht komt.

Een andere algemene oorzaak of in ieder geval katalysator voor misbruik van de Wob hangt samen met de in de Wob opgenomen weigeringsgronden voor een Wob-verzoek. Openbaarheid is het uitgangspunt, maar op een aantal gronden kan een Wob-verzoek worden afgewezen. Bij de absolute weigeringsgronden genoemd in art. 10 lid 1 Wob dient een bestuursorgaan te beoordelen of deze grond zich in een concreet geval voordoet. Is dat het geval dat wordt het verzoek afgewezen. Bij de relatieve weigeringsgronden opgenomen in art. 10 lid 2 Wob dient een bestuursorgaan ook een afweging te maken tussen het in de betreffende weigeringsgrond beschermde belang en het belang van openbaarheid. Bestuursorganen dienen deugdelijk te motiveren welke weigeringsgrond van toepassing is en waarom openbaarheid wordt geweigerd. Deze

3 Vgl. ABRvS 25 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5845, AA 2000/9, m.nt. L.J.A. Damen.

toets dient in beginsel voor ieder document afzonderlijk worden gemaakt. Als dat zou leiden tot herhalingen die geen redelijk doel dienen, mag daarvan worden afgezien.⁴ Bij veelomvattende verzoeken kan dit ertoe leiden dat een bestuursorgaan veel tijd en moeite dient te steken in de beantwoording van het verzoek.

Naast deze systeem-oorzaken is er een aantal specifieke oorzaken aan te wijzen voor misbruik van de Wob. Het gaat hier om de toepasselijkheid van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen op de Wob.⁵ Ook de Awb-regeling inzake de proceskostenveroordeling speelt een rol, in die zijn dat de proceskostenveroordeling hoger kan zijn dan de werkelijk gemaakte proceskosten. In het bijzonder de Wet dwangsom is evenwel een belangrijke oorzaak voor Wob-misbruik. Dit heeft te maken met de gedachte achter en de uitwerking ervan in deze wet. De gedachte achter de Wet dwangsom is dat op een te late besluitvorming van het bestuursorgaan een financiële sanctie in de vorm van het verbeuren van een dwangsom volgt. Voor Wob-verzoeken betekent dit dat een bestuursorgaan in beginsel vier weken de tijd heeft om te beslissen en dat deze beslissing eenmalig met vier weken kan worden verdaagd (art. 6, lid 2, Wob). Heeft het bestuursorgaan dan nog niet op het verzoek beslist, dan treedt de dwangsomregeling in werking. Belangrijke restrictie is wel dat het bestuursorgaan alleen een dwangsom verschuldigd is, nadat het bestuursorgaan een schriftelijke ingebrekestelling heeft ontvangen en er daarop twee weken zijn verstreken (art. 4:17 lid Awb). Aan een ingebrekestelling worden evenwel niet veel eisen gesteld. De ingebrekestelling is, net als het Wob-verzoek, laagdrempelig en vormvrij van karakter. Indien het bestuursorgaan de twee weken termijn na ontvangst van de ingebrekestelling heeft overschreden, verbeurt het aan de verzoeker een dwangsom voor elke dag dat het in gebreke is, tot maximaal 42 dagen. Hoe langer het duurt, des te hoger het bedrag, tot een maximum van 1260 euro.

Artikel 4:17 Awb bevat nog wel een aantal redenen op grond waarvan een bestuursorgaan de verzoeker geen dwangsom verschuldigd is. Het gaat hier om de gevallen dat een bestuursorgaan onredelijk laat in gebreke is gesteld, de aanvrager geen belanghebbende is, of de aanvraag kennelijk niet ontvankelijk of kennelijk ongegrond is. Het is echter de vraag of de laatste twee uitzonderingen betekenis hebben voor Wob-verzoeken, vanwege de boven besproken

4 Vgl. ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:385, AB 2014/278, m.nt. P.J. Stolk, ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4120 en ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1000.

5 Wet van 28 augustus 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met doeltreffendere rechtsmiddelen tegen niet tijdig beslissen door bestuursorganen (Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen), *Stb.* 2009, 383.

beperkte formele eisen aan een Wob-verzoek, in het bijzonder de afwezigheid van het belanghebbende-vereiste.

2.2. Misbruik van de Wob in soorten

Tegen de achtergrond van bovengeschetst juridisch kader hebben zich in de afgelopen jaren een aantal vormen van misbruik van de Wob ontwikkeld. Het gaat dan met andere woorden om de situatie dat de Wob door burgers op oneigenlijk wijze wordt gebruikt door Wob-verzoeken bij de overheid in te dienen die niet (alleen) ten doel hebben om informatie met betrekking tot een bestuurlijke aangelegenheid openbaar te laten maken, maar die (ook) andere doelen op het oog hebben. In eerdere onderzoeken worden veelal drie vormen onderscheiden: 1) verzoeken die gericht zijn op financieel gewin door op de verbeurte van dwangsom te hopen bij te laat beslissen door een bestuursorgaan, 2) verzoeken die tot doel hebben de organisatie van een bestuursorgaan met Wob-verzoeken te frustreren, te vertragen of soms ook te kwetsen (in het Verenigd Koninkrijk wel aangeduid als ‘vexatious requests’)⁶ en 3) verzoeken die wel het doel hebben informatie openbaar te laten maken, maar voortkomen uit een obsessief streven tot dergelijke openbaarmaking.⁷

Het is van belang er op te wijzen dat niet elk omvangrijk of complex Wob-verzoek een oneigenlijk Wob-verzoek is. Omvangrijke en/of complexe verzoeken worden wel omschreven als verzoeken waarvan de afhandeling door het bestuursorgaan tijdrovend is door de hoeveelheid gevraagde informatie dan wel doordat de uit te voeren activiteiten voor de afhandeling ingewikkeld van karakter zijn. Dergelijke omvangrijke of complexe Wob-verzoeken worden wel vaak gebruikt om bovenstaande oneigenlijke doelen te realiseren.⁸

Zowel de rechter als de wetgever hebben als gezegd de afgelopen jaren geprobeerd dit misbruik gebruik van de Wob aan te pakken. In de volgende twee paragrafen wordt hierop nader ingegaan. In paragraaf 3 komen de activiteiten van de rechter aan bod, in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Afdeling). In paragraaf 4 worden de inspanningen van de wetgever gezien.

6 Vgl. A.P.W. Duijkersloot, G.T.J.M. Jurgens en I.U. Tappeiner, Vexatious requests: anti-misbruikregelingen van openbaarheidswetgeving. Een onderzoek naar de regeling in het Verenigd Koninkrijk en enkele andere landen die het Raad van Europa-verdrag inzake toegang tot documenten hebben ondertekend, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-82590.pdf>.

7 Zie bijv. Omvangrijke en oneigenlijke Wob-verzoeken, *Aantallen, kenmerken en wijze van afhandeling, onderzoek* in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Research voor Beleid, Zoetermeer 27 oktober 2010, p. 5.

8 Vgl. Research voor Beleid 2010, p. 16-17.

3. OPLOSSINGEN: DE RECHTER

3.1. Vormvereisten en heffingen

De rechter heeft de afgelopen jaren op diverse wijzen bevorderd dat bestuursorganen oneigenlijk gebruik kunnen beperken. Hierbij heeft hij het laagdrempelige karakter van de Wob van enige (beperkte) drempels voorzien. Welke drempels zijn dit?

Om te beginnen heeft de Afdeling de principiële vormvrijheid van een Wob-verzoek ingekleurd met enkele vormvereisten. In het bijzonder kan het niet refereren aan de Wob in een verzoek ter verkrijging van informatie ertoe leiden dat geen sprake is van een Wob-verzoek, maar van een verzoek in het kader van een andere wettelijke procedure. Het verzoek om informatie moet derhalve voldoende duidelijk een verzoek in het kader van de Wob zijn.⁹ Ook is duidelijk gemaakt dat, om een verzoek als een Wob-verzoek te kunnen beschouwen, dit verzoek de strekking moet hebben documenten voor een ieder openbaar te maken en niet alleen voor de verzoeker.¹⁰ Verder is aangegeven dat openbaarmakingsverzoeken die ‘verdekt’ worden gedaan, niet kunnen worden gekwalificeerd als Wob-verzoek. Bijvoorbeeld een verzoek om openbaarmaking dat tussen de regels door wordt gedaan in een sollicitatiebrief valt zo buiten de Wob-boot.¹¹ Daarnaast heeft de Afdeling bestuursorganen toegestaan om een bepaalde indieningsmethode voor Wob-verzoeken voor te schrijven.¹² Wanneer deze methode duidelijk is gecommuniceerd, en verzoekers er toch voor kiezen af te wijken van de voorgeschreven wijze van indienen, kan dit leiden tot de conclusie dat er sprake is van ‘misbruik van recht’ en het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard. Over misbruik van recht zo dadelijk meer.

Ook de ingebrekestelling, die op grond van de wet vrijwel vormvrij is – hij dient schriftelijk te zijn en duidelijk te maken op welk besluit hij betrekking

9 ABRvS 9 april 2014, AB 2014/221 en ABRvS 2 april 2014, AB 2014/220, m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje. Zie ook ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2326; ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1929, Gst. 2013/129, m.nt. C.N. van der Sluis; ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:629.

10 ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1460; ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4185; ABRvS 9 april 2014, AB 2014/221 en ABRvS 2 april 2014, AB 2014/220, m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje.

11 Zie ook ABRvS 20 augustus 2014, JB 2014/185, m.nt. L.J. Wildeboer; ABRvS 11 september 2013, Gst. 2013/128, m.nt. C.N. van der Sluis, JB 2013/204, m.nt. G. Overkleef-Verburg.

12 ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1630; ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1636, ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1651, AB 2015/232, m.nt. Ortlep.

heeft¹³ – , is van enkele eisen voorzien. Naar het oordeel van de Afdeling – en inmiddels ook de Centrale Raad van Beroep¹⁴ – is pas sprake van een ingebrekestelling als duidelijk is dat de belanghebbende het bestuursorgaan maant om alsnog een bepaald besluit te nemen. Daarvan is sprake indien voldoende duidelijk is op welke aanvraag het geschrift betrekking heeft, dat belanghebbende zich op het standpunt stelt dat het bestuursorgaan niet tijdig op de aanvraag heeft beslist en dat belanghebbende erop aandringt dat een zodanige beslissing alsnog wordt genomen.¹⁵

Verder is de mogelijkheid van inzet van het instrument om leges te heffen bij Wob-verzoeken verruimd of in ieder geval verduidelijkt. Op grond van vaste rechtspraak kunnen door gemeenten leges worden geheven bij diensten in de zin van artikel 229, eerste lid, onderdeel b, van de Gemeentewet in het geval die werkzaamheden rechtstreeks en in overheersende mate verband houden met dienstverlening ten behoeve van een individualiseerbaar belang. Als het gaat om een algemeen belang is het heffen van leges derhalve niet mogelijk.¹⁶ In 2012 heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat er ook een grondslag in de Wob ligt voor het heffen van leges, mede afgeleid uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wob.¹⁷ Een belangrijk deel van de werkzaamheden van bestuursorganen in het kader van Wob-verzoeken betreft evenwel juist dit algemeen belang. Immers, openbaarheid op grond van de Wob dient als gezegd dit algemene belang van openbaarheid en niet het individuele belang van de verzoeker. Dit betekent dat voor activiteiten als het opzoeken van declaraties, het anonimiseren van documenten en het vervaardigen van overzichten geen kosten in rekening mogen worden gebracht. Het maken van kopieën of het maken van samenvattingen van de inhoud van een document is echter wel een specifieke hoedanigheid waarin de verzoeker de informatie wenst te ontvangen. Deze werkzaamheden dienen derhalve wel een individualiseerbaar belang en kunnen daarom aan leges worden onderworpen.¹⁸

13 Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29934, nr. 6, p. 12; *Kamerstukken II* 2005/06, 30435, nr. 3, p. 17.

14 Zie CRvB 4 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2682. Aanvankelijk oordeelde de CRvB nog anders. Vgl. CRvB 18 december 2012, AB 2013/152, m.nt. R. Stijnen; CRvB 26 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1219; CRvB 17 juni 2014, JB 2014/179.

15 ABRvS 24 december 2014, AB 2015/47, m.nt. R. Ortlep.

16 HR 7 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2090.

17 ABRvS 22 augustus 2012, *Gst.* 2012/110, m.nt. C.N. van der Sluis.

18 HR 8 februari 2013, *Gst.* 2013/77, m.nt. C.N. van der Sluis. Dat geldt bijvoorbeeld eveneens wanneer informatie reeds openbaar is, bijvoorbeeld in een audiobestand, maar de verzoeker de informatie desondanks in schriftelijke vorm wenst te ontvangen. Vgl. Hof Amsterdam 10 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:558.

3.2. Misbruik van bevoegdheid of recht

Een meer ingrijpende wijze om misbruik van de Wob aan te pakken is dat de rechter het leerstuk van misbruik van bevoegdheid en/of recht is gaan gebruiken. Op 19 november 2014 stelde de Afdeling – eindelijk – met behulp van dit leerstuk in zekere mate paal en perk aan de werkwijze van enkele notoire ‘Wob-misbruikers’.¹⁹ In een drietal principiële uitspraken constateerde de Afdeling dat op grond van artikel 3:13 jo 3:15 BW een Wob-verzoeker misbruik kan maken van een hem toekomend recht en dat dit tot niet-ontvankelijkheid van de verzoeker kan leiden.

Deze rechtspraak van de Afdeling sloot aan op de visie van de civiele rechter, die al in 2013 tot een soortgelijk oordeel was gekomen.²⁰ De civiele rechter werd al eerder in voorkomende gevallen door bestuursorganen geadieerd met het verzoek om stromen Wob-verzoeken van notoire ‘lastpakken’ in te perken. Meest in het oog springende zaak in dit verband is ongetwijfeld de kwestie tussen de gemeente Dordrecht en ‘huisjesmelker’ Mustafa Karasahin. Desgevraagd oordeelde de rechtbank dat sprake was van ‘misbruik van recht’, gelet op het bijzondere grote aantal Wob-verzoeken, bezwaarschriften en andere correspondentie gericht aan de gemeente Dordrecht. Karasahin kreeg een ‘verzoeken- en beroepenverbod’ opgelegd, op straffe van fikse civiele dwangsommen. De dwangsommen bleken echter niet te helpen. Daarop wendde gemeente zich nogmaals tot de rechtbank, ditmaal met een verzoek tot gijzeling voor een jaar. Dit verzoek werd ingewilligd, opnieuw op grond van het leerstuk ‘misbruik van bevoegdheid’.²¹

Meer recent ging de gemeente Leiden nog een stapje verder door, naast een beperking op grond van misbruik van recht, tevens schadevergoeding te vorderen voor door haar gemaakte kosten.²² Deze vordering werd gedeeltelijk toegewezen. De Wob-verzoekers werden veroordeeld tot betalen van een vergoeding van onderscheidenlijk € 350,- en € 700,-.²³ De civiele rechter lijkt met

19 ABRvS 19 november 2014, ECLI:NR:RVS:2014:4129, ECLI:NR:2014:4135 en ECLI:NR:RVS:2014:4185.

20 Rb. Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NR:RBROT:2013:BZ4905, AB 2013/151, *Gst.* 2013/86, *Jg* 2013/24, *Jg* 2013/32, *Ars Aequi* AA20130681, *NJF* 2013/228. Voor meer informatie over deze bekende, opmerkelijke en nog altijd lopende kwestie: www.dordrecht.nl zoekterm: Karasahin. Verder bv: Rb. Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12223, AB 2014/416.

21 Rb. Rotterdam 25 september 2014, AB 2014/415, m.nt. T. Barkhuysen en L.M. Koenraad.

22 Rb. Den Haag 22 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10157 en C/09/473212.

23 Dit soort uitspraken worden expliciet onder de aandacht gebracht bij gemeenten. Zie bijvoorbeeld: *Transparant bestuur 2016, een praktische handleiding voor gemeenten over de Wet openbaarheid van bestuur*, VNG december 2015, p. 96 e.v.

dit soort uitspraken een stap voor te lopen op de bestuursrechtelijke ‘misbruik’ jurisprudentie. Wat is de lijn in deze rechtspraak van de bestuursrechter?

Als gezegd, de uitspraken van 19 november 2014 betroffen de eerste zaken waarin ook de Afdeling misbruik van recht in Wob-zaken constateerde. De zaken betroffen een aantal juridische adviesbureaus die door de jaren heen een werkwijze hadden vormgegeven met het oog op het incasseren van proceskosten en dwangsommen.²⁴ Deze adviesbureaus zochten, met name via internet, ‘slachtoffers’ van opgelegde verkeersboetes. Eenmaal in contact lieten ze deze ‘slachtoffers’ een algemene machtiging tekenen ten behoeve van een procedure tegen de opgelegde boete. De bureaus gingen vervolgens op een ‘no cure no pay’ basis aan de slag. Zeer tot tevredenheid van de overtreder; zijn zaak werd opgepakt zonder dat er verder enige kosten aan verbonden waren.

Onderdeel van de vaste werkwijze was dat met een beroep op de Wob de onderliggende stukken van de boete, de bestuurlijke aangelegenheid, werden opgevraagd. Dat betrof doorgaans een uitgebreide lijst van stukken. Aanstellingsbesluiten, processen-verbaal, foto’s van de overtreding, ijkrapporten van eventueel gebruikte meetapparaat en meer van dat al werd door de adviseurs opgevraagd. Door de jaren heen was door hen heel nauwkeurig de werkwijze van het CVOM in kaart gebracht.²⁵ Dat betekende dat zij een goed zicht hadden op de interne afhandeling van de zaken, maar bijvoorbeeld ook beschikten over voor het publiek onbekende postadressen of faxnummers van het CVOM.

Met deze kennis in het achterhoofd poogden de adviseurs vervolgens de administratieve afhandeling van de verzoeken voor het CVOM zo moeilijk en onoverzichtelijk mogelijk te maken. De communicatie werd bewust gefrustreerd door een hele rits aan trucs. Zo werd bijvoorbeeld moedwillig meerdere malen om dezelfde documenten verzocht, werd de vraag naar documenten omtrent één en dezelfde overtreding over diverse Wob-verzoeken uitgesmeerd, werden Wob-verzoeken ‘verstopt’ in het administratief beroep tegen de boete, werden onjuiste of in het geheel geen zaaknummers genoemd en werd in de communicatie met het CVOM doelbewust tijdige besluitvorming gefrustreerd door andere dan de aangegeven postadressen of faxnummers te gebruiken. De werkwijze was vilein, goed gecoördineerd en jarenlang succesvol.

24 Een lucratieve aangelegenheid; zie voor een overzicht van – enkel – de door één gemachtigde jaarlijks geïncasseerde dwangsommen bij het CVOM: ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1620, r.o. 2.2.

25 CVOM staat voor Centrale Verwerking Openbaar Ministerie. Dit is het parket van het OM dat onder meer is belast met de beroepszaken tegen boetes op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.

De Afdeling stelde in haar uitspraken deze werkwijze expliciet aan de kaak en concludeerde in de ter toetsing voorliggende gevallen, met verwijzing naar artikel 3:13 jo 3:15 BW, tot misbruik van recht. Volgens de Afdeling zijn daartoe wel zwaarwichtige gronden vereist die onder meer aanwezig zijn indien rechten of bevoegdheden zodanig evident zijn aangewend zonder redelijk doel of voor een ander doel dan waartoe zij zijn gegeven, dat het aanwenden van die rechten of bevoegdheden blijk geeft van kwader trouw. In haar uitspraken betrok de Afdeling verder de achtergrond van de verzoekers. Als rechtsbijstandverleners hebben deze in het verleden vele procedures betreffende verkeersboetes, Wob-verzoeken en het niet tijdig nemen van besluiten gevoerd. Zij worden geacht over ruime kennis en ervaring te beschikken. Daarnaast staat hen, als belangenvertegenwoordiger, de weg van 7:18 Awb open om de op de zaak betrekking hebbende stukken te verkrijgen. Nu zij de bevoegdheid hebben gebruikt met kennelijk geen ander doel dan ten laste van de overheid dwangsommen te incasseren, geeft dit gebruik blijk van kwade trouw. Derhalve hebben zij misbruik gemaakt van een wettelijke bevoegdheid, aldus de Afdeling.

Met deze principiële uitspraken werd een belangrijk schot voor de boeg gegeven bij Wob-misbruikers. De motivering is echter dusdanig specifiek dat voor een al te breed toepassingsbereik geen plaats is. Terecht waarschuwden Van der Sluis en West direct al voor té euforische reacties.²⁶ Voor bestuursorganen is het zaak om niet te snel te grijpen naar het middel van misbruik van recht; ongeacht (gerechtvaardigde) vermoedens ten aanzien van het oogmerk van verzoekers. Er is een behoorlijk dossier voor nodig is om een zeker doelmatig frustreren van de procedure te kunnen construeren. Om tot misbruik van recht te concluderen enkel en alleen omdat het verzoek veel werk oplevert of onhandig is geformuleerd, bieden deze uitspraken, net als in het verleden overigens, onvoldoende aanknopingspunten.

De uitspraken dienden natuurlijk wel als dankbare inspiratiebron voor bestuursorganen die verwickeld waren of raakten in procedures met ‘misbruikers’. Het veelvuldige beroep op het misbruikcriterium maakte dat er een stroom van jurisprudentie op gang kwam over de vraag of hiervan in het voorliggende geval sprake was. Bij de beantwoording van deze vraag door de Afdeling komen de hiervoor aangehaalde elementen in latere uitspraken steeds terug.²⁷

²⁶ *Gst.* 2014/124.

²⁷ Zie voor een overzicht van die omstandigheden: ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1620, AB 2015/243, m.nt. P.J. Stolk.

4. OPLOSSINGEN: DE WETGEVER

4.1. Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen ter voorkoming van misbruik

In 2010 heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties enkele verkennende onderzoeken laten uitvoeren om mogelijkheden om misbruik van de Wob in beeld te krijgen.²⁸ In 2013 heeft het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) in opdracht van de ministers van Veiligheid en Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties onderzoek laten doen naar drie versnellingsinstrumenten uit de Awb, waaronder de dwangsomregeling.²⁹ In genoemd onderzoek wordt onder andere geconcludeerd dat de eenvoudigste manier om te voorkomen dat burgers ‘zich verrijken ten koste van de overheid en de belastingbetaler’ inhoudt dat de Wob-verzoeken moeten worden uitgezonderd van de dwangsomregeling. Mede naar aanleiding van deze onderzoeken, in het bijzonder het laatste, heeft de regering een wetsvoorstel ingediend om misbruik van de Wob aan te pakken.³⁰ Op 7 juni 2016 is dit voorstel door de Tweede Kamer aangenomen en op 14 juni bij de Eerste Kamer ingediend.³¹ Op 12 juli heeft de Eerste Kamer ermee ingestemd.³²

Kern van dit wetsvoorstel is dat door een nieuwe artikel 15 in de Wob paragraaf 4.1.3.2 Awb, die betrekking heeft op de dwangsom bij niet tijdig beslissen, niet meer van toepassing wordt verklaard op besluiten op grond van de Wob en op beslissingen op bezwaar tegen deze besluiten. Dat betekent – en dat is een niet onbelangrijk nadeel van deze regeling – dat de stok achter de deur, bedoeld om te voorkomen dat bestuursorganen niet tijdig beslissen, verdwijnt. Het betekent echter vooral ook dat verzoeken om informatie als bedoeld in artikel 3 van de Wob de facto niet meer gericht kunnen zijn op het innen van dwangsommen.³³ Verder wordt hiermee ook bereikt dat beschikkingen op verzoeken om hergebruik van overheidsinformatie als bedoeld in artikel 11b van de Wob zijn uitgezonderd van de dwangsomregeling. Daarmee wordt beoogd een zogenaamd waterbedeffect te voorkomen, aangezien ook bij verzoeken om hergebruik in potentie sprake kan zijn van grootschalig op innen

28 Zie het eerder aangehaalde rapport van Research en Beleid 2010, als ook, het eerder aangehaalde onderzoek van Duijkersloot, Jurgens en Tappeiner, *Vexatious requests*.

29 Schueler, B.J., Blekemolen, M., Duijkersloot, A.P.W., Modderman, C.B., Ortlep, R., Scholtes, H.H.M., *Evaluatie van een drietal versnellingsinstrumenten uit de Awb*, Oisterwijk: WLP 2013.

30 Wijziging van Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen ter voorkoming van misbruik. Kamerstukken II, 2014/15, 34106, nr. 1-3.

31 *Kamerstukken I*, 2015/16, 34106, nr. A.

32 <http://m.binnenlandsbestuur.nl/nieuws/einde-aan-misbruik-wob.102470.lynkx>.

33 Vgl. *Kamerstukken II*, 2014/15, 34106, nr. 3, p. 4.

van dwangsommen gericht misbruik. Immers, ook bij die verzoeken is veelal niet kenbaar dat zij mogelijk zijn gericht op het innen van dwangsommen en geldt bovendien dat de verzoeker geen belang hoeft te stellen (artikel 11b, derde lid, van de Wob). Ook beslissingen op bezwaar tegen beschikkingen op verzoeken om informatie of om hergebruik worden uitgezonderd van de dwangsomregeling, omdat het bezwaar immers een volledige heroverweging betreft van die beschikking. Weliswaar zijn beslissingen op bezwaar ook besluiten op grond van de Wob, maar voor alle duidelijkheid is ervoor gekozen om de beslissingen op bezwaar apart te noemen.³⁴

Naast het buiten toepassing verklaren van de Awb regeling inzake de dwangsom bij niet tijdig beslissen wordt in het voorstel in twee nieuwe artikelen, artikel 15a en 15b Wob, voorzien in enkele procedurele instrumenten die misbruik van de Wob verder kunnen tegengaan. Achtergrond daarvoor is blijkens de memorie van toelichting de opvatting van de regering dat degene die een omvangrijk Wob-verzoek indient, zich ervan bewust moet zijn dat hij van het bestuursorgaan niet het onmogelijke kan vragen. Indien de beslistermijn dreigt te worden overschreden, zal sprake moeten zijn van open en reëel overleg om te komen tot een bij het verzoek passende beslistermijn. Daarbij zal sprake moeten zijn van een serieus streven om er samen uit te komen. Het enkel aanhoren van argumenten volstaat dus niet, evenmin als het onwrikbaar vasthouden aan het eigen standpunt en het uitsluiten van een gerechtvaardigde opstelling van de ander.³⁵

Artikel 15a, lid 1, Wob gaat bepalen dat, in afwijking van artikel 7:1, eerste lid, sub f, Awb tegen het niet tijdig nemen van een besluit op een Wob verzoek, alvorens beroep in te stellen bezwaar kan worden gemaakt. Op grond van lid 4 blijft de vergoeding van proceskosten op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb achterwege, indien de indiener van het bezwaarschrift, gelet op de omvang van het verzoek, kennelijk onvoldoende heeft meegewerkt aan het bereiken van overeenstemming over een opschorting van de beslistermijn als bedoeld in artikel 4:15, tweede lid, Awb of het niet tijdig nemen van een besluit kennelijk het gevolg is van de wijze van indiening van het verzoek.

Artikel 15b voorziet in soortgelijke instrumenten voor de bestuursrechter, wanneer deze uiteindelijk wordt benaderd wegens het niet tijdig nemen van een besluit op een Wob-verzoek. Op grond van lid 2 bepaalt de bestuursrechter, indien hij oordeelt dat het niet tijdig nemen van een besluit op een Wob-verzoek kennelijk het gevolg is van de wijze van indiening van het verzoek en nog geen besluit is bekendgemaakt, indien het verzoek hiertoe aanleiding geeft, in afwijking van artikel 8:55d, eerste lid, van de Algemene wet bestuurs-

³⁴ *Kamerstukken II*, 2014/15, 34106, nr. 3, p. 4-5.

³⁵ *Kamerstukken II*, 2014/15, 34106, nr. 3, p. 5-6.

recht een langere termijn waarbinnen het bestuursorgaan alsnog een besluit bekendmaakt. Op grond van lid 3 kan hij artikel 8:74, eerste lid, Awb buiten toepassing laten en een proceskostenveroordeling op grond van artikel 8:75, eerste lid, Awb achterwege laten, indien de indiener van het beroepschrift, gelet op de omvang van het verzoek, onvoldoende heeft meegewerkt aan het bereiken van overeenstemming over:

- a. een opschorting van de beslistermijn als bedoeld in artikel 4:15, tweede lid, Awb, of
- b. verder uitstel van de beslistermijn als bedoeld in artikel 7:10, vierde lid, Awb.

Op grond van lid 4 kan de bestuursrechter eveneens artikel 8:74, eerste lid, buiten toepassing laten en een proceskostenveroordeling op grond van artikel 8:75, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht achterwege laten, indien hij oordeelt dat het niet tijdig nemen van een besluit kennelijk het gevolg is van de wijze van indiening van het verzoek.

4.2. Het wetsvoorstel Wet open overheid

Naast het boven besproken wetsvoorstel, dat specifiek is gericht op het tegengaan van misbruik van de Wob, moet gewezen worden op het veel algemenere wetsvoorstel Wet open overheid (Woo), een initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Voortman (GroenLinks) en Schouw (D66). Dit voorstel bouwt voort op een eerder voorstel van oud kamerlid Peters (GroenLinks) uit 2012 houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (de Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur).³⁶ Inmiddels, sinds 26 april j.l., ligt het voorstel voor een Wet open overheid bij de Eerste Kamer.³⁷

Kerndoel van dit voorstel is om overheden en semi-overheden transparanter te maken en zo het belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische rechtsstaat, de burger, het bestuur en economische ontwikkeling beter te dienen. De Wet openbaarheid van bestuur zal worden ingetrokken. Om dit doel te bereiken verankert het voorstel de toegang tot publieke informatie en het hergebruik van die informatie als rechten van burgers. Daarnaast wordt de actieve openbaarheid versterkt door het verplicht stellen van openbaarmaking uit eigen beweging van bepaalde categorieën informatie. Overheidsorganen moeten een online beschikbaar register gaan bijhouden van de documenten en datasets waarover zij beschikken. Om de gewenste normalisering in de verhouding tussen burger en overheid te bewerkstelligen en de implementatie van deze wet te bevorderen, zou, naar Engels voorbeeld,

³⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 1-3.

³⁷ *Kamerstukken I* 2015/16, 33328, nr. A. Schouw is inmiddels als indiener vervangen door Van Weyenberg.

ook de functie van Informatiecommissaris worden gecreëerd. Diens taak is het om organen en burgers te ondersteunen en om conflicten op te lossen door belangen bij elkaar te brengen.

Een onderdeel van het voorstel is ook de aanpak van misbruik van openbaarheidsregelingen. Het voorstel bevat hiertoe allereerst een zgn. antimisbruikbepaling. Artikel 4.6 Woo gaat het volgende bepalen: indien de verzoeker kennelijk een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie of indien het verzoek evident geen bestuurlijke aangelegenheid betreft, kan het bestuursorgaan binnen twee weken na ontvangst van het verzoek, dan wel onverwijld nadat is gebleken dat de verzoeker kennelijk een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie, besluiten het verzoek niet te behandelen. Deze bepaling roept wel enkel fundamentele vragen op. Biedt een dergelijke bepaling een effectieve basis om misbruik aan te pakken? Op het eerste gezicht zou men zeggen van wel, maar uit het eerder aangehaalde onderzoek 'Vexatious requests' kan worden opgemerkt dat een duidelijk verband tussen een antimisbruikbepaling, in dit geval in het Verenigd Koninkrijk, en het afnemen van misbruik, lastig is vast te stellen.³⁸ Verder kan men zich afvragen hoe dient te worden vastgesteld of de verzoeker kennelijk een ander doel heeft dan verkrijging van publiek informatie. Gelet op het gebruik van de term 'kennelijk' dient dit niet aan twijfel onderhevig te zijn, maar in de praktijk kan dit voor een bestuursorgaan toch lastig zijn. Het risico bestaat daarbij ook dat dit door hen (te) gemakkelijk wordt aangenomen. In het voorstel was eerst voorzien in een rol van de Informatiecommissaris op dit punt – deze zou in navolging van de Information Commissioner in het Verenigd Koninkrijk nadere richtlijnen kunnen opstellen over de hantering van deze antimisbruikbepaling – maar nu deze inmiddels geen deel meer uitmaakt van het voorstel, zal het uiteindelijk de rechter zijn die de gebruikmaking van deze bepaling door bestuursorganen zal moeten toetsen en nader inkaderen. Een andere vraag is wanneer evident geen sprake is van een bestuurlijke aangelegenheid? Dit laatste begrip is in de Woo – anders dan in de huidige Wob, waar in art. 1 sub b wordt aangegeven dat een bestuurlijke aangelegenheid een aangelegenheid is die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan – niet nader omschreven. Aangenomen mag worden dat aangesloten zal worden bij de interpretatie van het begrip, in doctrine en rechtspraak, onder de huidige Wob. In ieder geval kan ook hier de Informatiecommissaris geen rol vervullen en zal het, wederom de rechter zijn die er nadere invulling aan moet geven en uiteindelijk ook zal moeten toetsen of van een dergelijke aangelegenheid evident geen sprake was.

Naast deze antimisbruikbepaling kan worden gewezen op art. 8.2 tot en met 8.5 van de voorstel Woo, waarin een op een wordt aangesloten bij de regeling

38 Duijkersloot, Jurgens en Tappeiner, a.w., p. 55.

zoals deze in het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen ter voorkoming van misbruik is voorzien. In art. 8.2 Woo wordt de Wet dwangsom niet meer van toepassing verklaard op, in dit geval, Woo-besluiten, art. 8.3 bevat de regeling zoals voorzien in art. 15a Wob en art. 8.5 de regeling zoals voorzien in art. 15b Wob.

5. GEMISTE KANSEN?

5.1. Algemeen

In het voorgaande is aangegeven op welke wijze de rechter oneigenlijk gebruik van de Wob is gaan aanpakken. Verder is aandacht besteed aan de vraag welke oplossingen de wetgever op termijn voorstaat om de uitdaging van misbruik van de wettelijke regeling het hoofd te bieden. In deze paragraaf wordt tenslotte stilgestaan bij de vraag of beide staatsmachten kansen hebben gemist bij de bestrijding van Wob-misbruik. Daarbij zal als eerder aangegeven, gelet op het onderwerp van deze bundel, met name worden ingezoomd op de rechter. Dat de wetgever niet erg voortvarend heeft gehandeld bij aanpak van het Wob-misbruik, is een voor de hand liggende en ook terechte conclusie. Immers, nog steeds, zo'n tien jaar na de erkenning van het probleem, is een wettelijke regeling die soelaas zou kunnen bieden afwezig. Inmiddels zit er gelukkig wel wat schot in de zaak, maar de Eerste Kamer dient nog akkoord te gaan met zowel het regeringsvoorstel tot met name de buiten toepassing verklaring van de Awb-bepalingen inzake de dwangsom bij niet-tijdig beslissen, als met het initiatief-voorstel Woo en in het bijzonder de daarin voorziene anti-misbruikregeling. De vraag is vervolgens of (ook) de rechter, en dan met name de bestuursrechter, kansen heeft gemist: had de bestuursrechter misbruik van de Wob beter kunnen aanpakken dan hij tot nu toe heeft gedaan?

5.2. Meer voortvarendheid?

Evenals bij de rol van de wetgever, kan hier in algemene zin worden opgemerkt dat met name de Afdeling de afgelopen jaren wellicht wat voortvarender had kunnen handelen waar het gaat om haar mogelijke rol in de bestrijding van Wob-misbruik. Zoals in paragraaf 3 al is aangegeven heeft zij de principiële vormvrijheid van een Wob-verzoek ingekleurd met enkele vormvereisten; hetzelfde gaat op voor de ingebrekestelling. Dat bood de praktijk enig soelaas. Verstopte Wob-verzoeken en ingebrekestellingen werden daarmee uit de gereedschapskist van Wob-verzoekers ontvreemd. Maar het heeft relatief lang geduurd voordat het onmiskenbare signaal vanuit de beroepspraktijk dat de 'beroeps-Wobbers' een halt toe geroepen diende te worden uiteindelijk is vertaald in de meer principiële, en later nog aangescherpte, 'misbruik van recht' aanpak. Daarbij zei hier al wel reeds opgemerkt dat de rechter niet alleen deze

problemen in de beroepspraktijk voor ogen dient te hebben, maar ook andere aspecten in zijn overwegingen dient te betrekken.

De vraag is dus waarom de Afdeling pas vrij recent, in 2014, deze stap naar de erkenning van de principiële mogelijkheid van misbruik van recht bij Wob-verzoeken heeft gezet.

Een verklaring kan niet gevonden worden in veranderde wet- en regelgeving. Het aan het oordeel van ‘misbruik van recht’ ten grondslag gelegde artikel 3:13 BW is sinds de invoering in 1992 ongewijzigd gebleven. Evenmin kan een verklaring gevonden worden in de bij de Afdeling aangevoerde gronden. De niet-ontvankelijk verklaring in het geval van misbruik van recht kan immers ambtshalve geschieden. Ook een veranderde werkwijze van de misbruikers biedt geen verklaring. Gedacht zou kunnen worden dat het CVOM haar interne bedrijfsvoering beter op orde heeft gekregen, waardoor de methodiek van misbruikers zich door de jaren heen verder heeft moeten verfijnen. Juist die verfijnde nieuwe werkwijze zou de Afdeling dan tot de conclusie hebben kunnen leiden dat dit ‘misbruik van recht’ oplevert. Deze verklaring overtuigt echter niet. De criteria die de Afdeling formuleerde in haar ‘misbruik van recht’ jurisprudentie zijn ook op eerdere dossiers toepasbaar. Iedereen die in het veld actief is en de werkwijze van misbruikers kent, zal moeten beamen dat ook in een veel eerder stadium door de Afdeling op basis van vergelijkbare dossiers soortgelijke conclusies getrokken had kunnen worden.

De afwachtende houding van de Afdeling is wellicht wel te verklaren vanuit de klassieke trias-gedachte; de idee dat het primair aan de wetgever zou zijn om deze problematiek te adresseren.³⁹ Mogelijk is de Afdeling (pas) eind 2014 dan tot de conclusie gekomen dat wetgeving te lang op zich liet wachten en bepaalde vormen van excessief Wob-misbruik een halt moesten kunnen worden toegevoerd. Ook is het niet ondenkbaar dat de Afdeling heeft gearzeld vanwege een ander rechtstatelijk bezwaar dat kleefte aan de niet-ontvankelijkheid van het beroep als processuele consequentie van het oordeel dat de eisende partij misbruik van procesrecht maakt: aan een belanghebbende wordt in de kern het recht op toegang tot de onafhankelijke rechter ontzegd, hetgeen problematisch kan zijn gelet op art. 6 EVRM en art. 47 Handvest van de grondrechten van de EU, zeker waar een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt.⁴⁰

39 Deze klassieke opvatting van de Trias-leer is overigens niet vrij van kritiek. Zie bijvoorbeeld: L. van de Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, hoofdstuk 9. (te verschijnen in oktober 2016).

40 Vgl. Barkhuysen en Koenraadt in annotatie bij ABRvS 19 november 2104, *Gst.* 2015/33, later herhaald bij ABRvS 16 december 2015, *AB* 2016/162.

Uiteindelijk blijft het lastig precies te duiden waarom de Afdeling zich in het begin terughoudend heeft opgesteld en pas eind 2014 overgegaan is tot het erkennen van misbruik van recht bij bepaalde Wob-verzoeken. Daarbij speelt ook een rol dat de overwegingen die ten grondslag liggen aan het introduceren of bijstellen van een bepaalde jurisprudentielijn door de Afdeling lang niet altijd expliciet worden gemaakt in haar motivering.⁴¹ Die overwegingen hoeven daarbij niet eens altijd te worden gevonden in fundamenteel gewijzigde inzichten, maar kunnen eenvoudigweg ook zijn gelegen in bijvoorbeeld de personele samenstelling van de Afdeling.

Hoe het ook zij: de Afdeling is uiteindelijk (pas) op 19 november 2014 overgegaan tot het meer fundamenteel adresseren van oneigenlijk gebruik van de Wob zonder dat daar een echt duidelijke objectieve oorzaak aan ten grondslag lag. Gelet op de ‘misbruik jurisprudentie’ en de latere verdere aanscherping daarvan, rekent de Afdeling het thans dus kennelijk tot haar taak om, binnen marges, de rechtspraktijk van handvatten te voorzien ter bestrijding van oneigenlijk gebruik. Die constatering rechtvaardigt de conclusie dat de Afdeling ook eerder had kunnen ingrijpen.

Deze aarzelende erkenning heeft ook gevolgen. Zoals gezegd heeft de Afdeling in haar eerste ‘misbruik van recht’ uitspraken in 2014 een algemeen criterium aangegeven waar aan moet zijn voldaan om van een dergelijk misbruik te kunnen spreken: daartoe zijn zwaarwichtige gronden vereist, die onder meer aanwezig zijn indien rechten of bevoegdheden zodanig evident zijn aangevend zonder redelijk doel of voor een ander doel dan waartoe zij zijn gegeven, dat het aanwenden van die rechten of bevoegdheden blijk geeft van kwade trouw. Een dergelijk algemeen criterium dient in latere rechtspraak te worden geconcretiseerd. Voor de praktijk betekent dit dat onduidelijkheid kan blijven bestaan over de toepasselijkheid van dit criterium in concrete gevallen. Inmiddels heeft de Afdeling in diverse uitspraken het misbruik-criterium toegepast en geconcretiseerd. Daarbij lijkt zij soms een niet al te stricte benadering te kiezen.

Zo gaat de Afdeling in haar uitspraak van 23 december 2015 in op het procesgedrag van verzoeker.⁴² Dat geeft blijk, aldus de Afdeling, van handelingen waarvan verzoeker moet hebben geweten dat deze een tijdige besluitvorming onnodig kon bemoeilijken. Zo was het verzoek neergelegd in een faxbericht

41 Vergelijk bijvoorbeeld de recente jurisprudentie met betrekking tot boetes op grond van de Wav: ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1421, AB 2015/291, m.n. C. Saris en E.C. van der Maden. Het ‘omgaan’ van de Afdeling in de alcoholslotprogramma jurisprudentie werd door de Afdeling weliswaar gemotiveerd, doch deze motivering overtuigde niet: ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

42 ABRvS 23 december 2015, ECLI:NR:RVS:2015:3967.

dat primair een administratief beroep tegen een verkeersboete inhield, werd correspondentie gericht aan een faxnummer behorende bij de afdeling Mulder en niet de afdeling Wob van het CVOM, en werd de minister – verdekt want niet expliciet – in gebreke gesteld in een faxbericht dat exact op dezelfde wijze aanvangt als het faxbericht waarmee administratief beroep werd ingesteld tegen dezelfde verkeersboete. Gelet op de beroepsmatige achtergrond van verzoeker, en daarmee samenhangende kennis en ervaring in dit soort procedures, kan dan volgens de Afdeling niet anders dan geconcludeerd worden dat verzoeker het oogmerk had op het incasseren van dwangsommen en proceskosten.

Strenger dan voorheen toetst de Afdeling thans ook het doel van het Wob-verzoek. Ondanks dat de indiener van een verzoek geen belang hoeft te stellen, is het in het kader van het onderzoek naar mogelijk misbruik van recht relevant om te beoordelen voor welk doel de gevraagde informatie gebruikt gaat worden, zo volgt onder meer uit uitspraken van 18 februari 2015 en 17 februari 2016.⁴³ In laatstgenoemde uitspraak lijkt de Afdeling zich activistischer op te stellen dan voorheen het geval was. Zo werd, kennelijk met in het achterhoofd om te bepalen of sprake was van misbruik van recht, in deze zaak een getuige opgeroepen en werd het niet gehoor geven aan de oproep om ter zitting te verschijnen de gemachtigde expliciet tegengeworpen.⁴⁴

Deze uitspraken kunnen dienen om te illustreren dat met de uitspraken van 19 november 2014 door de Afdeling niet alleen een belangrijke principiële stap is gezet, maar dat deze stap ook een aanzet is geweest in het doordenken en het verder aanscherpen en benutten van het instrument ‘misbruik van recht’. Ondanks de vanuit rechtstatelijk perspectief en gelet op het belang en doel van de Wob begrijpelijke terughoudendheid, had een aantal van deze stappen mogelijk al eerder kunnen worden gemaakt, met name ook als de erkenning van ‘misbruik van recht’ eerder had plaatsgevonden.

5.3. Onbenutte mogelijkheden?

Tot slot is er een aantal mogelijkheden binnen het huidige bestuursprocesrecht die door de rechter, al dan niet in samenspel met het betreffende bestuursorgaan, actiever (hadden) kunnen worden gebruikt en die een bijdrage aan ontmoediging van Wob-misbruik zouden kunnen leveren. Wij bespreken onderstaand kort drie mogelijkheden.

43 ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:426, AB 2015/119, m.nt. Ortlep, ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:395, AB 2016/184, m.nt. P.J. Stolk.

44 Zie r.o. 3.3.

5.3.1. *Op de zaak betrekking hebbende stukken*

Allereerst kan worden gewezen op de jurisprudentie rondom ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. Indien in een verzoek om informatie geen uitdrukkelijk beroep op de Wob wordt gedaan, maar wel wordt gevraagd om verschillende documenten die zien op de (met name) verkeersboetes, kent de Afdeling de vaste lijn dat dergelijke verzoeken niet als Wob-verzoek moeten worden aangemerkt, maar als een verzoek om toezending van op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 7:18, vierde lid, Awb.⁴⁵ Dit artikel voorziet specifiek voor belanghebbenden in een recht om hangende administratief beroep de op de zaak betrekking hebbende stukken op te vragen bij het beroepsorgaan. Artikel 11, vierde lid, en artikel 19, vierde lid, van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (hierna: de Wahv) voorzien in een soortgelijk recht hangende beroep bij de kantonrechter, onderscheidenlijk hoger beroep in een procedure tegen een verkeersboete. Na een dergelijk verzoek zou het toezenden van de documenten een feitelijke handeling betreffen, waartegen geen bestuurlijke rechtsmiddelen ontstaan. Een dergelijke handelwijze is zuiverder, maar natuurlijk wat minder productief voor de Wob-misbruiker.

De Afdeling zag zich, in haar uitspraken van 19 november 2014, geplaatst voor de vraag hoe een verzoek om informatie moet worden beschouwd, indien strikt genomen wordt verzocht om op de zaak betrekking hebbende stukken, maar door de gemachtigde daarbij expliciet om openbaarmaking hiervan op grond van de Wob wordt verzocht. De uitspraak met zaaknummer 201311752/1/A3 maakt duidelijk dat als vast komt te staan dat de indiener daadwerkelijk heeft beoogd dat de documenten voor een ieder openbaar worden, dit verzoek volgens de Afdeling als Wob-verzoek dient te worden aangemerkt. De Afdeling oordeelt dat het Wob-verzoek van appellante weliswaar is vervat in een administratief beroepschrift tegen een verkeersboete, maar concludeert dat er, gelet op de ervaring van de gemachtigden van appellante – zij werden geacht het onderscheid tussen de Wob en artikel 7:18, vierde lid, Awb, te kennen – en de uitlatingen hierover ter zitting, bewust voor is gekozen om de informatieverzoeken op de Wob te baseren en dat deze daarom ook als zodanig moeten worden beschouwd.

Deze redenering past in de bestendige lijn van de Afdeling en sluit aan bij de opvatting van de wetgever: het belang van de verzoeker bij de informatie doet

⁴⁵ ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4185, ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2222; ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1311; ABRvS 11 september 2013, *JB* 2013/204, m.nt. G. Overkleef-Verburg. Voor een overzicht zie de noot van E.C. Pietermaat bij ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129, *AB* 2015/93.

er bij de inhoudelijke beoordeling van een verzoek om informatie niet toe.⁴⁶ Hoe groot (of klein) het belang van de verzoeker bij (openbaarmaking van) de informatie ook is, de Wob maakt geen onderscheid.⁴⁷

Toch overtuigt de in deze uitspraak gehanteerde aanpak in het voorliggende geval niet. De omstandigheid dat het verzoek wordt gedaan in een administratief beroepschrift zou juist een belangrijke aanwijzing moeten zijn ten faveure van het oordeel dat er sprake is van een verzoek om op de zaak betrekking hebbende stukken. De door de Afdeling in haar overweging betrokken elementen zouden daarentegen nu juist géén rol dienen te spelen in die afweging. Moeilijk valt in te zien dat de achtergrond van de verzoeker een rol kan en mag spelen in de beoordeling van de vraag of er sprake is van een verzoek op grond van de Wob. Bij een Wob-verzoek doet de achtergrond van de verzoeker nu juist niet ter zake.

Voor het mee laten wegen van de uitlatingen ter zitting bij de Afdeling geldt hetzelfde. Een verzoek op grond van artikel 3 van de Wob is vormvrij. Dat laat evenwel onverlet dat het bestuursorgaan dient te beoordelen of een verzoek om toezending van een document een verzoek is om openbaarmaking op grond van de Wob of een verzoek om toezending of inzage op grond van een andere wettelijke regeling. Het is vervolgens aan de rechter om te bezien of deze beoordeling van het bestuursorgaan ten tijde van het nemen van het besluit juist is. De conclusie kan zijn dat het bestuursorgaan ten onrechte een verzoek als Wob-verzoek heeft gekwalificeerd of om nadere verduidelijking had moeten verzoeken.⁴⁸ Maar om dat oordeel mede te baseren op uitlatingen van de verzoeker ter zitting in hoger beroep lijkt zich niet goed te verhouden met het toetsingskader van de Wob.

De Afdeling had hier ‘soepeler’ moeten zijn en kunnen concluderen dat het verzoek zag op op de zaak betrekking hebbende stukken. Dat had de rechtspraktijk bij dit soort ‘verstopte’ verzoeken een extra stok achter de deur verschaft.

5.3.2. *Weigeren gemachtigde*

Verder zou het leerstuk van het weigeren van een gemachtigde (art. 8:25 Awb) in de nabije toekomst enig soelaas kunnen bieden. Dit artikel geeft de bestuursrechter de mogelijkheid het optreden als gemachtigde of het verlenen van bijstand door een persoon tegen wie ernstige bezwaren bestaan te weigeren. Van de bevoegdheid bijstand of vertegenwoordiging door een bepaalde

46 Nota n.a.v. het eindverslag Wob, *Kamerstukken II* 1988/89, 19859, nr. 9, p. 13-14.

47 ABRvS 28 november 2012, ECLI:RVS:2012:BY4365.

48 Vergelijk de uitspraak van 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4185.

persoon niet toe te staan zal slechts in uitzonderingsgevallen gebruik mogen worden gemaakt. Er moet dan sprake zijn van ernstige bezwaren tegen die persoon. Deze bezwaren kunnen van uiteenlopende aard zijn. Te denken is in de eerste plaats aan gevallen van ernstige en evidente ondeskundigheid. Ook kan gedacht worden aan gemachtigden die herhaaldelijk de normale gang van zaken, eventueel onder bedreiging van geweld, verstoren.⁴⁹ Voor contacten met bestuursorganen is een gelijke regeling getroffen in art. 2:2 Awb. Deze is van betekenis voor de bestuurlijke voorprocedures.

Uit de jurisprudentie volgt dat de rechter kritisch is, indien het bestuursorgaan gebruik maakt van de aan haar toekomende bevoegdheid om een gemachtigde te weigeren op grond van artikel 2:2 Awb. Zo zijn uitlatingen richting medewerkers van het bestuursorgaan waarbij het handelen van deze medewerkers wordt vergeleken met de tijdens de Tweede Wereldoorlog gepleegde misdaden daarvoor onvoldoende.⁵⁰ Gelet op de ingrijpendheid van de maatregel brengt de zorgvuldigheid ook mee dat pas gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid de betrokken persoon te weigeren, indien deze op geschikte wijze is gewaarschuwd.⁵¹

Toch kan dit instrument een aanknopingspunt bieden om bepaalde Wob-misbruikers buiten de deur te houden, danwel hun gedrag te ontmoedigen. Aangesloten zou kunnen worden bij de hierboven besproken misbruik-jurisprudentie. Indien een gemachtigde die een procedure aanhangig maakt diverse malen wegens misbruik van recht door de rechter op de vingers is getikt, zou dit instrument de mogelijkheid kunnen bieden een gemachtigde op grond van artikel 2:2 Awb (in de bestuurlijke voorprocedure) of artikel 8:25 Awb (in de rechterlijke fase) uit de procedure te weren met een beroep op ernstige en evidente ondeskundigheid. Bestuursorganen dienen er hierbij wel op bedacht te zijn dat de procedure omtrent een ingediend verzoek nog wel dient te worden afgehandeld.⁵²

5.3.3. *Proceskostenveroordeling*

Op grond van artikel 8:75 Awb kan de bestuursrechter in zijn uitspraak een partij veroordelen in de proceskosten. In de rechtspraak is uitgewerkt wanneer een proceskostenveroordeling aan de orde is. Het Besluit proceskosten bestuursrecht is een nadere uitwerking van artikel 8:75 Awb en regelt welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Meestal is het bestuursorgaan

49 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 51.

50 Rb. Rotterdam, 8 juni 2006, AWB 05/3838-VERW.

51 ABRvS 29 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ3244.

52 ABRvS 19 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB3841, AB 2008/10, m.nt. R. Ortlepe en P. Willemsen.

de partij die wordt veroordeeld in de proceskosten van de burger.⁵³ Zoals in paragraaf 4 is besproken wordt door de wetgever voorzien in een regeling, zowel in het voorstel tot wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen ter voorkoming van misbruik als in het voorstel Woo, die een veroordeling in de proceskosten kan beperken in bepaalde specifieke situaties, bijvoorbeeld indien de rechter oordeelt dat het niet tijdig nemen van een besluit op een Wob-verzoek kennelijk het gevolg is van de wijze van indiening van het verzoek. Maar dit instrument zou ook in meer algemene zin mogelijkheden kunnen bieden.

Zoals bekend kan een natuurlijk persoon alleen in de proceskosten worden veroordeeld bij kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht.⁵⁴ Er moet sprake zijn van evident onnodig procederen. Enkel indien er bijzondere omstandigheden zijn waardoor kan worden vastgesteld dat het bij het instellen van (hoger) beroep duidelijk was dat geen positief resultaat was te verwachten, kan veroordeling in de proceskosten volgen.⁵⁵ Er moet iets bijzonders aan de hand zijn, waarbij alle omstandigheden van belang kunnen zijn bij de beoordeling. Wanneer gekeken wordt naar de parlementaire geschiedenis van artikel 8:75 Awb, dan valt op dat de wetgever vanaf het eerste begin ruimte heeft gezien om bij misbruik van (proces)recht (artikel 3:13 jo. 3:15 BW) andere partijen dan bestuursorganen in de kosten te veroordelen.⁵⁶ Deze bepaling biedt bestuursorganen in het geval van misbruik van procesrecht dus in beginsel de mogelijkheid om proceskosten op de 'Wob-misbruiker' te verhalen, waarbij geldt dat dit uiteraard alleen kan als er door een bestuursorgaan kosten zijn gemaakt bij het inhuren van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Een fundamentele beperking van dit instrument is natuurlijk dat deze proceskostenveroordeling alleen wordt uitgesproken in het geval de rechter oordeelt dat er sprake is van 'misbruik van recht'. Op voorhand is in een procedure niet altijd even goed in te schatten hoe reëel dat resultaat is. Er kunnen dus juridische kosten gemaakt worden zonder dat dit uiteindelijk gehonoreerd wordt met een proceskostenveroordeling van de wederpartij. Bovendien keert de wal in zoverre het schip dat de kosten die door het bestuursorgaan worden gemaakt, zelfs als een procedure wordt 'gewonnen' al snel de te incasseren proceskosten overtreffen. Bestuursorganen kiezen vooralsnog, begrijpelijkerwijs, (dus) voor vertegenwoordiging door haar ambtenaren. Dit laat evenwel onverlet dat het inhuren van (gespecialiseerde) derden wel voordelen kan

53 Artikkelsgewijs commentaar, 8:75 Awb, Xpert Bestuursrecht.

54 A.P.W. Duijkersloot en I.U. Tappeiner, *Antimisbruikregelingen van openbaarmakingsregelingen*, NTB 2011/21.

55 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8842.

56 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 152.

bieden. Wob-misbruikers zijn op zoek naar financieel gewin. Een verloren beroepszaak is niet alleen gevoelig vanwege het daarin uitgesproken oordeel, maar tevens vanwege het verlies van het door hen betaalde griffierecht. Een mogelijke veroordeling in de proceskosten werpt een extra drempel op en zou in voorkomende gevallen beroepsprocedures kunnen voorkomen.

6. CONCLUSIE

In deze bijdrage stond de vraag centraal welke oplossingen door wetgever en rechter zijn ontwikkeld om misbruik van de Wob aan te pakken en of deze staatsmachten, en in het bijzonder de rechter, wellicht kansen hebben laten liggen. Geconstateerd is dat de wetgever niet erg voortvarend is geweest, maar dat deze inmiddels in tamelijk vergevorderd stadium is met de behandeling van twee wetsvoorstellen, een specifiek van de regering afkomstig voorstel dat met name de Awb regeling inzake de dwangsom bij niet tijdig beslissen niet meer van toepassing verklaart op de Wob en het meer algemene initiatiefvoorstel Woo, dat met name voorziet in een anti-misbruikregeling. Vastgesteld is ook dat de rechter verschillende instrumenten heeft ingezet die Wob-misbruik kunnen tegengaan, waarbij met name de erkenning van ‘misbruik van recht’ door de Afdeling eind 2014 belangrijk is, zij het dat deze erkenning eerder had kunnen, misschien wel moeten, plaatsvinden. Verder is aangegeven dat enkele procesrechtelijke mogelijkheden door de rechter actiever hadden kunnen worden benut. Dit alles laat echter onverlet dat, zoals wel vaker, kan worden geconcludeerd het recht in het algemeen, en de rechter in het bijzonder, soms door burgers onder vuur worden genomen op een wijze die niet eenvoudig is te bestrijden. Misbruik van de Wob is hiervan een pregnant voorbeeld en zal als fenomeen helaas, ondanks alle (voorgenomen) inspanningen en maatregelen, de komende jaren de rechtspraktijk nog wel even bezighouden.

RECHTERLIJKE TOETSING VAN GLOBALE OMGEVINGSPLANNEN ZONDER HORIZON

Frank Groothuijse, Daan Korsse en Ben Schueler

1. PROBLEEMSCHETS

In Nederland wordt al enkele jaren intensief gewerkt aan wat waarschijnlijk het grootste wetgevingsproject uit de Nederlandse geschiedenis wordt: de nieuwe Omgevingswet.¹ Daarin wordt de omvangrijke wetgeving op het gebied van met name ruimtelijke ordening, milieu, natuur, water en bouwen, maar ook bijvoorbeeld monumentenzorg geïntegreerd. Deze wet zal verstrekende gevolgen hebben voor bestuursorganen, burgers en bedrijven, maar zal ook de rol van de rechter in het omgevingsrecht sterk beïnvloeden. De wetgever staat voor ogen dat de regels in het omgevingsrecht flexibeler en globaler worden, zodat er meer afwegingsruimte en handelingsvrijheid ontstaan voor bestuursorganen en initiatiefnemers. Zo worden de bestemmingsplannen, die nu vaak als knellend en beperkend worden ervaren, vervangen door omgevingsplannen, die voor de fysieke leefomgeving in een gemeente een ‘integrale regeling’ moeten bevatten die ruimte laten voor nadere afweging en keuzes. Kort gezegd: minder strakke regels, behalve waar dat nodig is. Wat betekent dat voor de rechterlijke toetsing?

Voordat wij daarop ingaan, werpen wij eerst een blik op de relevante context van de ruimtelijke ordening. De terugtrekkende overheid is ook hier waarneembaar. Waar de overheid traditioneel actief de regie voert over de ruimtelijke ontwikkeling van gebieden, wordt de roep om die regie in bepaalde gebieden deels over te dragen aan de markt, eigenaren, ondernemers en bewoners steeds luider. Uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling zijn in dat verband veel gebezigde termen.² Anders dan de meer traditionele gebiedsontwikkeling legt de overheid bij deze nieuwe vormen van ruimtelijke ordening niet een bepaalde blauwdruk van bovenaf op voor de ruimtelijke ontwikkeling van een bepaald gebied, maar laten uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling het initiatief daarvoor vooral bij burgers en

1 De Omgevingswet zelf is al door de tweede en de eerste kamer aangenomen. Er volgen nog o.a. vier algemene maatregelen van bestuur en andere lagere wetgeving, aanpassingswetgeving en aanvullingswetten. Het is de bedoeling dat dit complex van wetgeving in 2019 in werking treedt.

2 Zie bijvoorbeeld E.J. van Baardewijk en E.R. Hijmand, ‘Nieuwe stijlen van gebiedsontwikkeling (deel I): Enkele aspecten van organische ontwikkeling en uitnodigingsplanologie’, *BR* 2013/60.

bedrijven. De rol van de overheid is bij deze nieuwe vormen van gebiedsontwikkeling dus meer faciliterend dan regisserend van aard.

Uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling hebben ook hun weerslag op de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van het juridisch instrumentarium waarmee ruimtelijke ontwikkelingen worden gereguleerd. Het gemeentelijke bestemmingsplan is daarbij het belangrijkste juridische instrument, omdat daarin juridisch bindend wordt vastgelegd welke vormen van grondgebruik op een bepaalde locatie zijn toegestaan. Dat gebeurt door het ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening toekennen van bestemmingen aan de grond en het stellen van regels in verband met die bestemmingen.³ Handelen in strijd met het bestemmingsplan en de daarin opgenomen regels is verboden, tenzij daarvoor een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan is verleend.⁴ Het bestemmingsplan is ook één van de dwingende weigeringsgronden⁵ uit het zogenoemde limitatieve imperatieve toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Dit betekent dat als een bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan, de omgevingsvergunning voor bouwen *moet* worden verleend, tenzij zich een van de andere dwingende weigeringsgronden voordoet.

Om uitnodigingsplanologie en/of organische gebiedsontwikkeling mogelijk te maken, zal het bestemmingsplan voor het desbetreffende gebied niet een gedetailleerd eindbeeld van het gebied moeten vastleggen, maar zal het meerdere functies en uitvoerings- en uitwerkingsopties mogelijk moeten maken, zodat aan initiatiefnemers de nodige flexibiliteit wordt geboden. Flexibiliteit en globaliteit in een bestemmingsplan gaan vaak gepaard met een vermindering van de rechtszekerheid van de eigenaren en gebruikers van gronden. Indien een plan uitsluitend bepaalde nader beschreven functies en uitvoeringsvarianten toestaat, weten eigenaren en gebruikers met welke ruimtelijke ontwikkelingen zij in hun omgeving kunnen worden geconfronteerd. Laat een plan de exacte bepaling van toegelaten functies en uitvoeringsvarianten achterwege, dan hebben zij deze zekerheid in (veel) mindere mate.

Op grond van de huidige wet- en regelgeving is het niet onmogelijk om globale bestemmingsplannen vast te stellen. Globale plannen laten bepaalde aspecten van de ruimtelijke indeling nog oningevuld, bijvoorbeeld door niet de exacte locaties waar bouwwerken mogen worden gebouwd voor te schrijven, maar

3 Art. 3.1 Wro.

4 Art. 2.1 lid 1 onder c Wabo.

5 Naast het planologisch regime (o.m. ook bestemmingsplan en beheerverordening), zijn ook het Bouwbesluit 2012 (bouwtechnische eisen en gebruikseisen), de gemeentelijke bouwverordening (bouwen op vervuilde grond) en welstand dwingende weigeringsgronden voor de omgevingsvergunning voor bouwen (zie art. 2.10 lid 1 Wabo).

dit pas te concretiseren op het moment dat er daadwerkelijk een aanvraag om omgevingsvergunning voor een bouwplan wordt ingediend. Globaal bestemmen is, gelet op de huidige jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak) echter niet eenvoudig.

Uit de wettelijke plicht om een bestemmingsplan ten minste eenmaal in de tien jaar te herzien leidt de Afdeling bestuursrechtspraak af dat de daarin opgenomen bestemmingen ook binnen tien jaar uitvoerbaar moeten zijn.⁶ Voordat een bestemmingsplan wordt vastgesteld, moet worden onderzocht of in redelijkheid kan worden aangenomen dat het binnen tien jaar kan worden uitgevoerd. Voor een globaal bestemmingsplan, dat verschillende gebruiksfuncties, uitvoerings- en inrichtingsvarianten toestaat, zal het uitvoerbaarheidsonderzoek moeten zien op alle planologische gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden die het bestemmingsplan toestaat. Vanwege het limitatief-imperatieve stelsel bestaat er voor het bevoegd gezag immers geen nader afwegingsmoment op grond waarvan een bouwplan dat past binnen het geldende bestemmingsplan alsnog kan worden tegengehouden. Omdat het bij het uitvoerbaarheidsonderzoek gaat om uitvoerbaarheid in een ruime zin van het woord – dat wil zeggen maatschappelijke, economische, financiële en juridische uitvoerbaarheid –, kan een dergelijk onderzoek bij een globaal plan (dat veel verschillende ontwikkelingen mogelijk maakt) zeer belastend zijn, te meer aangezien de meeste toegestane (en dus te onderzoeken) functies en varianten niet daadwerkelijk zullen worden gerealiseerd.

Niet alleen de uitvoerbaarheid moet worden onderzocht. De onderzoeksplichten omvatten veel meer, met name de ruimtelijke (planologische) wenselijkheid van de beoogde ontwikkelingen, de aanvaardbaarheid van de gevolgen, de toelaatbaarheid in het licht van de regelgeving en de relatie met het bestaande beleid. Vaak moeten ook de gevolgen voor milieu en natuur worden onderzocht. De wetgeving kent bijzondere regelingen, zoals die voor de milieu-effectrapportage en voor het onderzoek naar de gevolgen voor beschermde natuurgebieden.

In het algemeen kan men stellen: hoe meer een bestemmingsplan toelaat, des te meer moet er worden onderzocht. Hierbij speelt een belangrijke rol dat Afdeling bestuursrechtspraak van een gemeentebestuur verlangt dat het bij de vaststelling van bestemmingsplannen en in de daarvoor noodzakelijke onderzoeken uitgaat van een maximale (representatieve) planologische invulling van alle daarin toegestane gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden.

6 Art. 3.1 lid 2 Wro. Indien het geldende bestemmingsplan dat moet worden geactualiseerd nog in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening kan de geldingsduur met tien jaar worden verlengd (art. 3.1 lid 3 Wro).

Hierbij wordt dus vaak uitgegaan van een situatie die zich weliswaar in theorie kan, maar in de praktijk zeer waarschijnlijk niet zal voordoen. Deze eis van planmaximalisatie heeft in de praktijk tot gevolg dat gemeenten bij de opstelling van bestemmingsplannen de gebruiks- en bebouwingmogelijkheden vaak direct beperken en gedetailleerd vastleggen. Dan laat het plan minder uiteenlopende ontwikkelingen toe dan wanneer het een globaal en flexibel plan betreft.

In de Omgevingswet wil de wetgever meer ruimte bieden voor uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling. Daarvoor moeten de zojuist genoemde moeilijkheden, die verweven zijn met de bestaande wetgeving en jurisprudentie, worden weggenomen. In deze bijdrage gaan wij in op de vraag hoe de wetgever deze belemmeringen probeert weg te nemen en welke gevolgen dat heeft voor de rechterlijke toetsing van omgevingsplannen. Achtereenvolgens gaan wij in op de mate van globaliteit van omgevingsplannen (paragraaf 2), het loslaten van de vaste planperiode en de gevolgen daarvan voor de uitvoerbaarheidseis (paragraaf 3) en het doorschuiven van onderzoeksplichten naar een nader beslismoment (paragraaf 4).

2. WELKE MATE VAN GLOBALITEIT IS ACCEPTABEL?

2.1. Globaal bestemmen en rechtszekerheid

Aan de toekomstige Omgevingswet ligt de bedoeling ten grondslag dat een omgevingsplan niet een gedetailleerd eindbeeld van het gebied moet vastleggen. Het mag wel, maar een gemeenteraad mag kiezen voor een globalere toedeling van functies en globalere en flexibeler regels. In de tekst van de Omgevingswet is niet een bepaling opgenomen die deze globale planning met zoveel woorden toestaat. Uit het feit dat de wet geen gedetailleerd uitgewerkt omgevingsplan voorschrijft, moet worden afgeleid dat de regeling globaal mag zijn. In de memorie van toelichting is uiteengezet waarom de mogelijkheid van globale planning wenselijk wordt geacht. Het hierboven in de inleiding beschreven concept van de uitnodigingsplanologie wordt daarbij belangrijk gevonden evenals de daarmee deels samenhangende wens om gemeenten en initiatiefnemers meer afwegingsruimte en flexibiliteit te geven.

Voor de rechter roept deze toekomstige ontwikkeling de vraag op wat hij ermee kan of zelfs moet. Daarbij is het goed te beseffen dat in de huidige Wet ruimtelijke ordening (uit 2008) en de voorgangers daarvan ook niet is voorgeschreven hoe gedetailleerd een plan moet zijn. Het is de jurisprudentie geweest die eisen ging stellen aan de inhoud van bestemmingsplannen. Daarbij speelde de eis van rechtszekerheid een belangrijke rol. Het ging niet alleen om het ongeschreven rechtszekerheidsbeginsel, maar ook om de rol die het bestemmingsplan tot nu toe inneemt in het systeem van de ruimtelijke

ordering. Meer specifiek gaat het om de plaats van het bestemmingsplan in het limitatieve-imperatieve toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. In zo'n gebonden en dwingend stelsel is, zo meende men, nodig dat uit het bestemmingsplan kan worden afgeleid of een bouwwerk wel of niet is toegestaan. Een *nader afwegingsmoment* zou daar niet bij passen. In het huidige omgevingsrecht is een regel als 'hoogbouw is toegestaan mits aan omliggende percelen geen onevenredig nadeel wordt toegebracht' daarom niet toelaatbaar. Want wat is onevenredig nadeel? En wat is hoogbouw? De gevoelde noodzaak van houvast heeft ertoe geleid dat regels en begrippen in de planregels moeten worden geconcretiseerd.

De rechtszekerheid die het bestaande stelsel aan derdebelanghebbenden biedt moet worden genuanceerd, omdat projecten die niet passen binnen het geldende bestemmingsplan in afwijking daarvan kunnen worden toegestaan als de initiatiefnemer daarvoor een omgevingsvergunning als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder c Wabo aanvraagt en verkrijgt. Dergelijke vergunningen kunnen uitsluitend worden verleend als het aangevraagde project niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Dergelijke afwijkingsvergunningen zijn in het verleden veelvuldig door gemeentebesturen verleend.⁷ Vanzelfsprekend staat tegen dergelijke afwijkingsvergunningen voor belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Deze afwijkmogelijkheden geven het bestaande stelsel in beperkte mate flexibiliteit. De keerzijde daarvan is dat het de uitkomst van besluitvorming en procedures minder voorspelbaar maakt. En een andere reden om de rechtszekerheid van het bestaande stelsel te relativeren, is dat een gemeenteraad een geldend bestemmingsplan steeds kan herzien en aanpassen aan nieuwe inzichten. Ook daartegen staat beroep open. Deze concessie aan de benodigde flexibiliteit heeft tot gevolg dat in het huidige recht wel nadere afwegingsmomenten voorkomen, maar via een omweg: er moet expliciet besloten (en gemotiveerd) worden om dat wat afwijkt van het bestemmingsplan toch mogelijk te maken.

Het is dus niet zo vreemd dat velen zich zijn gaan afvragen in hoeverre de gepretendeerde rechtszekerheid in het bestaande stelsel nog reëel is. De bestaande regels doen het voorkomen alsof rechtszekerheid wordt geboden. Maar bij de toepassing ervan blijkt grote flexibiliteit te bestaan, zij het dat die via omwegen moet worden benut. Dat maakt het omgevingsrechtelijke stelsel complex en voor niet-ingewijden moeilijk te begrijpen. Het tast bovendien de aanvaardbaarheid van de uitkomst aan. 'Het mocht niet volgens het bestemmingsplan, maar ze hebben het gewoon toegestaan' is een regelmatig gehoorde verontwaardigde reactie op de ruimtelijke ordeningspraktijk in Nederland.

7 Onder de oude WRO droegen deze de naam 'vrijstellingen'.

2.2. Het doorschuiven van rechtszekerheid

Het is voorstelbaar dat de rechter in de toekomst, als de Omgevingswet de nieuwe denkkaders vormt, op een andere manier gaat aankijken tegen de rechtszekerheid in de ruimtelijke ordening. Onder de Omgevingswet zal de ruimtelijke ordening opgaan in het toekennen van functies aan locaties in het gemeentelijke omgevingsplan. Deze transformatie kan gepaard gaan met een minder strikte interpretatie van het limitatief-imperatieve stelsel, in die zin dat de criteria voor vergunningverlening opener en onbepalder mogen zijn, zodat zij ruimte laten voor nadere afwegingen. Dit zou, meer dan tot nu toe het geval was, ruimte bieden aan globale plannen. Het omgevingsplan zou dan bijvoorbeeld volstaan met een bepaling dat op bepaalde gronden ‘vrijstaande woningen’ kunnen worden gebouwd, waarna de exacte locatie en de omvang van de te bouwen woningen worden beoordeeld en worden gereguleerd in de fase van de vergunningverlening.⁸ De exacte normering wordt dan doorgeschoven naar de vergunningsfase. Er komt wel een heldere vaststelling van rechten en plichten, maar pas op een later moment.

In zo'n geval blijft er soms wel veel onzeker in de periode tussen de vaststelling van het globale omgevingsplan en de verlening van de vergunning. Die periode kan jaren in beslag nemen. Waar moeten eigenaren en gebruikers van omliggende gronden in die tussenliggende periode rekening mee houden? Maar die onzekerheid is niet per se in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, een open norm waarvan de toepassing afhankelijk is van context en tijdgeest. Een wetgever die bevrijd wil worden van starre gedetailleerde regels, kan flexibiliteit creëren, maar betaalt daarvoor wel de prijs van verminderde rechtszekerheid.

Hoe zich dit ook gaat ontwikkelen, één ding is zeker: de rechter kan niet *voorbijgaan* aan de belangen van eigenaren en gebruikers die worden benadeeld door globale plannen. ‘Wat wordt hier allemaal toegestaan?’ Het antwoord op die vraag mag lang niet altijd worden beperkt tot ‘dat ziet u later wel een keer’. Bestuursorganen moeten immers een belangenafweging verrichten, die voldoet aan de eis van evenredigheid (proportionaliteit) en zij moeten daarvan verantwoording afleggen in een motivering van hun besluit. De Omgevingswet geeft de gemeenteraad bovendien de opdracht om te zorgen voor ‘een *evenwichtige* toedeling van functies’. Deze normen verdragen niet dat een gemeenteraad voorbijgaat aan de belangen van omwonenden die geconfronteerd worden met een plan dat bijvoorbeeld globaal omschreven ‘hoogbouw voor woningen, hotels, kantoren en detailhandel’ mogelijk maakt. Daarbij is tevens van belang dat de waarde van de grond mede wordt beïnvloed door de ruimtelijke ontwikkelingen die het plan in de directe omgeving

8 Mogelijk is ook een constructie van een globaal plan (vastgesteld door de raad) dat wordt gevolgd door een nadere uitwerking (door burgemeester en wethouders), een delegatieconstructie die overeenkomsten vertoont met het huidige uitwerkingsplan.

van die gronden mogelijk maakt. In zoverre speelt ook art. 1 Eerste Protocol EVRM en daarin vervatte *fair balance*-toets een rol bij het verrichten van die belangenafweging.

De afweging van belangen kan lang niet altijd worden doorgeschoven naar de uitvoeringsfase (de vergunningverlening), omdat al in de periode tussen het plan en de uitvoering nadeel kan worden toegebracht aan belanghebbenden. Een voorbeeld is de veehouder die in een vastgesteld plan leest dat in de nabijheid van zijn bedrijf woningen mogen worden gebouwd. Ook als die woningen er nog niet zijn, wordt de veehouder al benadeeld, bijvoorbeeld doordat hij zijn bedrijfsactiviteiten niet mag uitbreiden omdat met de mogelijke komst van de woningen rekening moet worden gehouden. Aan de afweging van dergelijke conflicterende belangen kan de gemeenteraad zich niet onttrekken bij de vaststelling van het plan. De Omgevingswet verandert daar niets aan, want de verplichting om deze belangen af te wegen vloeit voort uit het algemeen bestuursrecht.

De rechter toetst de door de gemeenteraad gemaakte belangenafweging. Daarbij zal hij vroeg of laat eisen gaan formuleren waaraan een ruimtelijke belangenafweging moet voldoen. Zo ontstaan jurisprudentienormen over de inhoud van plannen. Dat is ook de manier waarop het onder de voorgangers van de Wro is gegaan.⁹

2.3. Verhouding met de vergunningverlening

Indien onder de Omgevingswet bij de vergunningverlening in ruime mate nadere afwegingsmomenten worden toegestaan, kan het plan globaal zijn en kan de belangenafweging worden doorgeschoven naar een later moment. Maar dan moet er wel een nader besluitmoment zijn. Dat kan bijvoorbeeld een besluit over een vergunning zijn. Het moeten nadere besluiten zijn waartegen bovendien beroep openstaat. Anders ontbreekt de rechtsbescherming tegen het uiteindelijke resultaat.

In dit verband is van cruciaal belang wat er gaat gebeuren met de omgevingsvergunning voor bouwen. In de parlementaire stukken spreekt de minister van een voornemen om de vergunningplicht voor bouwen voor een belangrijk deel facultatief te maken.¹⁰ Een aanvraag voor een vergunning wordt dan niet getoetst aan de regels van het omgevingsplan, tenzij dat omgevingsplan zelf bepaalt dat dit wel moet gebeuren. Soms moet de bouwaanvraag dan nog wel worden getoetst aan de geldende bouwtechnische voorschriften (het

9 H.J. de Vries, *De ruimte begrensd. het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid*, *Bouwrecht Monografieën nr. 12*, Deventer: Kluwer 1994; P. van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling*, *Bouwrecht Monografieën nr. 18*, Kluwer: Deventer 2000.

10 Minister van I&M, Brief aan de voorzitter van de Tweede kamer, 19 mei 2016. *Kamerstukken II 2015/16*, 33 962, nr. 185, p. 9.

Besluit bouwwerken leefomgeving, een amvb die het huidige Bouwbesluit 2012 opvolgt). Maar voor veel bouwwerken vervalt ook voor die bouwtechnische aspecten de vergunningplicht en zal daarvoor dus helemaal geen vergunningplicht gelden (vaak wel een meldingsplicht).

Het wegvallen van een vergunningstelsel kan gevolgen krijgen voor de manier waarop de rechter een globaal omgevingsplan beoordeelt. Zolang er een vergunningplicht is, is een nader afwegingsmoment gegarandeerd waarop de belangenafweging en het onderzoek naar de gevolgen plaatsvinden. Maar als dat nadere afwegingsmoment niet meer is gegarandeerd, kan de rechter niet zomaar genoegen nemen met een zeer globaal plan waar belangen van gebruikers en eigenaren door geraakt worden. Dan is het besluit tot vaststellen van het omgevingsplan het (enige) moment waarop belanghebbenden in rechte kunnen opkomen voor hun met het globale plan botsende belangen. Als het globale plan 'de bouw van 50 woningen' mogelijk maakt, zal een nabij gevestigde veehouder willen weten waar die woningen precies komen. Hij wordt immers in zijn bedrijfsuitoefening beperkt als de afstand te kort is. Als het globale plan de mogelijkheid openlaat dat de woningen te dichtbij komen en er geen vergunningplicht voor de woningen is, kan de veehouder alleen tegen de vaststelling van het globale plan in beroep gaan. Hij mag dan – gegeven de eisen die het algemeen bestuursrecht aan een belangenafweging stelt – niet worden afgescheept met de mededeling dat het nu eenmaal een globaal plan is en dat hij ooit wel zal merken waar de woningen komen te staan.

Uiteraard realiseren de opstellers van de Omgevingswet zich dit ook en de minister schrijft dat een vergunningplicht 'voor de hand ligt' wanneer 'een omgevingsplan open normen geeft voor een activiteit en op basis daarvan een nadere afweging nodig is.' Dat is een verstandige frase, als men wil voorkomen dat de rechter bij de toetsing van globale plannen noodgedwongen uitgaat van een maximale invulling van wat het plan mogelijk maakt en daar zijn beoordeling van de belangenafweging op baseert. Het past in de filosofie van de Omgevingswet om niet van hogerhand voor te schrijven wanneer wel of niet een vergunningplicht in het omgevingsplan moet worden opgenomen. Maar als de wetgever de gemeenteraden hierbij niet aan wettelijke regels bindt, wordt het aan de rechter overgelaten om te bepalen wat de consequenties zijn van het weglaten van de vergunningplicht. Een consequentie zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de rechter uitgaat van de maximale invulling van een globaal plan en van het bestuur verlangt dat het alle door het plan mogelijk gemaakte ontwikkelingen onderzoekt op uitvoerbaarheid, toelaatbaarheid en aanvaardbaarheid. Dan zijn we weer terug bij de zware onderzoekslast en de omvangrijke belangenafweging die de wetgever met de Omgevingswet wil verlichten (zie daarover paragraaf 1).

2.4. Globaal bestemmen en nadeelcompensatie

Het vervallen van de vergunningplicht heeft niet alleen gevolgen voor de rechterlijke toetsing van de belangenafweging. Een ander voor de hand liggend effect houdt verband met de nadeelcompensatie (thans vaak nog tegemoetkoming in planschade geheten). Als een plan globaal is en ruim omschreven ontwikkelingen mogelijk maakt, wordt er bij de bepaling van de schade die eigenaren en gebruikers lijden van uitgegaan dat alles wat een nieuw plan mogelijk maakt de waardedaling of inkomensschade van de benadeelde kan beïnvloeden. Ook hierbij wordt in de huidige jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak uitgegaan van de maximale invulling van wat het plan mogelijk maakt. Globaal bestemmen is daarom duur voor een gemeente, want globale plannen maken vaak veel mogelijk (meer dan uiteindelijk wordt gerealiseerd). Als de wetgever de aanspraak op nadeelcompensatie gaat beperken,¹¹ lijkt globaal bestemmen wellicht minder duur te worden. Daar staat wel tegenover dat dit reflexwerking heeft in procedures over de vaststelling van het omgevingsplan. Want als financiële compensatie voor het nadeel dat eigenaren of gebruikers ondervinden niet is verzekerd, zullen er eerder situaties ontstaan waarin de rechter moet oordelen dat het getroffen belang van de eigenaar of gebruiker onevenredig wordt geschaad. Dat is een grond voor vernietiging van het omgevingsplan.

3. GLOBALITEIT VAN DE PLANPERIODE

3.1. Het verdwijnen van de planperiode en uitvoerbaarheid

De huidige eis dat bestemmingen uitvoerbaar moeten zijn, is geen noodzakelijk gevolg van het feit dat de Wro bepaalt dat de planperiode van bestemmingsplannen 10 jaar is. De verplichting om bestemmingsplannen iedere 10 jaar te actualiseren, dwingt immers niet tot de conclusie dat er iets is misgegaan als niet alle bestemmingen gerealiseerd zijn op het moment dat de planperiode verlopen is.

De grondslag voor de uitvoerbaarheidseis kan beter worden gezocht in de norm ‘een goede ruimtelijke ordening’. Als het ruimtegebruik wordt geordend met bestemmingen die niet gerealiseerd zullen worden, dan is die ordening niet goed. Reden daarvoor is dat het enkele feit dat een bepaalde bestemming wordt toegekend, negatieve effecten kan hebben voor gebruiker van omliggende percelen. Denk aan een agrariër die wordt beperkt in zijn uitbreidingsmogelijkheden omdat nieuwe woningbouw wordt toegestaan, of een eigenaar

¹¹ In de brief van de Minister van I&M aan de voorzitter van de Tweede kamer, 19 mei 2016 zijn daarvoor aanwijzingen te vinden. *Kamerstukken II* 2015/16, 33 962, nr. 185, p. 2-5.

die moet accepteren dat de waarde van zijn woning daalt omdat in de nabije omgeving hinderlijke activiteiten worden toegestaan. Die negatieve effecten kunnen niet worden gerechtvaardigd door het belang van het ruimtegebruik dat binnen een niet uitvoerbare bestemming is toegestaan, simpelweg omdat dat ruimtegebruik nooit gerealiseerd zal worden.

Als de uitvoerbaarheidseis inderdaad moet worden teruggevoerd op de norm 'een goede ruimtelijke ordening', dan is direct de vraag of die eis ook onder de Omgevingswet nog zal gelden. De norm 'een goede ruimtelijke ordening' keert immers niet terug. In plaats daarvan wordt aan de regulering van het ruimtegebruik de voorwaarde gesteld dat sprake is van 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'. Betekent deze nieuwe norm dat de uitvoerbaarheidseis verlaten zal worden?

Hoewel een onderzoek naar de uitvoerbaarheid van het omgevingsplan niet uitdrukkelijk in het Omgevingsbesluit wordt voorgeschreven, verwachten wij van niet. Weliswaar wordt niet langer gesproken van 'ordering', zodat niet zeker is dat het toekennen van functies gericht *moet* zijn op het aanbrengen van een bepaalde ruimtelijke structuur in het plangebied als gevolg waarvan het totaal aan ruimtegebruik een grotere waarde vertegenwoordigt dan de som der delen. Maar de voorwaarde dat de functietoedeling in het omgevingsplan 'evenwichtig' is, impliceert wel dat het belang van iedere functie wordt afgewogen tegen de negatieve effecten daarvan op omliggende functies.¹² Ook het evenredigheidsbeginsel dwingt daartoe. Toedeling van functies aan locaties waarvan op voorhand aannemelijk is dat zij nooit kunnen worden verwezenlijkt, is naar ons oordeel in ieder geval in strijd met een evenwichtige functietoedeling en het evenredigheidsbeginsel. De vraag is dan in hoeverre de evenwichtige functietoedeling en het evenredigheidsbeginsel in andere gevallen, bijvoorbeeld functies die niet evident onuitvoerbaar zijn, maar waarvan de realisering pas in de verre toekomst worden voorzien, aan functietoedeling in de weg staan. Hoe verder de verwezenlijking van een functie in toekomst is gelegen, des te lastiger is te onderbouwen dat de negatieve effecten van die functietoedeling in evenwicht zijn met het belang dat de functie ooit gerealiseerd kan worden. Kortom, ook zonder een wettelijke planperiode zal de rechter zich naar ons oordeel in concreet gevallen de vraag moeten stellen of de termijn waarop verwezenlijking van een op zichzelf niet op voorhand onuitvoerbaar functie wordt voorzien geen strijd oplevert met een evenwichtige functietoedeling en het evenredigheidsbeginsel.

Daarbij kan niet worden teruggevallen op een algemene maatstaf, omdat de Omgevingswet de planperiode van het omgevingsplan niet beperkt. Wij verwachten daarom dat de rechter van geval tot geval zal bepalen of de termijn waarbinnen de functie naar verwachting gerealiseerd zal worden acceptabel is. Het komt dan aan op een belangenafweging, waarin het belang van het bieden van de functie wordt afgewogen tegen de negatieve effecten die optreden in de

¹² Ook het evenredigheidsbeginsel Vgl. NvT Ontwerp Omgevingsbesluit, p. 36.

periode voorafgaand aan de realisatie. Het maken van die belangenafweging is een taak van het bestuursorgaan dat de functie toedeelt en zal dus niet integraal door de rechter worden overgedaan. Wellicht zal daarbij een bepaalde drempel worden gehanteerd, in die zin dat een verwachte realisatie binnen een bepaalde termijn (bijvoorbeeld 10 jaar) in beginsel niet onevenwichtig wordt geacht.

Voor derde-belanghebbenden betekent dit dat het lastiger zal worden om een geslaagd beroep te doen op de onuitvoerbaarheid van ontwikkelingsmogelijkheden die in een omgevingsplan geboden worden. Onder de huidige wetgeving moeten zij aannemelijk maken dat de toegekende bestemming niet binnen de planperiode uitvoerbaar is.¹³ Onder de Omgevingswet zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat de functie niet binnen afzienbare tijd verwezenlijkt zal worden en bovendien dat die functie gezien de realisatietermijn in redelijkheid niet had mogen worden toegekend.

4. DOORSCHUIVEN VAN ONDERZOEKSPLICHTEN

4.1. Huidig recht

Bij de vaststelling van bestemmingsplannen gelden tal van onderzoeksplichten. Mede gezien het limitatief-imperatieve toetsingskader van de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk en het ontbreken van een nader afwegingsmoment bij de vergunningverlening, zal bij de vaststelling van het plan al onderzocht moeten worden of inderdaad sprake is van een goede ruimtelijke ordening als alle toegestane gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden ook maximaal worden gerealiseerd. In dat kader schrijft art. 3.1.6. Bro voor dat de uitkomsten van een aantal onderzoeksplichten in de toelichting van het bestemmingsplan worden neergelegd. Naast een verantwoording van de in het plan gemaakte keuze van bestemmingen gaat het onder meer om de gevolgen van het plan voor de waterhuishouding en duurzaamheid van de nieuwe verstedelijking. Ook uit sectorale wet- en regelgeving vloeien onderzoeksplichten voort, omdat een bestemmingsplan aan sectorale normen moet voldoen. Voorbeelden daarvan zijn de normen uit de Wet geluidhinder, de Natuurbeschermingswet 1998 en de provinciale instructieregels die zijn vastgesteld op grond van art. 4.1 lid 1 Wro.¹⁴ Ter concretisering van 'een goede ruimtelijke ordening' zijn voor bepaalde gevallen ook nog eens buitenwettelijke richtlijnen vastgesteld, zoals de VNG-Brochure Bedrijven en Milieuzonering, waarin richtafstanden worden gegeven voor milieugevoelige

13 P.J.J. van Buuren en J. Hoekstra, 'De uitvoerbaarheidstoets van bestemmingsplannen; een onopgemerkte kleine revolutie?', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-Bundel), Den Haag: IBR 2015, p. 254-256.

14 Art. 2.7 lid 1 Wet natuurbescherming.

en milieubelastende bestemmingen. Deze lijst kan gemakkelijk verder worden aangevuld.¹⁵

Bij de vaststelling van globale bestemmingsplannen moeten deze onderzoeksplichten voor meerdere uitvoeringsvarianten worden uitgevoerd. De vraag *of* alle bestemmingen uitvoerbaar zijn en de vraag *hoe* het gebied precies mag worden ingevuld moeten in beginsel tegelijkertijd bij de vaststelling van het bestemmingsplan al worden beantwoord. Deze of-vraag en hoe-vraag kunnen in het huidige systeem niet van elkaar gescheiden worden. Dit heeft zeer hoge onderzoekslasten tot gevolg, terwijl natuurlijk lang niet alle mogelijk gemaakte functies ook daadwerkelijk (maximaal) worden gerealiseerd.

Op grond van de huidige jurisprudentie van de Afdeling bestuursrecht-spraak mogen bestemmingsplanregels geen nader afwegingsmoment over de toelaatbaarheid van een ruimtelijke ontwikkeling bevatten,¹⁶ tenzij die nadere afwegingsruimte wordt vervat in een objectief begrensde flexibiliteitsbevoegdheid die op grond van art. 3.6 lid 1 Wro in het plan kan worden opgenomen. Het gaat daarbij om een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid, een uitwerkingsplicht of een wijzigingsbevoegdheid.¹⁷ Maar ook als 'door middel van het opnemen van een dergelijk flexibiliteitsinstrument in een bestemmingsplan een nader afwegingsmoment wordt gecreëerd voor bepaalde ruimtelijke ontwikkelingen, dan moet bij het opnemen van het flexibiliteitsinstrument in het bestemmingsplan al worden onderzocht of gebruikmaking van dat flexibiliteitsinstrument planologische aanvaardbaar is. Dat houdt verband met de vaste jurisprudentie op grond waarvan de planologische aanvaardbaarheid van de door de afwijkingsbevoegdheid, wijzigingsbevoegdheid en uitwerkingsplicht mogelijk gemaakte gebruiks- en bebouwingmogelijkheden in beginsel als een gegeven moeten worden beschouwd. Daarom moet bij het opnemen van afwijkingsbevoegdheden, wijzigingsbevoegdheden en uitwerkingsplichten in het moederplan reeds worden onderzocht of uitoefening van deze bevoegdheden kan geschieden in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening, waarbij moet worden uitgegaan van een (representatieve) maximale invulling van deze bevoegdheden. Doorschuiven van de onderzoeksplichten

15 Bijvoorbeeld met de verplichting om een (strategische) milieueffectrapportage op te stellen als met het plan wordt voorzien in een ruimtelijke ontwikkeling met aanzienlijke milieueffecten.

16 Zie ABRvS 1 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7032, ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3971, ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4147, ABRvS 8 februari 2000, AB 2000/363, m.nt. Struiksma, ABRvS 13 oktober 2004, AB 2005/25, m.nt. Groothuijse. Uit de bestemmingsregeling zelf moet dus kunnen worden afgeleid welke gebruiks- en bebouwingmogelijkheden de bestemming – eventueel onder bepaalde voorwaarden – toelaat.

17 Zie o.m. ABRvS 8 februari 2000, AB 2000/363, m.nt. Struiksma, ABRvS 13 oktober 2004, AB 2005/25, m.nt. Groothuijse.

naar het moment van vaststelling van wijzigings- of uitwerkingsplannen of gebruikmaking van de afwijkingsbevoegdheid accepteert de Afdeling dus niet.¹⁸

4.2. Omgevingswet

Onder de Omgevingswet, waarbij de onderzoeksplichten zullen blijven bestaan, wil de regering af van deze zware onderzoekslasten voorafgaand aan de vaststelling van het omgevingsplan door de of-vraag en de hoe-vraag te scheiden en de hoe-vraag door te schuiven naar het moment waarop de bouwplannen concrete vormen aannemen of naar het moment van de aanvraag om een omgevingsvergunning.¹⁹ De of-vraag moet bij de vaststelling van het omgevingsplan worden beantwoord. In de vorige paragraaf hebben wij reeds aangegeven dat een functie niet aan een locatie mag worden toegekend als op voorhand duidelijk is dat deze nooit gerealiseerd zal worden. Bij de of-vraag moet dus in ieder geval worden beoordeeld of in het omgevingsplan toegekende functies op voorhand niet evident onuitvoerbaar zijn. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als duidelijk is dat significante effecten op een Natura-2000 gebied niet voorkomen kunnen worden, terwijl compenserende maatregelen niet mogelijk zijn.

Zijn toegedeelde functies op de desbetreffende locatie niet op voorhand onuitvoerbaar, dan kunnen de functies in het omgevingsplan aan desbetreffende locaties worden toebedeeld. Bij de vaststelling van het omgevingsplan kan derhalve worden volstaan met een marginale uitvoerbaarheidstoets. Hoe de ontwikkeling van het gebied precies mag worden vormgegeven en waar binnen het gebied precies welke functie wordt gerealiseerd, komt pas aan de orde op een later moment als de grondgebruiker of -eigenaar daadwerkelijk een concreet initiatief ontplooit om een functie te gaan uitvoeren. De hoe-vraag wordt dus niet meer beantwoord bij de vaststelling van het omgevingsplan. Die vraag wordt 'doorgeschoven' naar een nader beslistmoment.

Het doorschuiven van de hoe-vraag vindt plaats door de (milieu)normen waaraan het bestemmingsplan thans moet worden getoetst, zoals geluidsnormen, geurnormen en normen voor externe veiligheid, in het omgevingsplan zelf op te nemen. Die normen fungeren dan als randvoorwaarden voor de ontwikkeling van de daarin toegestane functies. Pas op het moment dat een grondeigenaar of -gebruiker een gebruiks- of bebouwingmogelijkheid wil

18 Zie o.m. ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4578 (r.o. 17.5), ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2197, ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2197, ABRvS 22 februari 2012, BR 2012/83; ABRvS 16 november 2011, BR 2012/36 en ABRvS 16 maart 2011, BR 2011/100. Zie specifiek voor het opnemen van afwijkingsbevoegdheden: ABRvS 18 juli 2012, BR 2012/155, m.nt. Breeman en Bäcker. Zie ook: Van Buuren en Hoekstra 2015, p. 256-257.

19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 153-154 en NvT Ontwerp Omgevingsbesluit, p. 37-39.

gaan benutten die het omgevingsplan biedt, wordt getoetst of aan deze randvoorwaarden kan worden voldaan en zo ja, op welke manier.

In ieder geval is duidelijk dat sprake moet zijn van een nader afweging over de toelaatbaarheid van een ontwikkeling om de beantwoording van de hoe-vraag te kunnen doorschuiven. Zonder een nader afwegingsmoment is het immers niet mogelijk om nog toestemming aan die ontwikkeling te onthouden als uit onderzoek blijkt dat niet aan bepaalde normen of vereisten kan worden voldaan.

De vraag is in hoeverre de rechter ten gevolge van de inwerkingtreding van de Omgevingswet anders zal kunnen of moeten oordelen over het doorschuiven van onderzoeksplichten van het moment dat het omgevingsplan wordt vastgesteld naar een nader beslismoment. In hoeverre zal de jurisprudentie op grond waarvan een bestemmingsplan in beginsel geen nadere afwegingsmomenten mag bevatten, worden doorgetrokken naar het omgevingsplan? Hoewel de memorie van toelichting bij de Omgevingswet aanstuurt op het verlaten van de huidige jurisprudentielijn en de Omgevingswet daar – binnen zekere grenzen – ook ruimte voor biedt, dwingt de Omgevingswet de rechter daar niet toe.

Voor de beantwoording van de gestelde vraag is het van belang om vast te stellen wat de nadere beslismomenten onder de Omgevingswet zouden kunnen zijn. In de eerste plaats is dat mogelijkwerwijs de beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit. Ook onder de Omgevingswet moet de aanvraag worden afgewezen als deze in strijd is met de regels die in het omgevingsplan zijn gesteld over bouwactiviteiten of het gebruik van bouwwerken, tenzij deze strijdigheid wordt opgeheven door verlening van een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. Dit systeem komt op hoofdlijnen overeen met het huidige limitatief imperatieve stelsel, in zoverre dat een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit niet kan worden geweigerd voor zover de aangevraagde bouwactiviteit in overeenstemming is met het omgevingsplan en de daarin voor bouwwerken opgenomen regels en zich ook overigens geen andere weigeringsgronden voordoen. Maar daarmee is niet gezegd dat reeds bij de vaststelling van een omgevingsplan moet kunnen worden beoordeeld wanneer een bouwactiviteit voldoet aan de in dat plan opgenomen regels. Het is goed denkbaar dat de rechter onder de Omgevingswet flexibeler of vagere normen toelaatbaar acht, op grond waarvan de toelaatbaarheid van een bouwactiviteit pas kan worden beoordeeld op het moment dat een concreet bouwplan is uitgewerkt.²⁰

20 Thans is dat ook tot op zekere hoogte mogelijk door het opnemen van een vaag begrip, zoals de (voorwaardelijke) verplichting om voldoende parkeergelegenheid te realiseren of om de bebouwing aan te laten sluiten bij het bestaande stedenbouwkundige karakter, waarvan de uitleg bij een nader afwegingsmoment afhankelijk wordt gesteld van (wetsinterpreterende) beleidsregels. Zie art. 3.1.2 lid 2 onderdeel a Bro en ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2837. Ook onder de Omgevingswet is dit moge-

Als het voor het gemeentebestuur mogelijk wordt om de toetsing van de omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit aan het omgevingsplan in bepaalde gevallen te laten vervallen, zoals wordt geopperd in de eerder genoemde brief van de minister, dan komt het nadere afwegingsmoment te vervallen.²¹ In dat geval is het niet mogelijk om de beantwoording van de hoe-vraag te koppelen aan de vergunningverlening voor het bouwplan.

In de tweede plaats zou een nader afwegingsmoment kunnen worden gevormd door de regels die ingevolge art. 5.19 lid 1 Ow in een omgevingsplan kunnen worden opgenomen over een afwijkactiviteit. Die regels bepalen dat de afwijkingsvergunning in ieder geval wordt verleend, als aan die regels wordt voldaan. Daarmee is beoogd eenzelfde resultaat te bewerkstelligen als het opnemen van een binnenplans vergunningenstelsel.²² Of de onderzoeksplichten met deze regels kunnen worden doorgeschoven naar de vergunningverlening, is ook in dit geval afhankelijk van de vraag of zij een nader afwegingsmoment mogen bevatten. De tekst van de Omgevingswet staat daaraan niet in de weg.

In de derde plaats zou een nader afwegingsmoment kunnen worden gecreëerd door de bevoegdheid om het omgevingsplan vast te stellen te delegeren aan het college van burgemeester en wethouders. Onder de Omgevingswet zullen huidige binnenplanse flexibiliteitsinstrumenten, zoals de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid, wijzigingsbevoegdheid en uitwerkingsplicht komen te vervallen. Wel zal worden voorzien in de mogelijkheid voor de gemeenteraad om een delegatiebesluit te nemen, waarbij de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het omgevingsplan aan wordt gedelegeerd.²³ Dat kan de bevoegdheid zijn om een deel van het omgevingsplan uit te werken of te wijzigen. Het delegatiebesluit bepaalt binnen welke grenzen, onder welke voorwaarden en binnen welke termijn de gedelegeerde bevoegdheid kan of moet worden uitgeoefend.²⁴ Ook kan de gemeenteraad beleidsregels stellen over de gedelegeerde bevoegdheid.²⁵ Het delegatiebesluit is een afzonderlijk besluit en maakt geen onderdeel uit van het omgevingsplan. In de memorie van toelichting wordt dan ook gesteld dat de jurisprudentie over het opnemen van uitwerkingsplichten en wijzigingsbevoegdheden in een bestemmingsplan, waaronder de verplichting om op het moment dat deze bevoegdheden in het leven worden geroepen reeds te onderzoeken of uitoefening daarvan kan geschieden in overeenstemming met het recht, niet van overeenkomstige toepassing is op delegatiebesluiten. Volgens de memorie van toelichting komt de rechter echter ook helemaal niet toe aan het doortrekken van die jurisprudentielijn,

lijk, ofschoon dit niet uitdrukkelijk in het Omgevingsbesluit zal worden bepaald (NvT Ontwerp Omgevingsbesluit, p. 34).

21 Zie voetnoot 11.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 159.

23 Art. 2.8 Ow.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403.

25 Art. 4:81 lid 1 Awb.

omdat daartegen volgens diezelfde toelichting geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.²⁶ Een en ander heeft tot gevolg dat pas bij de uitoefening van de gedelegeerde omgevingsplanbevoegdheid aan de van toepassing zijnde onderzoekplichten hoeft te worden voldaan.

Dat de jurisprudentielijn ten aanzien van het opnemen van uitwerkingsplichten en wijzigingsbevoegdheden niet van overeenkomstige toepassing is op delegatiebesluiten mag dan op zichzelf juist zijn, maar daar staat tegenover dat de aanvaarbaarheid van de gedelegeerde aanpassingen van het omgevingsplan waarin het delegatiebesluit voorziet, op het moment van het nemen van dat delegatiebesluit in beginsel geen gegeven is. De aanvaardbaarheid van de bij het delegatiebesluit mogelijk gemaakte aanpassingen van het omgevingsplan zullen dan ook volledig bij de aanpassing van het omgevingsplan zelf moeten worden beoordeeld, waarbij die beoordeling ook aan de rechter kan worden voorgelegd. Dat is bij een reguliere bestemmingsplanherziening onder de Wro overigens niet anders, met dien verstande dat niet B en W, maar de raad in dat geval bevoegd is. Wij zien dan ook niet in dat het delegatiebesluit toegevoegde waarde heeft ten opzicht van een bestemmingsplanherziening voor zover dat het doorschuiven van onderzoeksplichten betreft. Voor zover in het omgevingsplan geen relatie wordt gelegd met het delegatiebesluit, kan van het doorschuiven van onderzoeksverplichtingen naar ons oordeel ook geen sprake zijn.

Het is evenwel denkbaar dat in het omgevingsplan een relatie wordt gelegd met een delegatiebesluit, in die zin dat een omgevingsplan (of een daarin aan een locatie toegekende functie) nader moet worden uitgewerkt door B en W, nadat zij door middel van een delegatiebesluit de bevoegdheid hebben gekregen om het uit te werken deel van het omgevingsplan te herzien. In het omgevingsplan zal dan moeten worden bepaald dat totdat die uitwerking heeft plaatsgevonden de gronden waarop de uitwerkingsbevoegdheid ziet nog niet kunnen worden gebruikt of bebouwd ten behoeve van de nieuwe uit te werken functie(s). In dat geval dringt de vergelijking met de huidige uitwerkingsconstructie zich op. In verlengde daarvan geldt, is de vraag *in hoeverre* de rechter de jurisprudentielijn ten aanzien van het opnemen van uitwerkings-

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 404. Overigens wordt niet nader toegelicht waarom geen rechtsbescherming zou openstaan tegen een delegatiebesluit. Waarschijnlijk wordt aangesloten bij de memorie van toelichting bij de Awb waarin wordt opgemerkt dat een delegatiebesluit een algemeen verbindend voorschrift is. Die opvatting is niet onomstreden, zie o.m.: H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Delegatie en mandaat in het licht van het voorontwerp voor de Algemene wet bestuursrecht (I)', *De Gemeentestem*, 1992/6955, p. 615. De Afdeling is eveneens van oordeel dat een delegatiebesluit een algemeen verbindend voorschrift is: ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0733. Overigens wil het feit dat een delegatiebesluit niet kan worden getoetst door de rechter niet zeggen dat er gelet op art. 3:2 Awb en art. 3:4 Awb geen onderzoek zou moeten worden gedaan naar de uitvoerbaarheid en aanvaardbaarheid van de gedelegeerde aanpassingen.

plichten, waarbij bij het opnemen van een uitwerkingsplicht de planologische aanvaardbaarheid al volledig en uitgaande van een maximale planologische invulling moet worden onderzocht, zal doortrekken naar de Omgevingswet. Indien deze lijn wordt doorgetrokken, zal er voor het doorschuiven van onderzoekplichten naar het moment waarop de uitwerking in het omgevingsplan zijn beslag krijgt slechts zeer beperkt ruimte zijn. Volgens de memorie van toelichting is dit evenwel uitdrukkelijk niet bedoeling, maar wederom dwingt de tekst van de Omgevingswet de rechter daar niet toe.

Tot slot kan een nader afwegingsmoment worden gecreëerd door in omgevingsplan de bevoegdheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften op te nemen.²⁷ Deze bevoegdheid stelt B en W in staat om in individuele gevallen omgevingsplanregels op een later moment, bijvoorbeeld naar aanleiding van een concreet bouwplan, nader in te vullen, aan te vullen of daarvan af te wijken. De maatwerkvoorschriftbevoegdheid kan in het omgevingsplan worden begrensd of worden geclausuleerd. Maatwerkvoorschriften worden bij beschikking vastgesteld, zodat belanghebbenden daartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen instellen. Gelet op de huidige jurisprudentie met betrekking tot het opnemen van flexibiliteitsinstrumenten in het bestemmingsplan, dringt zich de vraag op *in hoeverre* de rechter reeds bij het opnemen van de maatwerkvoorschriftbevoegdheid in het omgevingsplan zal eisen dat is onderzocht of de maximale invulling van deze bevoegdheid met het oog op de fysieke leefomgeving aanvaardbaar is. Gelet op de bedoeling van de wetgever, op grond waarvan de invulling van de maatwerkvoorschriftbevoegdheid en de daarmee samenhangende onderzoeksplichten pas aan de orde hoeven te komen wanneer van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, ligt dit niet voor de hand. Wij concluderen wederom dat de wettekst zelf de rechter niet dwingt tot het volgen van bepaalde lijn.

5. CONCLUSIE

In deze bijdrage hebben wij gezien welke gevolgen uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling en wijze waarop dit juridisch door de wetgever wordt gefaciliteerd in de Omgevingswet voor de rechterlijke toetsing van omgevingsplannen heeft.

De wetgever heeft in de memorie van toelichting duidelijk gemaakt dat beoogd is om de planwetgever met het oog op uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling de mogelijkheid te bieden om globale omgevingsplannen vast te stellen door de onderzoeksplichten van alle ruimtelijke ontwikkelingen die het globale omgevingsplan mogelijk maakt door te schuiven naar een nader afwegingsmoment waarop duidelijk is welke van die ruimtelijke ontwikkelingen zal worden gerealiseerd. Om dit mogelijk te maken zal

²⁷ Zie art. 4.5 Ow. Zie ook NvT Ontwerp Omgevingsbesluit, p. 35.

de rechter ten aanzien van het opnemen van nadere afwegingsmomenten in plannen en de planologische aanvaardbaarheid van de in het plan opgenomen flexibiliteitsinstrumenten een andere koers moeten gaan varen. De wettekst van de Omgevingswet staat daaraan niet in de weg, maar dwingt daar ook niet toe. In hoeverre de rechter aan de wens van de wetgever binnen de kader van onder meer het rechtszekerheids- en de evenredigheidsbeginsel tegemoet kan komen, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Een vaste maximale planperiode zoals die nu voor bestemmingsplannen geldt past niet bij het streven naar uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling, zodat voor het omgevingsplan geen wettelijke planperiode zal gelden. Daardoor kan ruimte worden geboden ruimtelijke ontwikkelingsmogelijkheden die naar verwachting pas ver in de toekomst gerealiseerd zullen worden. Het toekennen van op voorhand evident onuitvoerbare functies aan locaties in een omgevingsplan kan echter niet evenwichtig worden geacht, zodat dit niet door rechter zal worden geaccepteerd. De rechter zal ons inziens echter ook in gevallen waarin geen sprake is van op voorhand evident onuitvoerbare functies de termijn waarop verwezenlijking wordt voorzien moeten toetsen aan de in art. 4.2 lid 1 Omgevingswet opgenomen norm een van evenwichtige functieverdeling en het evenredigheidsbeginsel. Hoe indringend die rechterlijke toetst zal zijn, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, zoals de betrokken belangen, de omgeving etc.

De rechter heeft na de inwerkingtreding van de Omgevingswet een aantal belangrijke knopen door te hakken ten aanzien van de mate waarin onderzoeksplichten kunnen worden doorgeschoven van het omgevingsplan naar de uitvoeringsfase en de termijn waarop verwezenlijking van een functie wordt voorzien. Indien de lijnen eenmaal in de jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd, kunnen wellicht de 'vruchten' worden geplukt van de door de wetgever beoogde wijzigingen.

DE BETEKENIS VAN UITLATINGEN VAN DE ZIJDE VAN DE REGERING BIJ WETSINTERPRETATIE DOOR DE RECHTER

Beschouwingen naar aanleiding van HR 26 februari 2016,
AB 2016/175

Coen Modderman en Rolf Ortlep

1. INLEIDING

Dit jaar overleed A.G. Scalia, de bekende rechter van het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten die dikwijls het gebruik van de wetsgeschiedenis door de rechter onder vuur nam.¹ In Nederland staat het gebruik van de wetsgeschiedenis bij wetsinterpretatie, anders dan in de Verenigde Staten, niet veel ter discussie.² Hoewel dus kan worden gezegd dat de rechter in Nederland in dit licht slechts in beperkte mate onder vuur ligt, roept het gebruik van wetsgeschiedenis door de rechter bij wetsinterpretatie wel vragen op. Bij de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling) is niet alleen de tekst van een wet(sbepaling) relevant, maar onder meer zijn ook de uitlatingen van ‘de wetgever’ over een wet(sbepaling) een belangrijke leidraad voor de rechter. Gesproken is van ‘de wetgever’, oftewel de regering en beide kamers van de Staten-Generaal.³ Terecht heeft J. van der Hoeven dienaangaande opgemerkt dat ‘wat wij ‘wetgever’ noemen [...] veeleer een procedure [is] dan een instituut – laat staan een persoon.’⁴ Dit zorgt ervoor dat gebruik door de rechter van de wetsgeschiedenis ter interpretatie van een wet(sbepaling) geen eenvoudige kwestie is. Hoe bepaal je wat de bedoeling van ‘de wetgever’ is, als de wetgever een procedure is? Kan een procedure ergens een bedoeling mee hebben of een wil hebben? De volgende woorden van J.W.A. Fleuren geven de kern van de hiervoor beschreven problematiek treffend weer:

-
- 1 Vergelijk J.J. Brudney & C. Ditslear, ‘Liberal Justices’ Reliance on Legislative History: Principle, Strategy, and the Scalia Effect’, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 2008, vol. 29, p. 117-173, i.h.b. p. 161.
 - 2 A.O. Lubbers en L.M.J. Sangster, ‘Het gebruik en de bruikbaarheid van parlementaire geschiedenis bij wetsuitleg’, *WFR* 2012/1521, par. 4; W. Sniijders, ‘Parlementaire geschiedenis: zin en onzin’, *WPNR* 6774/843, p. 843-849, i.h.b. p. 843 en 845-846.
 - 3 Artikel 81 van de Grondwet.
 - 4 J. van der Hoeven, ‘Het juridisch luistercollege’, *AA* 1974, p. 17-23, i.h.b. p. 21, en aangehaald in M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Kluwer 2016, p. 8; W.J. Witteveen, ‘Machiavelli en het initiatief van de wetgever’, *RegelMaat* 2004/6, p. 231-237, i.h.b. p. 231.

*Aangezien in een democratie met een meerpartijenstelsel bij het wetgevingsproces [...] vele politici met uiteenlopende visies en belangen betrokken zijn, rijst de vraag hoe we uit de hoeveelheid aan documenten die voorafgaan aan de totstandkoming van een wet [...] de bedoeling van de wetgever [...] kunnen destilleren.*⁵

Bovendien kan het zo zijn dat ‘de wetgever’ zich *na* de totstandkoming ervan over een wet(sbepaling) uitlaat. Zijn dergelijke uitlatingen van betekenis voor de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling)? Indien van de zijde van de regering uitlatingen zijn gedaan, kan dit bovendien de vraag oproepen of die uitlatingen zijn gedaan in de sfeer van wetgeving of uitvoering (welk onderscheid niet altijd even scherp is⁶).⁷ Een andere vraag is: hoe verhoudt de betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering buiten de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende wet(sbepaling) zich tot die van uitlatingen *in* de totstandkomingsgeschiedenis.

Kortom, de ene uitlating over een wet(sbepaling) is de andere niet: wanneer en onder welke omstandigheid is er sprake van een uitlating over een wet(sbepaling) waaraan de rechter betekenis moet toekennen? Ter afbakening van deze bijdrage zullen wij deze vraag niet in haar algemeenheid trachten te beantwoorden. Het zogeheten ‘haakje’ waaraan we onze bijdrage ophangen, is gelegen in de volgende rechtsoverweging van de Hoge Raad uit zijn arrest van 26 februari 2016:

*‘Opmerking verdient dat aan uitlatingen van de zijde van de regering anders dan in de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wet of wetsbepaling, geen bijzondere betekenis toekomt [...]’.*⁸

Deze rechtsoverweging van de Hoge Raad heeft ons tot de volgende onderzoeksvraag geleid: welke betekenis dient de rechter toe te kennen aan een uitlating van de zijde van de regering over een wet(sbepaling). Hierbij gaan we uit van de situatie dat van de zijde van de regering uitlatingen zijn gedaan in de sfeer van wetgeving en niet in de sfeer van uitvoering (met dus de kante-

5 J.W.A. Fleuren, ‘Wetshistorische interpretatie en “de bedoeling van de wetgever”’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 153-174, i.h.b. p. 154.

6 Vergelijk L.J.A. Pieterse, ‘Boekbespreking’ (bespreking van: M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Kluwer 2016), *WFR* 2016/105, par. 3.

7 Vergelijk P.J. Wattel, ‘De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving’, *FED* 1990/335, p. 967-987. Zie ook L.J.A. Damen, ‘Een bewindsman moet de Tweede Kamer geen sprookjes vertellen’, *AA* 2010, p. 32-38; C. Maas, ‘De flexibele inzetbaarheid van mondelinge wetsgeschiedenis bij de motivering van rechterlijke uitspraken’, *WFR* 2016/67, par. 6.

8 HR 26 februari 2016, *AB* 2016/175, m.nt. Ortlep.

kening, vergelijk hierboven, dat dat onderscheid niet altijd even scherp is). De onderzoeksvraag bespreken wij in paragraaf 3 in het licht van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging van de Hoge Raad, waarbij wij gelet op die rechtsoverweging een onderscheid maken tussen uitlatingen *binnen* en uitlatingen *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling). Voordat wij dit doen, bespreken wij in paragraaf 2 het arrest van de Hoge Raad zelf, waarin de verschillende interpretatiemethoden, waaronder de wetshistorische, mooi naar voren komen en bovendien diverse uitlatingen van de zijde van de regering een rol spelen bij de uitleg van de wet(sbepaling) in kwestie (artikel 7:942 (oud) Burgerlijk Wetboek (BW)). In paragraaf 4 beantwoorden wij de onderzoeksvraag in de vorm van een conclusie.

2. HET ARREST VAN 26 FEBRUARI 2016

Het gaat in het arrest van 26 februari 2016⁹ om een kapsalon waar op 15 maart 2008 een brand heeft gewoed.¹⁰ De eigenaar van de zaak had een schadeverzekering bij verzekeringsmaatschappij ASR. De door de eigenaar van de kapsalon bij ASR gemaakte aanspraak op een verzekeringsuitkering werd bij aange tekende brief van 31 oktober 2008 afgewezen. Daarbij werd erop gewezen dat er een verjaringstermijn van zes maanden gold. Tot 1 juli 2010 luidde artikel 7:942 BW immers:

1. *Een rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering verjaart door verloop van drie jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid daarvan bekend is geworden. Niettemin verjaart de rechtsvordering bij verzekering tegen aansprakelijkheid niet voordat zes maanden zijn verstreken nadat de vordering waartegen de verzekering dekking verleent, binnen de voor deze geldende verjarings- of vervaltermijn is ingesteld.*
2. *De verjaring wordt gestuit door een schriftelijke mededeling waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Een nieuwe verjaringstermijn begint*

9 HR 26 februari 2016, AB 2016/175, m.nt. Ortlep. Voor een vollediger beeld van (de feiten van) dit arrest, vergelijk rechtbank Utrecht 16 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9857; gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5259 en de conclusie van advocaat-generaal L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2015:2222.

10 Opvallend vonden wij overigens dat de locatie van de kapsalon in de uitspraak van de rechtbank is vermeld als ‘de kapsalon aan het adres [adres] te [woonplaats]’, terwijl de advocaat-generaal, bij het citeren van die rechtbank ter weergave van de feiten, de stad waarin de kapsalon gevestigd is, niet ‘wegpoets’. Ook met de woonplaats van de eigenaar van de kapperszaak wordt verschillend omgesprongen: de rechtbank en de Hoge Raad noteren dit als ‘wonende te [woonplaats]’, terwijl het gerechtshof diens woonplaats wel weergeeft. Het lijkt ons alleen zinnig om dergelijke informatie te anonimiseren als elke instantie dat doet.

te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij bij aangetekende brief ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen onder eveneens ondubbelzinnige vermelding van het in lid 3 vermelde gevolg.

3. In geval van afwijzing verjaart de rechtsvordering door verloop van zes maanden.’

Bij brieven van 13 november 2008 en 3 februari 2009 is de afwijzing betwist. Vervolgens heeft ASR onder meer aangegeven dat zij bij haar eerder ingenomen standpunt blijft. Belangrijker voor deze bijdrage: ASR heeft hierbij niet opnieuw gewezen op de verjaringstermijn van zes maanden. De vraag die centraal staat in het arrest van 26 februari 2016 is of dat wel had moeten:

‘Het onderdeel stelt de vraag aan de orde of de eisen waaraan de verzekeraar volgens lid 2 van deze bepaling moet voldoen om te bewerken dat een nieuwe verjaringstermijn overeenkomstig lid 3 begint te lopen, alleen gelden nadat de verzekerde voor de eerste keer schriftelijk aanspraak op uitkering heeft gemaakt, dan wel tevens bij iedere volgende keer dat de verzekerde (binnen de dan lopende verjaringstermijn) schriftelijk aanspraak op uitkering heeft gemaakt.’¹¹

Na een afweging van diverse argumenten komt de Hoge Raad tot de volgende conclusie:

‘[A]rt. 7:942 lid 2 (oud) BW [moet] aldus [...] worden uitgelegd dat in geval van een tweede (of volgende) schriftelijke aanspraak van de tot uitkering gerechtigde, na een eerdere afwijzing door de verzekeraar, slechts dan een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen indien de verzekeraar opnieuw bij aangetekende brief ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen, onder de eveneens ondubbelzinnige vermelding van het in lid 3 vermelde rechtsgevolg.’¹²

Het is dus wel degelijk van belang dat ASR de eigenaar van de kapsalon inderijd niet *opnieuw* heeft gewezen op de verjaringstermijn van zes maanden. Hoe kwam de Hoge Raad tot deze uitleg van artikel 7:942 (oud) BW? Verschillende interpretatiemethoden passeren de revue. In paragraaf 3 komen wij terug op deze methoden en hun onderlinge verhouding, met name op de betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering bij de interpretatie door de rechter van een wet(s)bepaling).

¹¹ R.o. 3.5.

¹² R.o. 3.10.

In rechtsoverweging 3.6 gaat de Hoge Raad eerst vrij specifiek in op *de bewoording* van artikel 7:942 (oud) BW.¹³ Dat in het tweede lid eerst wordt gesproken van ‘de verjaring’ en daarna van ‘een nieuwe verjaringstermijn’, wordt ook meegenomen. Vervolgens verlegt de Hoge Raad (in rechtsoverweging 3.7.1-3.7.4) de blik naar *de wetsgeschiedenis* en *de strekking* van artikel 7:942 (oud) BW. Er wordt geciteerd uit het deel van de memorie van toelichting waarin het wetsartikel werd toegelicht. Uit die toelichting wordt de strekking van de betreffende bepaling afgeleid (namelijk ‘bescherming van de verzekerde’),¹⁴ waaraan belang wordt gehecht bij de uitleg van het artikel. Ook *het systeem van de wet* wordt betrokken bij het interpreteren van artikel 7:942 (oud) BW (rechtsoverweging 3.8). Er wordt waarde aan gehecht dat in dat artikel ‘bijzondere, van de algemene verjaringsregels afwijkende, bepalingen [worden] gegeven wat betreft de verjaringstermijn, het tijdstip waarop de verjaring begint te lopen, de wijze waarop een lopende verjaring dient te worden gestuit, en de gevolgen van een stuiting.’ Aan deze constatering verbindt de Hoge Raad de conclusie dat het *niet* voor de hand ligt ‘dat de wetgever heeft bedoeld dat de vermelde bijzondere bepalingen uitsluitend gelden in het geval van een eerste aanspraak op uitkering, maar niet in het geval van een tweede en daaropvolgende aanspraak.’¹⁵

In rechtsoverweging 3.9.1 geeft de Hoge Raad een argument voor een andere uitleg van artikel 7:942 (oud) BW. Bij nota van wijziging zijn enkele woorden uit het derde lid geschrapt. De Hoge Raad citeert een deel van de toelichting op de schrapping en geeft aan dat hieruit ‘zou kunnen worden afgeleid dat in het derde lid de hiervoor genoemde woorden zijn geschrapt opdat na de afwijzing overeenkomstig artikel 7:942 lid 2 (oud) BW niet langer uitsluitend artikel 3:316 BW van toepassing is, maar ook de andere bepalingen van de algemene verjaringsregeling (van titel 3.11 BW).’ Vervolgens wordt aangegeven dat een dergelijke uitleg van het wetsartikel steun vindt ‘in uitlatingen van de zijde van de minister van Justitie bij gelegenheid van latere wijzigingen van artikel 7:942 (oud) BW [...] en wordt in meerderheid aangehangen of verdedigd in de feitenrechtspraak en in de literatuur [...]’. Deze uitleg is volgens de Hoge Raad niet dwingend en ziet slechts op een bepaald type gevallen.¹⁶ Als er wel de vergaande consequentie aan had moeten worden verbonden,¹⁷

13 ‘De omstandigheid dat artikel 7:942 (oud) BW algemeen en zonder voorbehoud is geformuleerd, zodat het naar de letter ook gevallen als het onderhavige omvat, is een argument ten gunste van de opvatting dat [etc.]’

14 Immers dient de memorie van toelichting onder meer ‘de doelstellingen die worden nagestreefd’ te vermelden, aanwijzing 212 sub a van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie ook de toelichting op aanwijzing 217.

15 R.o. 3.8.

16 R.o. 3.9.2.

17 Namelijk de consequentie ‘dat, na een eerste afwijzing door de verzekeraar overeenkomstig artikel 7:942 lid 2 (oud) BW, de gevolgen van een volgende stuitings-

dan ‘had het voor de hand gelegen dat uitdrukkelijk te regelen, of dat in de toelichting te vermelden’, aldus de Hoge Raad. Hieraan wordt door de Hoge Raad nog hetgeen door ons in de eerste paragraaf al werd aangehaald toegevoegd, namelijk dat ‘aan uitlatingen van de zijde van de regering anders dan in de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wet of wetsbepaling, geen bijzondere betekenis toekomt [...]’. De rechtsoverweging wordt afgesloten met de opmerking ‘dat de omstandigheid dat een bepaalde wetsuitleg door de meerderheid van de feitenrechters en de literatuur wordt aanvaard, gewicht in de schaal legt, maar niet steeds beslissend gewicht.’¹⁸ De Hoge Raad sluit de uitleg van artikel 7:942 (oud) BW als volgt af (in rechtsoverweging 3.10):

‘Bij afweging van enerzijds de hiervoor in 3.6-3.8 vermelde argumenten, en anderzijds hetgeen hiervoor in 3.9.1 en 3.9.2 is overwogen, is de Hoge Raad van oordeel dat de eerst vermelde argumenten zwaarder wegen dan de laatstgenoemde.’

ASR had de eigenaar van de kapperszaak daarom wel opnieuw moeten wijzen op het in lid 3 van artikel 7:942 lid 2 (oud) BW vermelde rechtsgevolg.

3. UITLATINGEN VAN DE ZIJDE VAN DE REGERING

De Hoge Raad formuleert in zijn arrest van 26 februari 2016 – zoals meermaals is weergegeven – de regel dat ‘aan uitlatingen van de zijde van de regering anders dan in de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wet of wetsbepaling, geen bijzondere betekenis toekomt [...]’. Naar aanleiding hiervan willen wij, ter operationalisering van de onderzoeksvraag, ingaan op de betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering *binnen* en *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(s)bepaling).

3.1. Uitlatingen van de zijde van de regering *binnen* de totstandkomingsgeschiedenis

‘[A]an uitlatingen van de zijde van de regering anders dan in de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wet of wetsbepaling, [komt] geen bijzondere betekenis toe [...]’. Hieruit volgt dat als het *wel* gaat om uitlatingen van de zijde van de regering die in de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(s)bepaling) in kwestie zijn gedaan, de rechter daaraan wel bijzondere

handeling niet meer door (de tweede zin van) dat artikellid, maar door de algemene verjaringsregeling van titel 3.11 BW worden beheerst.’

18 Deze laatste twee opmerkingen hebben natuurlijk te maken met hetgeen in r.o. 3.9.1 werd overwogen, met betrekking tot latere uitlatingen van de minister van Justitie, feitenrechtspraak en literatuur.

betekenis dient toe te kennen. Maar wat is die ‘bijzondere betekenis’ voor de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling)?

De woorden ‘bijzondere betekenis’ kunnen zo worden opgevat dat het dan gaat om uitlatingen die van bijzonder (groot) belang zijn voor de wetshistorische interpretatie van een wets(sbepaling) door de rechter. Parlementaire geschiedenis, waaronder uitlatingen van de zijde van de regering, kan eveneens van (groot) belang kan zijn voor de teleologische interpretatie. Veelal zal de parlementaire geschiedenis immers informatie over het doel en de strekking van een wet(sbepaling) in kwestie bevatten.¹⁹ In het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2016 is het gebruik van de parlementaire geschiedenis in het kader van deze interpretatiemethoden ook terug te vinden.²⁰ Ook mogelijk is echter, dat uitlatingen van de zijde van de regering in de totstandkomings-geschiedenis van een wet(sbepaling) geen of slechts een beperkte betekenis hebben. In de rest van deze paragraaf lichten wij dat toe.

Omdat er in Nederland geen vaste rangorde bestaat tussen de verschillende interpretatiemethoden,²¹ is het mogelijk dat een rechter een wet(sbepaling) hoofdzakelijk uitlegt aan de hand van een interpretatiemethode waarin de parlementaire geschiedenis geen rol speelt. Bijvoorbeeld door niet de toelichting op een wet(sbepaling) maar de tekst ervan te volgen, waarover hierna meer. Het belang van de parlementaire geschiedenis (en daarmee van de uitlatingen van de zijde van de regering als onderdeel ervan) kan dan dus beperkt zijn. Zo kan er, indien de tekst van de wet en toelichting erop uiteenlopen,²² redenen zijn om de tekst en niet die toelichting te volgen.²³ In die gevallen, voor zover de toelichting tevens uit uitlatingen van de zijde van de regering bestaat (hetgeen, afgezien van bij initiatiefwetsvoorstellen, per definitie het geval is), zullen die uitlatingen, hoewel onderdeel van de parlementaire geschiedenis

19 Zie aanwijzing 212 sub a van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie eveneens de toelichting op die aanwijzing en ook de toelichting op aanwijzing 217.

20 Vergelijk par. 2 van deze bijdrage.

21 Vergelijk M.J. Borgers 2016, p. 23; O.C.R. Marres, ‘De relevantie van parlementaire geschiedenis bij wetsuitleg’, in: Th. Groeneveld en L.J.A. Pieterse (red.), *Met oog voor detail. Van den Berge-bundel*, Den Haag: Sdu 2013, p. 191-198; J.W.A. Fleuren 2009, p. 167; F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming: een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2006, p. 187 e.v.; M.W.C. Feteris, ‘Kwaliteit van wetgevingen het decoderen van dubbele boodschappen’, *WFR* 2010/570, par. 3 en 4. Dat in het kader van het EU-recht ter uitvoering van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg de mogelijkheden die grammaticale uitleg van de nationale wet bieden prevaleren boven een wetshistorische uitleg ervan, is besproken in de annotatie van Ortlep onder HR 26 februari 2016, *AB* 2016/175.

22 Wat nog wel eens voorkomt. Zie hierover bijvoorbeeld A.O. Lubbers en L.M.J. Sangster 2012, par. 1.

23 M.W.C. Feteris 2010, par. 3.

van een betreffende wet(sbepaling), dus van weinig of geen betekenis zijn. Ter illustratie van het voorgaande enkele (categorieën) voorbeelden van gevallen waarin er reden is de wettekst en niet de toelichting erop te volgen, die wij ontleen aan een bijdrage van M.W.C. Feteris:²⁴

- Het kan zo zijn dat de toelichting van een zeer ‘vergaande afwijking van de tekst’ uitgaat. Illustratief is het arrest van de Hoge Raad van 25 september 2009: *‘Uit de bewoordingen van de hier toepasselijke wettelijke regeling volgt onmiskenbaar dat heffingsrente wordt berekend indien de vaststelling van een (voorlopige) aanslag na afloop van het belastingtijdvak leidt tot een te betalen bedrag. Hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel is opgemerkt kan niet leiden tot een uitleg van de wet waarin een zo vergaande uitzondering op haar bewoordingen wordt aangenomen als belanghebbende voorstaat’*;²⁵
- Mogelijk spreekt de toelichting zichzelf tegen. Dan kiest de rechter al gauw voor een uitleg die bij de wettekst aansluit;
- Het kan zo zijn dat ‘de formulering van de toelichting op een vergissing berust’;
- Het kan tevens zo zijn dat de toelichting wollig geformuleerd is. Indien dat het geval is, zal de rechter minder snel afstand van de wettekst nemen;
- Het systeem van de wet kan een rol spelen: wanneer het zo is dat afwijking van de wettekst ervoor zorgt dat er daarbovenop strijd is met het *stelsel* van de wet, zal de rechter er minder snel toe overgaan om van de wettekst af te wijken.

Naast deze spanningen tussen wettekst en toelichting, stellen de Aanwijzingen voor de regelgeving een inhoudelijke beperking aan (de betekenis van) de toelichting op een wet(sbepaling) zelf, en daarmee dus ook aan de betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering in de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling). De toelichting mag namelijk niet worden gebruikt ‘voor het stellen van nadere regels’, aldus aanwijzing 214.²⁶ De toelichting op deze aanwijzing is ook relevant in dit kader. Die luidt namelijk:

‘De toelichting geeft een motivering en uitleg van de regeling maar mag geen aanvullende normen bevatten. De te stellen normen worden in de regeling zelf vastgelegd. Evenmin moet een toelichting gebruikt worden voor een nadere omlijning van in de regeling voorkomende termen of begrippen. Dit neemt niet weg, dat het in bepaalde gevallen wenselijk kan zijn van in de regeling voorkomende termen of begrippen een nadere verklaring te geven.’

²⁴ M.W.C. Feteris 2010, par. 4.

²⁵ HR 25 september 2009, AB 2010/12, m.nt. Ortlep; *Gst.* 2010/29, m.nt. Schutgens; *BNB* 2009/295, m.nt. Albert. Vergelijk L.J.A. Damen 2010.

²⁶ Vergelijk *Kamerstukken II* 2009/10, 32168, nr. 4, p. 5.

In de inleiding van deze bijdrage is bovendien door ons opgemerkt dat wetshistorische interpretatie zelf geen eenvoudige bezigheid is, onder meer doordat ‘de wetgever’ meer een procedure dan een instituut is, en er in die procedure dus veel (verschillende) uitlatingen kunnen worden gedaan die van belang zijn voor de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling).²⁷ De memorie van toelichting wordt vaak centraal gesteld bij de uitleg van een wet(sbepaling).²⁸ Het kan echter zo zijn dat de memorie van toelichting niet (geheel) geschikt is voor de uitleg van een betreffende wet(sbepaling). In de woorden van T.C. Borman:

*[D]e memorie van toelichting is niet zaligmakend. Door latere nota's van wijziging, amendementen en soms gewijzigde inzichten of nuanceringen tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel kan men niet blindvaren op wat er in de memorie van toelichting staat.*²⁹

Mogelijk is de betekenis van de uitlatingen van de zijde van de regering in de memorie van toelichting (of elders in de totstandkomingsgeschiedenis) dus deels, grotendeels of geheel tenietgedaan door latere uitlatingen (al dan niet van de zijde van de regering) in de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling). Maar hoe bepaal je dit? Ter zake kunnen belangrijke factoren zijn door wie en in welke fase van de totstandkoming van een betreffende wet(sbepaling) de betreffende uitlatingen zijn gedaan en tegengesproken. A.O. Lubbers en L.M.J. Sangster spreken dan ook van ‘een moeizame weg [...] om de ene uitlating af te wegen tegen de andere uitlating.’³⁰

In het verlengde van het zojuist gestelde, wordt voorts gewezen op het fenomeen *cherry picking*, in de zin dat in de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling) wel voor ieder standpunt steun kan worden gevonden.³¹ In een onderzoek door C. Maas, gebaseerd op verwijzingen naar *mondelijke* wetsgeschiedenis (‘mondelijke behandeling van wetsvoorstellen in het parlement’) in uitspraken van Nederlandse belastingrechters uit de periode 2000-2014, is geconcludeerd ‘dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad de hoofdregel kan worden afgeleid dat uitspraken van bewindslieden of Kamerleden in de Eerste of Tweede Kamer alleen kunnen worden gebruikt voor de rechtsvorming nadat de parlementaire behandeling van een uit te leggen bepaling volledig is onderzocht.’³² Dit alles kan natuurlijk consequenties hebben voor de bruikbaarheid

27 Vergelijk J.W.A. Fleuren 2009, p. 153-154.

28 Vergelijk T.C. Borman, ‘Het updaten van de memorie van toelichting’, *RegelMaat* 2007/5, p. 218-222, i.h.b. p. 218.

29 T.C. Borman 2007, p. 218.

30 A.O. Lubbers en L.M.J. Sangster 2012, par. 7. Zie ook W. Snijders 2008, p. 846.

31 Vergelijk C. Maas 2016, par. 1; A.O. Lubbers en L.M.J. Sangster 2012, par. 2.

32 C. Maas 2016, par. 1, 3 en 8. Vervolgens constateert hij overigens dat met deze hoofdregel door de rechter soepel wordt omgegaan (par. 4).

(en daarmee ook voor de bijzondere betekenis) van uitlatingen van de zijde van de regering in de totstandkomingsgeschiedenis voor de wetsinterpretatie door de rechter.

Over de (exacte) betekenis van uitlatingen van de zijde van de regering in de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling) voor de wetsinterpretatie door de rechter is uiteraard meer te zeggen dan het bovenstaande. Wat wij evenwel duidelijk hebben willen maken is dat er veel omstandigheden en factoren een rol kunnen spelen bij de uiteindelijke betekenis die uitlatingen van de zijde van de regering binnen de totstandkomingsgeschiedenis hebben bij de uitleg door de rechter van een wet(sbepaling), en dat de betekenis ervan dus niet altijd bijzonder (in de zin van ‘van bijzonder belang’) hoeft te zijn. Immers, in de woorden van W. Snijders:

*‘Gezien vanuit de gezichtshoek van de rechter, komt het erop aan of de wetsgeschiedenis voldoende overtuigingskracht heeft om deze voor zijn uitleg van de wet te kunnen gebruiken. Is dat niet het geval, dan kan hij haar zonder meer terzijde laten.’*³³

Uitlatingen van de zijde van de regering binnen de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling) kunnen dus zeer wel van geen of geringe betekenis zijn voor de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling).

3.2. Uitlatingen van de zijde van de regering *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis

Uit het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2016 blijkt dat uitlatingen van de zijde van de regering *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis van een betreffende wet(sbepaling), voor de rechter *geen* bijzondere betekenis heeft bij het interpreteren van een wet(sbepaling). Deze regel is eerder in de rechtspraak tot uitdrukking gekomen. Een voorbeeld biedt het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011, waarin het ging om de uitleg van een wetsbepaling waarover in de Tweede Kamer nog aanvullende vragen waren gesteld, nadat die wetsbepaling kracht van wet had verkregen. Aan de beantwoording van die vragen door de minister komt naar het oordeel van de Hoge Raad voor de uitleg van die wetsbepaling *geen* bijzondere betekenis toe aangezien deze uitlating van de minister geen onderdeel heeft uitgemaakt van de totstandkomingsgeschiedenis van de wet.³⁴ O.C.R. Marres heeft over uitlatingen na de parlementaire behandeling het volgende opgemerkt:

³³ W. Snijders 2008, p. 849. Zie ook M.J. Borgers 2016, p. 23.

³⁴ HR 9 december 2011, NJ 2013/273, m.nt. Hijma. Vergelijk HR 15 november 2011, NJ 2013/174, m.nt. Mevis.

‘Uitlatingen na de parlementaire behandeling – waaronder begrepen de parlementaire behandeling van een latere wet – acht ik irrelevant in het kader van de wetshistorische methode. De zogenoemde neo-wetshistorische methode spreekt mij niet aan. [...] Uitlatingen die niet zijn gedaan door leden van de wetgever tijdens het wetgevend proces en waarvan evenmin kan worden aangenomen dat zij in de overwegingen zijn betrokken bij dat proces zijn niet relevant in het licht van een wetshistorische interpretatie. Zij kunnen enige betekenis hebben, maar slechts vanwege de overtuigingskracht van de gebezigde argumenten en niet vanwege de kwaliteit van degene die de uitlatingen heeft gedaan.’³⁵

Op het laatste deel van de geciteerde woorden van O.C.R. Marres, dat uitlatingen van de zijde van de regering *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis (enige) betekenis kunnen hebben, willen wij dit deel van onze bijdrage richten. Ook de Hoge Raad lijkt in zijn rechtspraak aan dergelijke uitlatingen wel betekenis toe te kennen, zij het geen ‘bijzondere betekenis.’ Wat is in die situatie nog de betekenis voor de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling)?

In de afscheidsrede van M.J. Borgers wordt de vraag besproken ‘of door de wetgever een nieuwe, duidelijkere of andersluidende betekenis kan worden gegeven aan een reeds geldende wettelijke bepaling, anders dan door wijziging van (de tekst van) de wet.’³⁶ Hij komt tot het principe ‘dat de rechter alleen gehouden is om de uitleg die hij heeft gegeven aan een wettelijke bepaling of een wettelijke regeling, bij te stellen wanneer een wetswijziging hem daartoe noopt.’³⁷ Dit principe voorkomt niet alleen ‘dat de rechter voor de moeilijke taak komt te staan om uit te maken welke uitlatingen nu wel en niet aan ‘de’ wetgever kunnen worden toegerekend’, maar ook dat hij een ‘speelbal’ wordt, in zin dat hij zich anders ‘telkens zou moeten laten leiden door politieke (meerderheids)opvattingen die over een bepaalde kwestie worden geuit, bijvoorbeeld in de vorm van een motie.’³⁸ Zoals elk principe, bevat ook het voorgaande een relativering, waarbij wij wederom M.J. Borgers citeren:

‘Dat de rechter niet is gebonden aan uitlatingen die van de zijde de wetgever – na de totstandkoming van een wettelijke regel – zijn gedaan omtrent de betekenis van die voorschriften, wil evenwel niet zeggen dat de rechter aan dergelijke uitlatingen geen betekenis zou kunnen en mogen toekennen. Er zijn sprekende voorbeelden van arresten waarin de interpretatie van een wettelijke norm is geschied aan de hand van een in een later stadium tot

35 O.C.R. Marres 2013, par. 5.

36 M.J. Borgers 2016, p. 17.

37 M.J. Borgers 2016, p. 22-23.

38 M.J. Borgers 2016, p. 23.

*stand gekomen wet en de toelichting daarop, of aan de hand van politieke oordeelsvorming over een bepaald onderwerp.*³⁹

Hij geeft onder meer de volgende reden aan voor de rechter om op dergelijke uitlatingen acht te slaan:

*‘Wanneer het een thema betreft dat in het brandpunt van de politieke en maatschappelijke belangstelling staat, gaat het vooral om het zoeken van aansluiting bij de op dat moment binnen de politiek en de samenleving levende rechtsovertuigingen.’*⁴⁰

In zijn afscheidsrede komt hij dan ook tot de conclusie dat uitlatingen van ‘de wetgever’ *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis wel degelijk van betekenis zijn voor de interpretatie door de rechter van een wet(sbepaling):

*‘Uitlatingen over de betekenis van reeds geldende wettelijke voorschriften hebben geen kracht van wet. Maar betekenisloos zijn dergelijke uitlatingen niet. Het gaat telkens om een boodschap of een signaal over de richting waarin het recht zich zou moeten ontwikkelen of de wijze waarop het recht op dit moment moet worden begrepen. Het gewicht van die boodschap of dat signaal is afhankelijk van meerdere factoren. In het bijzonder is het draagvlak van belang: gaat het om een losse, op zichzelf staande uitlating, dan wel een breed gedragen standpunt?’*⁴¹

De betekenis die ‘overblijft’ als het gaat om uitlatingen van de zijde van de regering *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling), dient naar ons oordeel geplaast te worden in de sleutel van de ‘redelijke wetstoepassing’. Dit staat op gelijke voet met de rechtspraak van de Hoge Raad waaruit volgt dat wanneer voor de beantwoording van een rechtsvraag een wet(sbepaling) noch de totstandkomingsgeschiedenis ervan een aanknopingspunt biedt, het er op aan komt wat naar maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht.⁴² J.M. van Dunné heeft recent in dat kader gesproken van een normatieve uitleg door de rechter van een wet(sbepaling), waarbij maatschappelijke opvattingen en behoeften maatgevend zijn.⁴³ Wanneer maatschappelijke problemen daarom vragen, dient de (rechtsvormende) be-

39 M.J. Borgers 2016, p. 25.

40 M.J. Borgers 2016, p. 34.

41 M.J. Borgers 2016, p. 51.

42 Vergelijk HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162; HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. Hartlief.

43 J.M. van Dunné, ‘De bijdragen van een slapende gemeente, een hangmat, een souteneur en een subsidiejager aan een verkalkt leerstuk’, *TGMA* 2016/1, par. 5. Zie H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: WLP 2014.

slissing van de rechter erop gericht te zijn 'om die problemen te geleiden tot een zoveel mogelijk maatschappelijk bevredigende oplossing.'⁴⁴

Bij het bepalen van die oplossing (aan de hand van maatschappelijke opvattingen en behoeften) kan de rechter tevens betekenis toekennen aan een uitlating van de zijde van de regering als (mede)wetgever gedaan in de totstandkomingsgeschiedenis van een andere (toekomstige) wet(sbepaling).⁴⁵ Het verlenen van betekenis aan die uitlatingen is een keuze van de rechter, aldus M.J. Borgers.⁴⁶ De mate waarin dit wordt gedaan zal, naast (zoals hiervoor weergegeven) door het draagvlak, ook door de aard en stelligheid van de uitlatingen worden bepaald en tevens door de maatschappelijke opvattingen en behoeften die in een voorliggend geval spelen. Zo *kan* het dus zeer wel zo zijn dat uitlatingen van de zijde van de regering buiten de totstandkomingsgeschiedenis, wel een belangrijke, en een in die zin bijzondere, betekenis hebben bij de uitleg door de rechter van een wet(sbepaling).

4. CONCLUSIE

Welke betekenis dient de rechter toe te kennen aan uitlatingen van de zijde van de regering over een wet(sbepaling)? In het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2016 geeft de Hoge Raad aan dat het van belang is of de uitlatingen van de zijde van de regering *binnen of buiten* de totstandkomingsgeschiedenis plaats hadden. Dat belang hebben wij willen nuanceren.

Wij vinden de betreffende rechtsoverweging van de Hoge Raad in algemene zin een terechte en logische. Desalniettemin menen wij dat de betekenis van de rangorde tussen 'uitlating binnen' en 'uitlatingen buiten' niet dient te worden overschat. Uitlatingen *binnen* de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling) zijn in het algemeen van bijzondere betekenis te noemen, maar kunnen in concrete gevallen van (zeer) geringe betekenis zijn, zoals wij met enkele (categorieën) voorbeelden uit de jurisprudentie en literatuur duidelijk hebben willen maken. Net zo goed kan de betekenis van uitlatingen *buiten* de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling) in het algemeen de status 'niet bijzonder' worden gegeven, maar kunnen die uitlatingen in concrete gevallen zeer belangrijk zijn, onder meer in het kader van de redelijke wettoepassing. De precieze betekenis die de rechter aan een uitlating van de zijde van de regering toekent zal daarom in grote mate afhangen van het voorliggende

44 R. Ortley, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortley en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: BJu 2015, p. 119-122, i.h.b. p. 121.

45 Vergelijk M.J. Borgers 2016, p. 25 e.v.

46 M.J. Borgers 2016, p. 52.

geval, of het nou gaat om uitlatingen van de zijde van de regering binnen of buiten de totstandkomingsgeschiedenis van een wet(sbepaling) in kwestie.

DE GELIJKE TOEGANG TOT DE RECHTER ONDER VUUR

Lucas Brouwers en Henk Kummeling

1. INLEIDING

Toegang tot het recht, met als sluitstuk toegang tot de rechter, is een belangrijk uitgangspunt van onze rechtsstaat. Deze toegang is echter niet onbeperkt. Er bestaan financiële en andersoortige drempels, die zijn opgeworpen om onnodig procederen tegen te gaan en voor begrotingsdoeleinden.¹ In principe zijn financiële drempels toegestaan mits de toegang tot de rechter niet wordt ontnomen.²

In een bundel over de rechter onder vuur kan een bespreking van deze financiële drempels in de toegang tot de rechter en het recht natuurlijk niet ontbreken. De belangrijkste reden is dat die financiële drempels een teken zijn dat de gang naar de rechter om tal van redenen ontmoedigd wordt, met name vanwege bezwaren die er tegen rechtspraak als zodanig worden geuit (procedures duren lang, geen adequate oplossingen voor een praktisch probleem, hoge kosten e.d., zodat er gezocht wordt naar alternatieve vormen van geschilbeslechting, zoals mediation, geschillencommissies etc.). Daarmee ligt de rechter onder vuur en natuurlijk ook de rechtzoekende die ontmoedigd wordt om de gang naar de rechter te maken.

De afgelopen jaren is er veel discussie geweest over het verhogen van het griffierecht en de eigen bijdrage voor de rechtsbijstand. Zo is er een aantal wetsvoorstellen ingediend om deze financiële bijdragen te verhogen³ en leverde een uitspraak van de Hoge Raad,⁴ mede naar aanleiding van een Europese richtlijn,⁵ veel discussie op over de kosten van rechtsbijstand in strafzaken.⁶

1 Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2012/13, 33071, 3.

2 Zie bijvoorbeeld CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:282 & EHRM 26 juli 2005, 39199/98 (Podbielski and PPU Polpure/Polen).

3 *Kamerstukken II* 2012/13, 33071, 11, *Kamerstukken II* 2015/16, 33757, 11 (beide ingetrokken) & *Kamerstukken II* 2015/16, 32021.

4 HR 22 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608.

5 Richtlijn (EU) 2013/48 van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (PbEU 2013, L/294).

6 Zie ook PHR 8 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:303.

Deze discussie kwam tot een hoogtepunt toen de Eerste Kamer begin 2015 voorstellen voor bezuinigingen op het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand verwierp.⁷ Om uit de impasse te geraken werd de commissie Wolfsen in het leven geroepen, die de opdracht kreeg een duurzaam stelsel van rechtsbijstand te ontwerpen.⁸ Deze commissie is met een aantal ijkpunten gekomen waaraan een goed functionerend systeem van rechtsbijstand moet voldoen. De eerste van deze ijkpunten heet: ‘de toegang tot het recht staat voorop’. Centraal binnen dit ijkpunt staan de gelijke en effectieve toegang tot het recht, waar de financiële drempels tot het recht ook onderdeel van uitmaken. In het licht van het streven naar gelijke toegang tot de rechter is het opmerkelijk dat de eigen bijdrage in de rechtsbijstand soms kwijtgescholden wordt door de advocaat of en door een aantal gemeenten wordt gecompenseerd via de bijzondere bijstand.

Zeker het kwijtschelden van bepaalde kosten via de bijzondere bijstand roept vragen op als het gaat om het waarborgen van de gelijke toegang tot het recht en de rechter. In Nederland kennen we het fenomeen van de decentralisatie. Dit is de feitelijke overdracht van taken en bevoegdheden aan gemeenten.⁹ Juist in de afgelopen jaren is er een aantal bevoegdheden en verantwoordelijkheden op terreinen als de zorg, jeugdzorg en bijstand bewust overgedragen aan de gemeenten. Hoewel de toegang tot de rechter en het recht nog niet bewust gedecentraliseerd is, heeft het decentralisatieproces dat, met name sinds 1991, heeft plaatsgevonden in de (bijzondere) bijstandverlening wel degelijk gevolgen voor de gelijke toegang tot de rechter.¹⁰

Daarmee rijst het fundamentele probleem dat de gelijke toegang tot de rechter in Nederland niet geheel is gegarandeerd. Immers, inwoners van een gemeente waarbij extra kosten in de toegang tot de rechter gecompenseerd worden ondervinden geen of lagere financiële drempels bij de gang naar de rechter dan inwoners van andere gemeenten, waarbij deze kosten niet gecompenseerd worden. Een mogelijke (indirecte) ‘decentralisatie’ van de toegang tot de rechter en het recht lijkt daarmee problematisch.

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de vraag hoe de fundamentele uitgangspunten van gelijke toegang tot de rechter en het recht zich verhouden tot deze differentiatie van financiële drempels op lokaal niveau. Allereerst

7 *Kamerstukken I* 2014/15, 34000, nr. VI, motie van het lid Franken c.s..

8 Wolfsen c.s., 20 november 2015, Herijking rechtsbijstand (Commissie onderzoek oorzaken kostenstijgingen stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand en vernieuwing van het stelsel).

9 M. Boogers, L. Schaap, E. van den Munckhof, N. Karsten, ‘Decentralisatie als opgave: een evaluatie van het decentralisatiebeleid van de Rijksoverheid, 1993-2008’, Universiteit van Tilburg 2008.

10 Zie voor de decentralisatie van de bijstandverlening *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22545, nr. 3. Zie ook J.L.M. Schell, *De Algemene Bijstandswet*, Tilburg: Tilburg University Press 1995.

zullen de drie begrippen toegang tot het recht, toegang tot de rechter en decentralisatie aan de orde komen. Vervolgens wordt gekeken naar de huidige financiële drempels, met een focus op griffierechten en de eigen bijdrage van de rechtsbijstand. Daarna zal gekeken worden naar (de ontwikkeling van) de bijzondere bijstandsregeling. Van een aantal gemeenten zal de bijzondere bijstandsregeling vergeleken worden om te zien waar mogelijke verschillen zitten in de toegang tot de rechter en toegang tot het recht. Hierbij is niet getracht een uitputtend onderzoek te doen naar de verschillen tussen gemeenten, maar is gezocht naar een aantal gemeenten met verschillende regelingen om te illustreren dat dit probleem zich in de praktijk voordoet.

2. BEGRIPPEN

Alvorens in te gaan op de financiële drempels van griffierechten en eigen bijdrage voor de rechtsbijstand worden in dit hoofdstuk eerst de begrippen toegang tot het recht en de rechter en decentralisatie nader geduid.

2.1. Toegang tot het recht en toegang tot de rechter

De toegang tot het recht en de toegang tot de rechter zijn belangrijke uitgangspunten van de democratische rechtsstaat. Zo volgt het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 van het EVRM¹¹ en is er recent een grondwetsherzieningsvoorstel ingediend om het recht tot een eerlijk proces ook op te nemen in de Grondwet.¹² De toegang tot het recht omvat meer dan alleen de toegang tot de rechter. ‘Toegang tot het recht is de toegang die een rechtzoekende heeft tot informatie, begeleiding, overleg en onderhandeling en een neutrale bindende interventie om zijn probleem op een effectieve manier op te kunnen lossen.’¹³ ‘Dit houdt niet alleen in de toegang tot de gesubsidieerde rechtsbijstand, maar de toegang tot alle vormen van rechtskundige hulpverlening’.¹⁴ Ondanks dat er verschillende definities te vinden zijn, komen deze definities tot op zekere hoogte overeen. Kenmerkend is in ieder geval dat onder toegang tot het recht elke mogelijkheid gezien kan worden die leidt tot de oplossing van een juridisch geschil. Hierbij valt te denken aan bezwaarprocedures en alternatieve geschillenbeslechtingprocedures zoals mediation.¹⁵

11 Zie bijvoorbeeld EVRM 11 juni 2013, AB 2014/25.

12 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 516, nr. 3.

13 H. Grootelaar, L. Venderbos & S. Vromen, ‘Toegang tot het recht: een actueel portret’ (Een verkennend onderzoek naar relevante Nederlandse overheidsmaatregelen sinds 2008 en de gevolgen daarvan voor rechtzoekenden), Montaigne centrum Universiteit Utrecht 2014.

14 Ministerie van Justitie, ‘Beleidsdoorlichting Toegang tot het recht’, Den Haag: Juni 2008.

15 In de begroting van het ministerie van Veiligheid en Justitie wordt gesproken over adequate toegang tot het rechtsbestel (artikel 32.2).

Onderdeel van deze bredere toegang tot het recht is de toegang tot de rechter. Ondanks andere geschilbeslechtingsmethodes is de rechter het sluitstuk van de toegang tot het recht.¹⁶ De toegang tot de rechter vinden we dan ook terug in de belangrijkste grondrechtendocumenten.¹⁷ Toegang tot de rechter wordt gedefinieerd dat eenieder recht heeft op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.¹⁸

Uit de fundamentele uitgangspunten van toegang tot de rechter en het recht vloeien een aantal vereisten voort waaraan een stelsel van rechtsbescherming moet voldoen, ook met betrekking tot het opwerpen van financiële drempels is er uitvoerige jurisprudentie op internationaal en nationaal niveau. Financiële drempels beperken mogelijk de toegang tot het recht en de toegang tot de rechter. Hoewel het verleidelijk is te concluderen dat vooral minder vermogenden hierdoor beperkt worden in hun toegang tot de rechter zal een ieder een afweging moeten maken tussen de kosten van een procedure bij de rechter en het mogelijke resultaat. Als we kijken naar het griffierecht, is dit een mogelijke beperking van de toegang tot de rechter en daardoor de toegang tot het recht. Hetzelfde geldt wat betreft de eigen bijdrage van de rechtsbijstand in de gevallen dat procesvertegenwoordiging is voorgeschreven.¹⁹ Als procesvertegenwoordiging niet is voorgeschreven levert dit niet per se een beperking van de toegang tot een rechter op, maar wellicht wel een beperking van de toegang tot het recht. Aan de andere kant wordt er ook in zaken waarin geen verplichte procesvertegenwoordiging is voorgeschreven voldoende een beroep gedaan op de advocatuur.²⁰ Om deze redenen zullen wij de financiële drempels omschrijven als een belemmering in de toegang tot de rechter, hetgeen een belemmering van de toegang tot het recht impliceert.

16 Ministerie van Justitie, 'Beleidsdoorlichting Toegang tot het recht', Den Haag: Juni 2008 & H. Grootelaar, L. Venderbos & S. Vromen, 'Toegang tot het recht: een actueel portret' (Een verkennend onderzoek naar relevante Nederlandse overheidsmaatregelen sinds 2008 en de gevolgen daarvan voor rechtzoekenden), Montaigne centrum Universiteit Utrecht 2014, p. 33.

17 Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), artikel 14 van het Internationale verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: IVBPR) en gedeeltelijk in artikelen 15, 17 en 18 van de Grondwet. Het ministerie overweegt een grondwetherzieningsvoorstel om het recht op een eerlijk proces volledig in de Grondwet te verankeren, te consulteren via internetconsultatie. nl/eerlijkproces.

18 Vgl. *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 64, en Wetsvoorstel herziening Grondwet, p. 9 e.v.

19 Artikel 278, derde lid, wet van Burgerlijke Rechtsvordering schrijft voor civiele verzoekschriftzaken verplichte procesvertegenwoordiging voor, behoudens uitzonderingen als de kantonrechter.

20 Zie bijvoorbeeld: M.Croes e.a. (WODC), *Monitor Rechtsbijstand en Geschiloplossing*, Cahier 2010-7, p. 72.

2.2. Decentralisatie

Voor de overdracht van bevoegdheden op het centrale niveau aan gemeenten wordt de term decentralisatie veel gebruikt. Maar wat wordt hier nu eigenlijk onder verstaan? Boogaars e.a. geven drie definities van het begrip decentralisatie.²¹ Allereerst is er ‘het bestaan van overheidsinstellingen die een zekere onafhankelijke plaats innemen ten opzichte van de centrale overheid.’ Dit is de meer statische staats- en bestuursrechtelijke definitie. Daarnaast kan decentralisatie een proces omschrijven ‘waarin de eigenstandige rol van decentrale overheidsinstellingen ten opzichte van de centrale overheid wordt verbreed of versterkt.’ Ten slotte is er de betekenis van decentralisatie die meer ingaat op de ‘feitelijke overdracht van taken en bevoegdheden aan gemeenten.’ Voor dit onderzoek is vooral de laatste definitie van belang.

Het decentralisatiebeginsel komt in Nederland onder andere tot uitdrukking in het feit dat verschillende overheidstaken op gemeentelijk niveau worden uitgeoefend. Kijkend naar de geschiedenis kan worden geconstateerd dat gemeenten in hun autonome domein vaak zijn opgetreden op terreinen waar zich maatschappelijke problemen voordeden, zoals bijvoorbeeld op het terrein van de armenzorg. Regelmatig is het echter voorgekomen dat deze activiteiten werden overgenomen door ‘hogere overheden’ of zelfs door de wetgever werden gecentraliseerd, mede vanwege de gewenste werking van het gelijkheidsbeginsel.²² Voorbeelden hiervan zijn de introductie van de Algemene Bijstandswet en later de Participatiewet.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat is de vraag welke verschillen er zijn tussen gemeenten als het gaat om de financiering van de toegang tot het recht en de rechter. Dan is het interessant om te bezien in hoeverre deze decentralisatie zich verhoudt tot de principes van toegang tot het recht en toegang tot de rechter. In het volgende hoofdstuk zal daarom eerst ingegaan worden op de financiële drempels die er zijn.

3. FINANCIËLE DREMPELS IN DE TOEGANG TOT DE RECHTER EN HET RECHT

In deze paragraaf wordt bezien hoe het systeem van financiering in de toegang tot het recht en de rechter in elkaar steekt. We kunnen allereerst de kosten die

21 M. Boogers, L. Schaap, E. van den Munckhof, N. Karsten, ‘Decentralisatie als opgave: een evaluatie van het decentralisatiebeleid van de Rijksoverheid, 1993-2008’, Universiteit van Tilburg 2008.

22 D.J. Elzinga, ‘Hoofdstuk 7 en de aard en mate van decentralisatie’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a., *Constitutionele normen en decentralisatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 60.

gemaakt worden in het behandelen van een beroep door de rechter, de griffierechten. Daarnaast zijn er de kosten van de eigen bijdrage voor een advocaat. In deze paragraaf zal ingegaan worden op deze twee kostenposten.

3.1. Griffierechten

Een beginnend rechter bij een rechtbank verdient 5254,53 euro per maand (bruto).²³ Tel daar overige kosten bij op dan komen we uit op een bedrag van 1.443.296.000 op de begroting van Veiligheid en Justitie 2016 voor rechtspleging en rechtsbijstand.²⁴ Om de kosten beheersbaar te houden en om mogelijke rechtzoekenden een bewuste afweging te laten maken alvorens zij naar de rechter toestappen wordt van rechtzoekenden het zogeheten griffierecht gevraagd.²⁵ In deze paragraaf wordt ingegaan op het gevolg van niet-ontvankelijkheid als het bedrag niet tijdig betaald wordt, de kosten en mogelijke uitzonderingen op het betalen van griffierecht.

3.1.1. Ontvankelijkheid

In het strafrecht bestaat geen griffierecht.²⁶ Gelet op de aard van de strafrechtelijke procedure is dit ook onwenselijk. Voor de overige rechtsgebieden is het betalen van griffierecht een processuele ontvankelijkheidseis.²⁷ In het bestuursrecht vinden we dit terug in artikel 8:41, zesde lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb),²⁸ waaruit volgt dat het niet tijdig betalen van griffierechten leidt tot niet-ontvankelijkheid.

23 Artikel 7 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren j.o. artikel 5 besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren j.o. bijlage besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

24 Begroting Veiligheid en Justitie (EK 34.300 VI, I), te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/prinsjesdag/inhoud/miljoenennota-rijksbegroting-entronrede/prinsjesdagstukken>, laatst geraadpleegd op 15 augustus 2016.

25 Zie voor de ratio van griffierecht bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2013/14, 33757, nr. 3. Beheersbaarheid van kosten is natuurlijk moeilijk juridisch te duiden. De commissie-Wolfsen ziet het vooral als een zo groot 'mogelijke voorspelbaarheid', zodat toegekende budgetten niet bij voortduring worden overschreden, hetgeen tot allerlei politieke moeilijkheden leidt. Absolute voorspelbaarheid is hier echter onmogelijk; vanwege de grondwettelijke en verdragsrechtelijke aanspraken van rechtzoekenden is bij de gesubsidieerde rechtsbijstand noodzakelijkerwijs sprake van een open-einde-regeling. Zie Rapport Commissie-Wolfsen, p. 28.

26 <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiedenis/vraag-en-antwoord/wat-is-griffierecht-en-hoeveel-griffierecht-moet-ik-betalen>, laatst geraadpleegd op 15 augustus 2016.

27 H.G. Lubberdink, *Algemeen Deel Administratieve Rechtsgangen*, Deventer: Kluwer 1987, par. 2.2.4.

28 Zie bijvoorbeeld CRvB 18 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2115.

In het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) vinden we eenzelfde soort bepaling voor de dagvaardingsprocedure in artikel 127a, derde lid. Voor de verzoekschriftprocedure vinden we de consequenties van het niet tijdig betalen van het griffierecht in artikel 282a, leden 2 tot en met 4 Rv. Indien de verzoeker, de belanghebbende het griffierecht niet tijdig heeft voldaan, wordt het verzoek/verweerschrift niet-ontvankelijk verklaard. Wel wordt de niet-betaler in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het niet betalen. Als de rechter van mening is dat niet-ontvankelijkheid zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard, laat hij deze achterwege.²⁹

3.1.2. *Kosten rechtzoekenden*

De kosten van de griffierechten verschillen per rechtsgebied en is ook afhankelijk van het soort zaak binnen het rechtsgebied.³⁰ Daarnaast zijn de kosten in het burgerlijk recht ook afhankelijk van de draagkracht van een individu. Is de rechtzoekende aan te merken als een onvermogen, dan geldt een lager bedrag, artikel 16 Wet griffierecht burgerlijke zaken (hierna: Wgbr). Het bedrag om als onvermogen te worden aangemerkt is maximaal 25.200 euro.³¹

In het bestuursrecht zijn de griffierechten in principe niet afhankelijk van de draagkracht van een individu. Wel is er een verlaagd tarief voor specifieke, in de bij de wet behorende regeling verlaagd griffierecht, zaken. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan een besluit inzake een uitkering bij werkloosheid of ziekte, dat is genomen ten aanzien van een ambtenaar of een besluit over een gehandicaptenparkeerplaats. In deze gevallen bedraagt het griffierecht 46 euro (artikel 8:41, tweede lid, onder a Awb). In andere zaken bedraagt het griffierecht 156 euro voor natuurlijke personen of 310 euro voor andere dan natuurlijke personen (artikel 8:41, tweede lid, onder b en c, Awb). In hoger beroep zijn deze kosten 115, 232 en 466 euro (artikel 8:109, eerste lid Awb).

3.1.3. *Uitzonderingen*

In het burgerlijke recht en het bestuursrecht leidt het niet betalen van griffierecht tot niet-ontvankelijkheid. Er zijn echter wel uitzonderingen. In deze paragraaf wordt eerst gekeken naar het burgerlijk recht, waarbij ook gekeken wordt naar artikel 6 van het EVRM. Daarna wordt gekeken naar het bestuursrecht.

29 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 11-09-2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1483.

30 Alle bedragen die hier genoemd worden zijn de per 1 januari 2016 vastgestelde bedragen. *Stcrt.* 2015, nr. 44577.

31 Artikel 16, eerste lid onder b Wgbr j.o. artikel 35, tweede lid, Wet op de rechtsbijstand (hierna: Wrbs), j.o. artikel 2 Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand (hierna: Bebr).

3.1.3.1. Burgerlijk recht

In het burgerlijk recht is een beroep, ondanks het niet tijdig betalen van het griffierecht, toch ontvankelijk indien dit 'gelet op het belang van één of meer van de partijen bij toegang tot de rechter, zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard', zo volgt uit artikelen 127a en 282a Rv. In een conclusie heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad een parallel getrokken tussen enerzijds het civiele recht en het bestuursrecht en anderzijds tussen het EVRM en de Nederlandse praktijk.³²

Alvorens tot deze conclusie te komen bespreekt de procureur-generaal een aantal belangrijke aspecten. Allereerst wordt ingegaan op de Wgbz, waar in de memorie van toelichting al aandacht is besteed aan artikel 6 van het EVRM. Het heffen van griffierechten is te beschouwen als een beperking van de toegang tot de rechter. Dit betekent echter niet dat het heffen van griffierecht zonder meer in strijd is met artikel 6. Het is vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat het heffen van griffierechten niet in strijd is met artikel 6 EVRM, zolang deze niet in zijn kern wordt aangetast.³³

Het recht op toegang tot de rechter is geen absoluut recht, maar kan worden beperkt indien er een legitiem doel wordt nagestreefd en de aantasting in redelijke verhouding staat tot het beoogde doel. Het EVRM beoogt daarbij rechten toe te kennen die ook praktisch en effectief zijn en niet slechts illusoir.³⁴ Ondanks dat het vaste rechtspraak is dat het heffen van griffierechten geoorloofd is, zal in elk individueel geval een afweging gemaakt moeten worden. De financiële positie van de rechtzoekende is een factor in deze belangenafweging.

Tussendoor wordt vermeld dat uit de Memorie van Toelichting bij de Wgbz en de Memorie van Toelichting bij Rv blijkt dat de wetgever als startpunt heeft dat het opnemen van een vast laag tarief voor onvermogenen zorgt voor een waarborg voor de toegang tot de rechter voor minder vermogenen. Er zijn echter ook gevallen waarin iemand in het geheel niet over financiële middelen beschikt.³⁵

32 PHR 4 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2663.

33 Waaronder EHRM 19 juni 2001, Kreuz vs Polen, 28 249/95, EHRC 2001/54 (m.nt. AWH), EHRM 25 september 2007, Loncke vs België, 20 656/03 en EHRM 31 juli 2007, Mretebi – Georgië, 38 736/04.

34 EHRM 19 juni 2001, Kreuz vs Polen, 28 249/95, paras. 53-57.

35 PHR 4 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2663, r.o. 2.12. Gevolgd in HR 08-04-2016, ECLI:NL:PHR:2015:2663.

Op grond van bovenstaande overwegingen kwam in deze zaak de procureur-generaal tot de conclusie dat het recht op toegang tot de rechter invulling dient te krijgen door het griffierecht achterwege te laten.³⁶

3.1.3.2. Bestuursrecht

In het bestuursrecht wordt een beroep toch ontvankelijk geacht indien niet kan worden vastgesteld dat de indiener in verzuim is geweest. De Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) en Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) hebben beide in jurisprudentie uitgewerkt dat in sommige gevallen het niet betalen van griffierecht niet mag leiden tot niet-ontvankelijkheid. Dit omdat de 'heffing van griffierecht niet tot gevolg mag hebben dat aan bepaalde groepen rechtzoekenden in feite de toegang tot de bestuursrechter wordt ontnomen'.³⁷

Over het algemeen wordt er vanuit gegaan dat de wetgever bij het vaststellen van de griffierechten een afweging heeft gemaakt en dat het bedrag zodanig laag is dat hiermee de toegang tot de rechter niet wordt ontnomen. In individuele situaties kan dit bedrag er echter toch toe leiden dat een gang naar de rechter nagenoeg onmogelijk gemaakt wordt. Een voorbeeld hiervan is wanneer het een vreemdeling in detentie betreft.³⁸ Een ander voorbeeld is waar een netto-inkomen van een persoon minder dan 90% van de bijstandsnorm bedraagt. Per januari 2015 was dit bedrag 864,75 euro.³⁹ Deze lijn wordt ook gevolgd door de Hoge Raad in belastingzaken.⁴⁰ Opvallend in deze zaken is dat er op wordt gewezen dat dit ook geldt voor zaken die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen.

3.1.4. Voorgestelde wijzigingen

Al in de inleiding is vermeld dat er de afgelopen tijd veel discussie geweest over het verhogen van het griffierecht. Gelet op de maatschappelijke onrust omtrent dit onderwerp is het interessant om vijf wetsvoorstellen die (vergaande) invloed (zouden) hebben (gehad) op het griffierecht te bespreken.

36 PHR 4 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2663, r.o. 2.24. Gevolgd in HR 8 april 2016, ECLI:NL:PHR:2015:2663.

37 CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:284, r.o. 4.2.& ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4443, r.o. 2.1. zie ook *Kamerstukken II* 1984/85, 18 835, nr. 3, blz. 6, en *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495.

38 ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4443.

39 CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:284.

40 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:699.

3.1.4.1. Wet griffierechten burgerlijke zaken (31 758)

Dit wetsvoorstel voorzag in een nieuwe regeling voor de heffing en inning van griffierechten in civiele zaken. Uitgangspunten van het nieuwe stelsel waren de vaststelling van vaste tarieven in alle zaken in plaats van een percentage-regeling, een vast laag tarief voor on- en minvermogenden en de introductie van het uitgangspunt van inning van het griffierecht aan het begin van de procedure. Ondanks dat dit nieuwe stelsel de nieuwe tarieven heeft verhoogd, bleef de toegang tot de rechter gewaarborgd, aldus de regering. Hoe groter het zaaksbelang was hoe hoger het griffierecht werd en er werd voor elke categorie een vast laag bedrag voor onvermogenden vastgesteld.⁴¹ Per 1 november 2010 en 1 januari 2011 is dit wetsvoorstel in werking getreden.⁴²

3.1.4.2. Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie (32 021)

De Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie had een aantal doelen. Voor deze bijdrage is vooral het doel interessant om de competentiegrens van de kantonrechter op te rekken. Door de keuze om gedaagden niet te laten betalen voor de gang naar de rechter en de verhoging van deze grens was het nodig de griffierechten naar boven bij te stellen. Deze wijziging is echter opgenomen in bovengenoemde Wet griffierechten burgerlijke zaken. Op 19 mei 2011 is betreffende wet aangenomen.⁴³

3.1.4.3. Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en enige andere wetten in verband met de verhoging van griffierechten (33 071)

In navolging van het regeerakkoord 2010/11, werd op 3 november 2011 bovenstaand wetsvoorstel ingediend.⁴⁴ Dit wetsvoorstel diende volgens de Memorie van Toelichting twee doelen. Allereerst de verantwoordelijkheid van de rechtzoekende vergroten en daarnaast de begroting van de overheid in orde maken. Met dit wetsvoorstel moest een bezuiniging van 240 miljoen bereikt worden. Om dit te bereiken werd voorgesteld een aantal maatregelen te nemen. Zo kwam er een minimumbedrag van 125 euro en ging het standaardtarief voor familiezaken naar 500 euro. Hoger beroep en cassatie zouden 250% van het tarief in eerste aanleg betreffen. Er werd geen onderscheid meer gemaakt tussen natuurlijke en rechtspersonen. Om te zorgen dat de toegang tot de rechter toch betaalbaar bleef, werd opgenomen dat onvermogenden (25%), minder vermogenden (50%) en burgers met een middeninkomen

41 *Kamerstukken II* 2008/09, 31758, nr. 3.

42 *Stb.* 2010, 726.

43 *Stb.* 2011, 255.

44 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 417, nr. 15, p. 45 punt 7 en p. 47.

(75%) slechts een beperkt deel van het griffierecht zouden gaan betalen, met wel het minimumbedrag van 125 euro. Dit wetsvoorstel leverde nogal wat adviezen op van bijvoorbeeld de president van de Hoge Raad en de vereniging Sociale Advocatuur Nederland, die zorgen uitten over de toegang tot de rechter.⁴⁵ De regering reageerde hierop door te stellen dat de toegang tot de rechter niet onbeperkt is, ingevolge het EHRM in *Kreuz vs. Polen*, en dat ondanks dat de rechter in elke individuele zaak zal moeten bepalen of het griffierecht een ongeoorloofde belemmering vormt van deze toegang, de regering van mening was dat de toegang op de rechter geëerbiedigd werd.⁴⁶

Op 23 januari 2013 heeft de nieuwe regering besloten het wetsvoorstel in te trekken.⁴⁷

3.1.4.4. Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met aanpassing van griffierechten (33 757)

Op 26 november 2013 is er wederom een wetsvoorstel ingediend met als doel om de griffierechten te verhogen. De zaken bij de kantonrechter en civiele zaken bij de rechtbank zouden een stijging van 2% kennen. De griffierechten in het bestuursrecht zouden gelijkgetrokken worden met de tarieven in het civiele recht en waren substantieel groter. Voor handelszaken met een belang van één miljoen of meer gingen de tarieven sterk omhoog. Ook het tarief in hoger beroep en cassatie werd substantieel verhoogd.⁴⁸ Op 20 november 2015 is aangekondigd dat deze wet zou worden ingetrokken, hetgeen op 1 maart 2016 is gebeurd.⁴⁹

3.1.4.5. Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht (34 212)

De laatste wet die hier besproken wordt, is de invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht. In dit wetsvoorstel wordt beoogd om de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure te harmoniseren. Een gevolg hiervan is dat het griffierecht in vorderingsprocedures eerder betaald moet worden dan voorheen. Het gevolg is ook dat in deze procedures bij het intrekken van de zaak het griffierecht reeds is voldaan, hetgeen eerst niet het geval was. Om

45 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 3, bijlagen.

46 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 3.

47 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 071, nr. 11.

48 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 757, nr. 3.

49 *Kamerstukken II* 2015/16, 33 757, nr. 11. Zie ook de brief aan de Tweede Kamer van de ministers van Veiligheid en Justitie en de minister van Financiën van 20 november 2015, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/Kamerstukken/2015/11/20/brief-tweede-kamer-ontwerpbegroting-2016-veiligheid-en-justitie>, laatst geraadpleegd op 15 augustus 2016.

partijen toch te stimuleren tot een schikking te komen is ervoor gekozen om het griffierecht dan (gedeeltelijk) terug te betalen tot een bedrag van tweederde van het totale griffierecht. Hierbij wordt wel opgenomen dat een maximum van 75 euro door onvermogensden, 250 euro voor natuurlijke personen en 500 euro voor rechtspersonen wordt geheven.⁵⁰ De onderbouwing van dit voorstel ligt voornamelijk in het profijtbeginsel. Indien een vordering alsnog voldaan wordt na het dreigen met een rechterlijke procedure, is er profijt van de mogelijke procedure. Op dat moment is het gerechtvaardigd dat bijgedragen wordt aan de gemaakte kosten.⁵¹

Dit wetsvoorstel wordt op het moment van schrijven behandeld in de Eerste Kamer.⁵² De uitkomst van dit wetsvoorstel is zeer interessant voor de financiering van de toegang tot de rechter. Een rechtzoekende zal in burgerlijke zaken vanaf de inwerkingtreding namelijk gegarandeerd een bedrag moeten betalen bij het indienen van een procedure.

3.2. Eigen bijdrage rechtsbijstand

In de vorige paragraaf is ingegaan op de bijdrage in de kosten van de gang naar de rechter, het griffierecht. Indien je toegang hebt tot de rechter heb je nog niet direct toegang tot het recht, zoals ook besproken is in hoofdstuk 2. In sommige gevallen is de materie te complex om als burger of particulier jezelf te vertegenwoordigen. Daarom is het wenselijk toegang te hebben tot iemand die je bijstaat in de juridische procedures, een recht dat ook is vastgelegd in artikel 18 van de Grondwet. In sommige gevallen is een advocaat zelfs verplicht, waardoor het niet hebben van een raadsman niet alleen de toegang tot de recht beperkt, maar zelfs al de toegang tot de rechter.⁵³

Als we naar de begroting van V&J kijken is er naast rechtspleging nog een post opgenomen, rechtsbijstand. In principe zijn de kosten voor een raadsman voor rekening van de rechtzoekenden. Voor bepaalde vermogenscategorieën is het echter (nagenoeg) onmogelijk om de kosten van bijvoorbeeld een advocaat te kunnen betalen.⁵⁴ Ook voor die groepen is het essentieel dat zij toegang tot het recht kunnen behouden. Om die reden betaalt de overheid soms (een groot gedeelte van) de kosten van een advocaat. De basis hiervoor is te vinden

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34212, nr. 3.

⁵¹ *Kamerstukken II* 34212, nr. 6.

⁵² *Handelingen II* 2015/16, 34212, nr. 36.

⁵³ Artikel 278, derde lid, wet van Burgerlijke Rechtsvordering schrijft voor civiele verzoekschriftzaken verplichte procesvertegenwoordiging voor, behoudens uitzonderingen als de kantonrechter.

⁵⁴ N.B. ook in bijvoorbeeld mediation is het mogelijk om een bijdrage te ontvangen. Voor dit artikel gaan we echter uit van de kosten die gemaakt worden voor een advocaat.

in artikel 18, tweede lid, van de Grondwet. Het stelsel moet ook toegang blijven bieden voor min- en onvermogensden.⁵⁵

Ook hier is er echter vaak sprake van een eigen bijdrage die de rechtzoekenden moet betalen. Wederom is de gedachte hierachter dat het stelsel beheersbaar moet blijven en dat er een afweging gemaakt moet worden voordat iemand naar een advocaat toestapt.⁵⁶ Daarnaast is het ook zo dat degene die profijt heeft van een dienst, hier aan bijdraagt.⁵⁷

In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op wanneer iemand in aanmerking komt voor rechtsbijstand en welke verschillen er in deze procedure aanwezig zijn.

3.2.1. Ontvankelijkheid

In de vorige paragraaf zagen we dat het niet betalen van het griffierecht leidt tot niet-ontvankelijkheid. In sommige gevallen geldt dit ook voor het niet in de hand nemen van een advocaat. Dit volgt uit het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 278, derde lid Rv stelt dat verzoekschriften die niet bij de kantonrechter worden ingediend ondertekend worden door een advocaat. Artikel 282, eerste lid Rv verklaart dit van overeenkomstige toepassing op het indienen van een verweerschrift.

Het (aanvullende) verzoekschrift en/of verweerschrift moet dus door een advocaat ondertekend worden, waaruit de verplichte procesvertegenwoordiging blijkt. In artikel 362 Rv is geregeld dat hetzelfde geldt voor hoger beroep. Dit wordt gezien als een beperkte procesvertegenwoordiging. Alleen voor de genoemde procedurele stappen geldt een verplichting. Voor het overige, zoals het verschijnen ter zitting en het overleggen van nieuwe stukken, kan een rechtzoekende handelen zonder advocaat.⁵⁸ Op het niet door een advocaat

55 *Kamerstukken II* 2008/09, 31835 nr. 3. Zie ook de opdracht die gegeven is aan de commissie onderzoek oorzaken kostenstijgingen stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand en vernieuwing van het stelsel: Commissie Wolfsen, 'Herijking rechtsbijstand. Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand (Commissie onderzoek oorzaken kostenstijgingen stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand en vernieuwing van het stelsel)', p. 33.

56 E. Bauw, B. Böhrer & M. Westerveld, *Togadragers in de rechtsstaat. De juridische professies en de toegang tot het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 162. Zie ook Commissie Wolfsen, 'Herijking rechtsbijstand. Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand (Commissie onderzoek oorzaken kostenstijgingen stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand en vernieuwing van het stelsel)', p. 50.

57 *Kamerstukken I* 2013/14, 33750.

58 PHR 5 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:845. Gevolgd in HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2822.

laten ondertekenen van een van het verzoekschrift staat de straf van niet-ontvankelijkheid, conform artikel 281 Rv.⁵⁹

Verplichte procesvertegenwoordiging in het strafrecht en het bestuursrecht bestaat niet. Vanuit de overheid wordt wel aangeraden om een advocaat in de arm te nemen.⁶⁰ Zeker gelet op het bijzondere karakter van het strafrecht kan dit aan te raden zijn. In het bestuursrecht wordt een en ander wellicht gecompenseerd door de actievare houding van de rechter.⁶¹

3.2.2. Kosten rechtzoekenden

Als vermeld in de inleiding van dit hoofdstuk blijven de kosten van een advocaat in principe voor rekening van de rechtzoekenden. Dit kan echter problemen met zich brengen. Zoals hierboven vermeld is het gebruikmaken van een advocaat soms verplicht voordat toegang tot de rechter verkregen kan worden. Daarnaast kan een rechtzoekende weliswaar toegang krijgen tot bijvoorbeeld een bestuursrechtelijke procedure zonder een advocaat in de arm te nemen, maar zal in sommige gevallen zijn toegang tot het recht niet gewaarborgd zijn, hetgeen in strijd is met artikel 18 van de Grondwet en artikel 6 van het EVRM.⁶²

Het is te bedenken dat niet iedereen in staat zal zijn om aan de ontvankelijkheidsvereisten te voldoen, of de juiste juridische argumenten op tafel te leggen. Om die reden is het belangrijk dat ook rechtzoekenden die minder draagkrachtig zijn in staat zullen zijn om een advocaat in te schakelen.

3.2.2.1. Bestuursrecht en burgerlijk recht

In artikel 12 van de Wet op de rechtsbijstand (hierna: WRB) is dan ook bepaald dat rechtsbijstand wordt verleend aan natuurlijke en rechtspersonen wier financiële draagkracht de bedragen uit artikel 34 WRB niet overschrijdt.

In artikel 34 WRB vinden we twee financiële drempels. Allereerst mag voor het in aanmerking komen voor rechtsbijstand het inkomen per jaar niet meer dan 26.000 euro bedragen (indien een gemeenschappelijke huishouding gevoerd wordt 36.800). Daarnaast mag het vermogen niet hoger zijn dan het

59 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3792.

60 Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/vragen-antwoord/ben-ik-verplicht-een-advocaat-te-nemen-voor-mijn-rechtszaak-en-wat-kost-een-advocaat>, laatst geraadpleegd op 15 augustus 2016.

61 T. Barkhuysen, & Y.E. Schuurmans, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', *NJB* 2012, p. 1515-1520.

62 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2005/06, 30436, nr. 3.

heffingsvrije vermogen (in 2016 bedraagt dit 24.437 euro, ingevolge artikel 5.5. Wet inkomstenbelasting 2001).

Rechtzoekenden betalen dan wel nog een eigen bijdrage. De ratio hierachter is wederom dat een afweging gemaakt moet worden bij het in de arm nemen van een advocaat. De hoogte van de eigen bijdrage is, ingevolge artikel 35 WRB, uitgewerkt in het Besluit eigen bijdrage (hierna: *Beb*). Voor een compleet overzicht van de bedragen van de eigen bijdrage wordt hier verwezen naar bijlage II.

Interessant is ook, gelet op de bedragen van de eigen bijdrage, de voorziening bij het Juridisch Loket. Deze is op grond van artikel 7, tweede lid en 8, tweede lid WRB ingesteld. In het *Beb*, artikel 2, zesde lid, is een voorziening opgenomen dat als er eerst gebruik gemaakt wordt van de voorziening bij het juridisch loket, waarbij een diagnosedocument wordt opgesteld, er een korting van €53 op de eigen bijdrage gegeven wordt. Hoewel het de bedoeling is dat er eerst een oplossing gevonden wordt via het Juridisch Loket, wordt deze regeling soms meer gebruikt als een korting op de eigen bijdrage.⁶³

Ten slotte staat er in artikel 6 *Beb* een aantal categorieën van personen die helemaal geen eigen bijdrage hoeven te betalen. In het eerste lid vinden we de groepen personen die nimmer een eigen bijdrage hoeven te betalen. Hieronder vallen bijvoorbeeld asielzoekers die uitsluitend bepaalde uitkeringen ontvangen (onder a), personen wier vrijheid is ontnomen en die geen inkomsten meer ontvangen (onder b) en minderjarigen aan wie een curator is toegewezen (onder d). In het tweede lid staat aangegeven dat indien een rechtzoekende geen inkomen heeft, de Raad voor Rechtsbijstand kan beslissen geen eigen bijdrage op te leggen. Het derde lid geeft een categorie aan wanneer ondanks de eerste twee leden toch de laagste eigen bijdrage moeten betalen.

3.2.2.2. Strafrecht

Voor het strafrecht geldt een aparte regeling in artikelen 43-44a WRB. In artikel 43 WRB is geregeld dat rechtsbijstand kosteloos is in het geval waarin krachtens het Wetboek van Strafrecht of Strafvordering aan de verdachte of veroordeelde op last van de rechter een raadsman wordt toegevoegd. Zoals in de inleiding vermeld, heeft een recente uitspraak van de Hoge Raad tot veel

⁶³ Wolfsen c.s., 20 november 2015, Herijking rechtsbijstand (Commissie onderzoek oorzaken kostenstijgingen stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand en vernieuwing van het stelsel), para. 2.3.4.

onrust geleid.⁶⁴ Mede naar aanleiding van een Europese richtlijn⁶⁵ oordeelde de Hoge Raad dat:

‘Met het oog daarop gaat de Hoge Raad voortaan ervan uit dat een aangehouden verdachte het recht heeft op bijstand van een raadsman tijdens zijn verhoor door de politie, behoudens bij het bestaan van dwingende redenen om dat recht te beperken. De verdachte kan uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend doch in elk geval ondubbelzinnig afstand doen van dat recht. Dit brengt mee dat hij vóór de aanvang van het verhoor dient te worden gewezen op zijn recht op bijstand van een raadsman. Opmerking verdient hierbij dat het recht op zulke bijstand niet alleen betrekking heeft op het eerste verhoor, maar ook op daarop volgende verhoren.’⁶⁶

Gelet op artikel 43 van de WRB is het te verwachten dat dit recht op de aanwezigheid van een raadsman tijdens het politieverhoor meer kosten gaat opleveren in de rechtsbijstand. Hoewel dit in principe geen extra kosten gaat opleveren voor rechtzoekenden, deze is immers kosteloos in de gevallen voorgeschreven, zal het de wetgever wel voor nieuwe budgettaire keuzes stellen.

4. BIJZONDERE BIJSTAND

Uit de vorige paragraaf volgt dat de toegang tot de rechter en het recht in veel gevallen in het licht van grondwettelijke en verdragsrechtelijke eisen voldoende gewaarborgd is. De financiële drempels die opgeworpen worden zijn in het algemeen toegestaan en dienen een aantal doelen, bijvoorbeeld het afwegen van het belang van procederen door procespartijen. Daarbij wordt op sommige terreinen een onderscheid gemaakt tussen vermogenden en minder/onvermogenden, opdat ook mensen met een lager inkomen hun recht op toegang kunnen effectueren. Wel blijft er in de meeste gevallen een eigen bijdrage in de kosten van de rechtsbijstand en een (verminderd) tarief voor griffierechten over.

In individuele gevallen is het echter mogelijk dat ondanks alle compenserende maatregelen het bedrag dat overblijft toch een belemmering kan vormen in de

64 Hoge Raad 22 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608.

65 Richtlijn (EU) 2013/48 van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (PbEU 2013, L/294).

66 Zie bijvoorbeeld artikel 41 van het Wetboek van Strafvordering die een toevoeging van een raadsman voorschrijft in de gevallen dat een verdachte geen raadsman heeft en zijn bewaring of gevangenneming is bevolen.

toegang tot het recht en/of de rechter. We zagen in de vorige paragraaf al dat dit soms gecompenseerd wordt door de rechter als het gaat om de betaling van griffierechten. Het niet betalen wordt dan niet aangemerkt als een verzuim in de zin van artikel 8:41, zesde lid Awb of het niet-ontvankelijk verklaren wegens niet-betalen wordt aangemerkt als een onbillijkheid van overwegende aard in de zin van artikel 282a Rv.

Gemeenten hebben de mogelijkheid om ervoor te kiezen kosten die gemaakt worden in de procedure bij de rechter te compenseren via de verlening van bijzondere bijstand. Dit loopt uiteen van het griffierecht en de eigen bijdrage rechtsbijstand naar reiskosten en kosten van deskundigen of getuigen. In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de bijzondere bijstandverlening in het algemeen, waarna gekeken zal worden naar de bijzondere bijstand in verschillende gemeenten.

4.1. Het systeem van bijzondere bijstandsverlening

Op 1 juli 2015 is een groot gedeelte van de Invoeringswet Participatiewet in werking getreden.⁶⁷ Sindsdien is de Wet Werk en Bijstand overgegaan in de Participatiewet (hierna: Pw). In deze wet is een onderscheid gemaakt tussen algemene bijstand (artikelen 19-34 Pw) en bijzondere bijstand (artikel 35 Pw).

De algemene bijstand is bedoeld om een individu te compenseren indien hij of zij niet beschikt over voldoende middelen om te voorzien in de noodzakelijke kosten van het bestaan (artikel 11 Pw). Dit recht op algemene bijstand is er in ieder geval als het inkomen lager is dan de bijstandsnorm (€972,70 per 1 januari 2016) en er geen in aanmerking te nemen vermogen is. Deze bijstand wordt individueel bepaald en niet meer categoriaal zodat er altijd een afwijking dient te zijn in een individueel geval.⁶⁸

De bijzondere bijstand is bedoeld om bij te dragen aan de 'uit bijzondere omstandigheden voortvloeiende noodzakelijke kosten van het bestaan'. Artikel 35, eerste lid Pw luidt als volgt:

1. Onverminderd paragraaf 2.2, heeft de alleenstaande of het gezin recht op bijzondere bijstand voorzover de alleenstaande of het gezin niet beschikt over de middelen om te voorzien in de uit bijzondere omstandigheden voortvloeiende noodzakelijke kosten van het bestaan en deze kosten naar het oordeel van het college niet kunnen worden voldaan uit de bijstandsnorm, de individuele inkomenstoelage, de individuele studietoelage, het vermogen en het inkomen voorzover dit meer bedraagt dan de bijstands-

⁶⁷ *Stb.* 2014, 271 & *Stb.* 2014, 523.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, nr. 3.

norm, waarbij artikel 31, tweede lid, en artikel 34, tweede lid, niet van toepassing zijn. Het college bepaalt het begin en de duur van de periode waarover het vermogen en het inkomen in aanmerking wordt genomen.

De vraag wanneer kosten noodzakelijk zijn wordt in de Pw niet beantwoord. Wel wordt een opsomming van gevallen gegeven wanneer in ieder geval geen sprake is van noodzakelijke kosten (artikel 14 Pw). Ook is er een aantal uitsluitingsgronden (artikel 13 Pw) en is er geen recht op bijstand als er al een andere voorliggende voorziening is (artikel 15 Pw). Aan de hand van deze artikelen kunnen een aantal criteria worden gedestilleerd voordat iemand recht heeft op bijzondere bijstand:

- *of er sprake is van uitgaven voortvloeiend uit bijzondere omstandigheden;*
- *of de uitgaven noodzakelijk zijn;*
- *of de kosten zich daadwerkelijk voordoen;*
- *of de kosten gedragen kunnen worden uit de bijstandsnorm;*
- *of er een voorliggende voorziening is;*
- *of er geen sprake is van uitsluitingsgronden.’*⁶⁹

Er zit in deze bepaling een behoorlijke discretionaire ruimte voor het college om te bepalen of iemand in aanmerking komt voor bijzondere bijstand.⁷⁰ Zo is het de vraag wat bijzondere omstandigheden en noodzakelijke kosten zijn. Ook interessant in dit kader is de vraag of er een voorliggende voorziening is, aangezien de Wet op de Rechtsbijstand wellicht onder dit criterium valt.

De bijstand wordt in principe verleend om niet, artikel 48, eerste lid Pw. In enkele gevallen kan de bijstand verleend worden als geldlening, artikel 48, tweede lid Pw. Dit kan indien:

- a. redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de belanghebbende op korte termijn over voldoende middelen zal beschikken om over de betreffende periode in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien;
- b. de noodzaak tot bijstandsverlening het gevolg is van een tekortschietend besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan;
- c. de aanvraag een door de belanghebbende te betalen waarborgsom betreft;
- d. het bijstand ter gedeeltelijke of volledige aflossing van een schuldenlast betreft.

⁶⁹ VNG, Werkwijzer bijzondere bijstand Maatwerk in het armoedebeleid, november 2014. Te raadplegen via: https://vng.nl/files/vng/nieuws_attachments/2014/werkwijzer_bijzondere_bijstand_maatwerk_november_2014.pdf, laatst geraadpleegd 15 augustus 2016.

⁷⁰ Ibid.

4.1.1. *Eigen bijdrage rechtsbijstand*

De vraag of de rechtsbijstand als een voorliggende voorziening beschouwd kan worden, kan in principe met ja beantwoord worden. Volgens de vaste gedragslijn van de Centrale Raad van Beroep is de Wet op de rechtsbijstand aan te merken als een voorliggende voorziening.⁷¹ Onder omstandigheden is het echter mogelijk om de eigen bijdrage die overblijft toch te vergoeden met de bijzondere bijstand, aangezien de Wrb niet toereikend is als het de eigen bijdrage betreft.⁷² De noodzaak van de procedure is in principe aangetoond vanwege de verlening van gesubsidieerde rechtsbijstand. In dat geval moet echter nog wel beoordeeld worden in hoeverre de eigen bijdrage naar het oordeel van het college niet kunnen worden voldaan uit de bijstandsnorm, de individuele inkomenstoelage, de individuele studietoelage, het vermogen en het inkomen voor zover dit meer bedraagt dan de bijstandsnorm.

4.1.2. *Griffierecht*

Voor wat betreft het griffierecht is de Wet op de rechtsbijstand niet aan te merken als een voorliggende voorziening.⁷³ Dit is wellicht logisch, aangezien de Wet op de rechtsbijstand de kosten van griffierechten niet compenseert. Om voor compensatie van de kosten voor griffierechten in aanmerking te kunnen komen zal dus aangetoond moeten worden dat a) de bijzondere kosten noodzakelijk zijn voor het bestaan en b) dat deze kosten niet voldaan kunnen worden uit de bijstandsnorm, de individuele inkomenstoelage, de individuele studietoelage, het vermogen en het inkomen voorzover dit meer bedraagt dan de bijstandsnorm. Dit alles naar het oordeel van het college.

Voor de noodzakelijkheid van de kosten wordt echter wel gekeken naar de vraag of een toevoeging op basis van de Wrb is verleend. In beginsel kan de noodzakelijkheid aangenomen worden indien er toevoeging is verleend op basis van de Wrb.⁷⁴ Is dit niet het geval, dan zal het college zich zelfstandig een oordeel moeten vormen over de noodzakelijkheid van de kosten 'aan de hand van de zich in concreto voordoende omstandigheden'.⁷⁵ Hierbij komt beoordelingsvrijheid toe aan het bijstandsverlenend orgaan.⁷⁶

71 CRvB 26 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ3215, r.o. 4.2. Zie ook CRvB 31 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ1426 & CRvB 13 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3516.

72 CRvB 26 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ3215. Zie ook *Stb.* 2000, nr. 42.

73 CRvB 06 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY3645.

74 Rechtbank Noord-Holland 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9574. CRvB 22 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ9223.

75 *Ibid.* Zie ook CRvB 13 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3516.

76 CRvB 02 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3221.

4.2. Bijzondere bijstandsverlening in verschillende gemeenten

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat, soms in aanvulling op de algemene bijstand, het college van burgemeester en wethouders bevoegd is om bijzondere bijstand te verstrekken. Bij deze mogelijke verstrekking is er discretionaire ruimte. De vraag of de noodzakelijke kosten niet kunnen worden voldaan uit het inkomen van de betreffende persoon of gezien wordt naar het oordeel van het college beantwoord, ingevolge artikel 35 Pw. Deze discretionaire ruimte wordt op gemeentelijk niveau vaak ingevuld aan de hand van beleidsregels. Bij het opstellen van de beleidsregels moet rekening gehouden worden met de aard van de kosten, indien aanwezig, buitengewone lasten en overige omstandigheden die zien op de persoon van de aanvrager.⁷⁷

Omdat op gemeentelijk niveau deze beleidsregels kunnen afwijken, kan de gemeente waar men woont van invloed zijn op de vraag of een persoon recht heeft op compensatie van de eigen bijdrage rechtsbijstand en griffierechten via de bijzondere bijstand. In deze paragraaf wordt daarom ingegaan op een aantal gemeenten, waarbij bezien wordt of er verschillen bestaan tussen de verschillende gemeenten. Hierbij wordt niet getracht een overzicht te geven van alle gemeenten of een representatieve groep, maar enkel een aantal gemeenten om een beeld te schetsen.

4.2.1. Utrecht

In Utrecht is de Richtlijn Bijzondere Bijstand Utrecht (RBBU) op 2 december 2015 in werking getreden.⁷⁸ De kosten in verband met bijzondere sociale, financiële of medische omstandigheden die voor vergoeding in aanmerking komen zijn geregeld in artikel 16 RBBU:

Voor bijstandsverlening komen in ieder geval de volgende kosten in aanmerking:

(...)

g. de kosten van rechtsbijstand, waaronder begrepen de voor rekening van de belanghebbende komende *eigen bijdrage* conform de Wet op de rechtsbijstand, *het griffierecht* en de *kosten van getuigen en deskundigen*, voor zover deze niet op de wederpartij kunnen worden verhaald;

(...)

In het geval van tekortschietend besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening wordt de bijzondere bijstand niet verleend (artikel 4 RBBU) of

⁷⁷ Ibid. zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, nr. 3 & *Kamerstukken II* 2007/08, 31441, nr. 3.

⁷⁸ Zie artikel 3:42, tweede lid, Awb j.o. artikel 35 Richtlijn Bijzondere Bijstand Utrecht.

als lening verstrekt (artikel 3 RBBU). Dit laatste kan ook gebeuren indien de persoon in kwestie de noodzakelijke middelen tijdelijk niet kan financieren. Voor het overige, geschiedt de bijzondere bijstandsverlening als een uitkering om niet (artikel 2 RBBU)

4.2.2. Amsterdam

De gemeente Amsterdam heeft het beleid voor de bijzondere bijstand vastgelegd in de Beleidsregels Participatiewet, IOAW en IOAZ.⁷⁹ In deze beleidsregels wordt niet specifiek ingegaan op welke kosten wel en niet voor bijzondere bijstand in aanmerking komen. Wel wordt een aanvulling gegeven op artikel 15 Pw, namelijk wanneer er gesproken kan worden van noodzakelijke kosten. Waar het de eigen bijdrage betreft, geldt een ondergrens van 50 euro die altijd zelf bijgedragen dient te worden, artikel 3.1, onder 4 Beleidsregels Participatiewet, IOAW en IOAZ.

Voor wat betreft het verlenen van bijzondere bijstand als lening vullen de beleidsregels artikel 48 van de wet aan. De bijstand wordt dan om niet verstrekt indien:

- a die ten gevolge van een tekortschietend besef van verantwoordelijkheid in bijstandbehoevende omstandigheden verkeert of dreigt te geraken: voor de strikt noodzakelijke kosten;*
- b die in een situatie als bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, een huurwoning betreft: voor de waarborgsom die aan de verhuurder verschuldigd is;*
- c die als houder van een Vergunning Bepaalde Tijd Asiel een huurwoning betreft aansluitend op een verblijf in een asielzoekerscentrum: voor één huurtermijn en de waarborgsom die aan de verhuurder verschuldigd zijn;*
- d die buiten eigen toedoen niet in aanmerking komt voor schuldhulpverlening: voor het saneren van een bedreigende schuld betreffende de woninghuur of energielasten.⁸⁰*

4.2.3. Rotterdam

In de gemeente Rotterdam is een aantal beleidsregels te vinden omtrent bijstand en de Participatiewet.⁸¹ In deze beleidsregels zijn echter geen beleidsregels opgenomen omtrent het al dan niet verlenen van bijzondere bijstand.

79 Te vinden via <http://www.regelgeving.amsterdam.nl/>, laatst geraadpleegd op 15 augustus 2016.

80 Artikel 4.1.1 Beleidsregels Participatiewet, IOAW en IOAZ.

81 Zie bijvoorbeeld de participatieverordening gemeenteblad 2015, nr. 25057 & Beleidsregels bestuurlijke boete Participatiewet, IOAW en IOAZ Rotterdam 2016, gemeenteblad 2016, 28599.

Ondanks het ontbreken van beleidsregels via de geëigende kanalen levert navraag bij de gemeente Rotterdam het antwoord op dat zij werken met een handboek van Stimulansz. Hoewel er in bezwaar of beroep nog nooit een probleem zich heeft voorgedaan over de publicatie van deze beleidsregels, zijn hier wel vraagtekens bij te zetten. Artikel 3:42, tweede lid Awb vraagt immers om een publicatie van de zakelijke inhoud en niet de gehele beleidsregels. Of hieraan voldaan is, is de vraag en de gemeente Rotterdam is ook bezig met een herziening van de beleidsregels om de uniformiteit te verbeteren.

4.2.4. *Neder-Betuwe*

Het college van B&W van de gemeente Neder-Betuwe heeft op 3 maart 2015 de 'Beleidsregels bijzondere bijstand Neder-Betuwe 2015', vastgesteld.⁸² In artikel 2 van deze beleidsregels wordt aangesloten bij artikel 35 Pw. Wat interessant is aan deze beleidsregels is dat artikel 6 een aantal gevallen bepaalt waarin er altijd sprake is van een voorliggende voorziening. Daarnaast geeft artikel 16 aan dat er in Neder-Betuwe geen drempelbedrag is.

4.2.5. *Conclusie*

Gelet op de verschillende beleidsregels en het eventueel ontbreken van dergelijke beleidsregels in sommige gemeenten is te concluderen dat de bijzondere bijstandverlening, voor wat betreft de kosten die gemaakt worden in de toegang tot de rechter, per gemeente verschillen. Hierbij willen de auteurs benadrukken dat zij niet tot doel hebben een algeheel overzicht te geven van verschillen binnen gemeenten. Wel zijn de hierboven geschetste verschillen illustratief voor de verschillen tussen gemeenten in de toegang tot de rechter. Zo is er ten opzichte van Utrecht in Amsterdam een bredere categorie gevallen waarin de bijzondere bijstand als lening wordt verstrekt. De gemeente Neder-Betuwe hanteert geen drempelbedrag, waar de gemeente Amsterdam een bedrag van 50 euro hanteert als het om een eigen bijdrage gaat. De gemeente Utrecht specificeert dat de kosten gemaakt als eigen bijdrage rechtsbijstand en griffierecht voor bijzondere bijstandsverlening in aanmerking komen. De overige gemeenten specificeren dit niet.

4.3. Verschillen in toegang tot de rechter acceptabel?

In de tweede paragraaf is gekeken naar wat decentralisatie in Nederland inhoudt. Hierbij is ook gekeken naar het feit dat sommige taken die soms door de gemeenten werden uitgeoefend gecentraliseerd zijn. Dit betekent echter niet dat er geen enkele beleidsruimte meer is voor gemeenten. Die ruimte is

82 Beleidsregels bijzondere bijstand Neder-Betuwe 2015, Gemeenteblad 2015, nr. 17543.

er wel degelijk ook in de Participatiewet, zo is in paragraaf 4.1. gebleken. Op zich valt het natuurlijk te prijzen dat er gemeenten zijn die deze beleidsruimte benutten om voor hun financieel minder bedeelde burgers de gang naar de rechter mogelijk te maken. De vraag is echter of daarmee niet aanlopen tegen een ander constitutioneel beginsel, namelijk dat van de gelijke toegang tot het recht.

De zorg voor de infrastructuur van de democratische rechtsstaat, waaronder de rechtspraak, is een belangrijke staatstaak.⁸³ In Nederland is die taak door de Grondwetgever en wetgever geheel gecentraliseerd. Recht op toegang tot die rechtspraak of meer specifiek tot rechter is een belangrijk grondrecht, dat breed wordt erkend,⁸⁴ maar dat – wonderlijk genoeg – nog steeds niet als zodanig in de Nederlandse Grondwet is opgenomen.⁸⁵ Wel is er, zoals reeds vermeld, een voorstel ingediend tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.⁸⁶ Er bestaat ook nauwelijks twijfel over dat de constitutionele norm er een is van *gelijke* toegang tot de rechter. Zo geeft Vlemminx aan dat art. 18, tweede lid, Gw, waarin de wetgever de opdracht krijgt om de rechtsbijstand voor minder draagkrachtigen te regelen, moet worden gezien als een aanvulling op het gelijkheidsbeginsel van art. 1 Gw.⁸⁷ De Commissie Herijking rechtsbijstand gaat ook uit van deze gelijke toegang. Vervolgens stelt de commissie onomwonden: ‘De financiële drempel moet neembaar zijn en voor gelijke gevallen gelijk zijn. Zo mag het niet van de woonplaats afhankelijk zijn of een verplichte eigen bijdrage gecompenseerd wordt via de bijzonder bijstand van de lokale overheid (...). De Wrb moet voor alle rechtszoekenden die onder het bereik vallen toereikend en passend zijn.’⁸⁸ Dat betekent dus dat het niveau van (formele) gelijke behandeling moet worden bepaald in de formele wet. Natuurlijk kan nog steeds de vraag bestaan of de door de wetgever opgeworpen financiële drempels niet te hoog zijn, maar het is niet aan gemeenten om hier naar eigen inzicht compenserende maatregelen te treffen. ‘Differentiatie’ en ‘maatwerk’ naar eigen gemeentelijk inzicht, zoals centraal staat bij de recent uitgevoerde decentralisaties in de

83 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Risico’s van een vrome leer’, in: *In Ernst. Oriëntaties voor beleid*, Den Haag 1994, p. 70.

84 Vgl. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, Voorstudie Staatscommissie Grondwet, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009; R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en recht op een eerlijk proces*, Voorstudie Staatscommissie Grondwet, Deventer: Kluwer 2009.

85 Daarvoor is wel gepleit door de Staatscommissie Grondwet in 2010. Zie haar Rapport, p. 61.

86 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 516, nr. 3. Hierbij is ook uitvoering gegeven aan de de motie-Lokin-Sassen *Kamerstukken I*, 31.570, C.

87 F.M.C. Vlemminx, Artikel 18, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet, Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 222.

88 Rapport, p. 128.

zorg,⁸⁹ kunnen hier niet aan de orde zijn. Toegang tot de rechter is een dusdanig fundamenteel vraagstuk dat alleen op fundamentele wijze op het niveau van de wetgever kan worden beslecht.

4.4. Plannen regering

Op 31 mei 2016 heeft de minister van Veiligheid en Justitie een brief doen toekomen aan de Tweede Kamer inzake de kabinetsreactie op het rapport ‘Herijking rechtsbijstand – Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand’.⁹⁰ In deze brief wordt een aantal maatregelen aangegeven die het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand moeten verbeteren. Eén van deze maatregelen is het innen van de eigen bijdrage rechtsbijstand te laten geschieden door de Raad voor Rechtsbijstand zelf. Dit gaat gepaard met het blijven bestaan van de ‘nihilbeschikking’, waardoor een aanvrager geen eigen bijdrage hoeft te betalen, en een passende betalingsregeling voor bijzondere gevallen. Op deze manier streeft het kabinet ernaar dat de eigen bijdrage rechtsbijstand in dat geval aan te merken is als een ‘passende en toereikend voorliggende voorziening’, waardoor er geen recht meer bestaat op bijzondere bijstand voor wat betreft de eigen bijdrage rechtsbijstand.⁹¹ Met andere woorden: het kabinet deelt het standpunt van de Commissie Herijking rechtsbijstand.

5. CONCLUSIE

De rechter ligt onder vuur, en dat geldt ook voor de toegang tot de rechter. Door de opwerping van financiële drempels in de vorm van de invoering van eigen bijdragen en de invoering en verhoging van griffierechten beoogde en beoogt de wetgever de rechtzoekende aan te zetten tot een maken van de afweging of de te maken eigen kosten voor het voeren van rechtsgeding wel opwegen tegen de te verwachten baten of de daarmee gemoeide belangen. Ook wordt door de wetgever wel als motief gebruikt dat de burger door die financiële drempels wordt aangezet om na te denken over minder dure, en wellicht zelfs effectievere, alternatieve vormen van geschilbeslechting. Vanzelfsprekend spelen op de achtergrond begrotingsdoeleinden ook een rol.

De invoering van deze financiële drempels, gecombineerd met (aangekondigde) bezuinigingen op de door de overheid gefinancierde rechtsbijstand heb-

⁸⁹ G.J. Vonk, ‘Decentralisaties in het sociale domein en grondrechtelijke zorgplichten’, *TvCR* 2016, nr. 3 (juli), p. 202 e.v.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 31753 nr. 118.

⁹¹ Zie wederom CRvB 26 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ3215. Zie ook *Stb.* 2000, nr. 42, waarin is aangegeven dat de eigen bijdrage niet valt onder de passende en toereikende voorziening, die de rechtsbijstand wel is voor zover het de overige kosten betreft.

ben tot forse discussies geleid over de toegang tot het recht, waarbij de Eerste Kamer, aangevuurd door de advocatuur een forse sta-in-de-weg is gebleken voor kabinetsplannen. De kernvraag is daarbij steeds of door de hoogte van de financiële drempels, ook voor inschakeling van advocaten, zeker daar waar verplichte procesvertegenwoordiging bestaat, er niet sprake is van een aantasting van het recht op toegang tot het recht.

Die vraag speelt op de achtergrond van deze bijdrage ook een rol, maar op de voorgrond stond de vraag of door het feit dat gemeenten zeer verschillend omgaan met de compensatie van de financiële drempels via de bijzonder bijstand niet sprake is van strijd met het recht op *gelijke* toegang tot het recht. Hier botst het decentralisatiebeginsel met het gelijkheidsbeginsel. Vanuit het oogpunt van het eerstgenoemde beginsel valt toe juichen dat gemeenten de nodige beleidsruimte hebben bij het toekennen van bijzonder bijstand. In het onderzoek is geïllustreerd dat gemeenten deze beleidsruimte ook daadwerkelijk benutten, maar ook dat deze zeer verschillend invullen, waarbij ook algehele compensatie voorkomt. Men zou zich de vraag kunnen stellen of hier niet sprake is van doorkruising van rijksbeleid. Immers, van noodzaak tot afwijging, zoals door de wetgever beoogd, komt in dergelijke gevallen niets of nauwelijks iets terecht. Die vraag hebben wij laten rusten omdat de botsing met het gelijkheidsbeginsel van veel fundamentele aard is die samenhangt met een essentieel onderdeel van de infrastructuur van de democratische rechtsstaat, de toegang tot de rechter. Onze conclusie is dat door de verschillen in compensatie vanuit de bijzondere bijstand er inderdaad sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Dat er een constitutionele norm bestaat die voorschrijft dat in de gelijke gevallen gelijke toegang tot de rechter wordt geboden kan nauwelijks worden betwijfeld. Ook de Commissie Wolfsen, die voorstellen heeft gedaan voor de inrichting van een duurzaam stelsel van rechtsbijstand, gaat hiervan uit. Uit het plan dat is gepubliceerd n.a.v. het rapport van de commissie Wolfsen blijkt ook dat het kabinet dit uitgangspunt deelt.

Te verwachten valt overigens dat de discussie over de financiële drempels zeker niet zal verstommen. Niet voor niets zijn een aantal gemeenten ertoe overgegaan om deze te compenseren via de bijzondere bijstand. Zijn die drempels niet te hoog? Dat is de vraag die onverminderd actueel blijft. Ook het kabinetsplan om, in navolging van de Commissie Wolfsen, de Raad voor Rechtsbijstand te belasten met de inning van de eigen bijdragen, waarbij de Raad ook de bevoegdheid krijgt de eigen bijdrage kwijt te schelden of een betalingsregeling te treffen, zal ongetwijfeld nog tot veel discussie leiden. De politiek, advocatuur en ook de rechter hebben over het onderwerp financiële drempels voor toegang tot de rechter al voor het vuurwerk gezorgd. Te verwachten valt dat dit nog lang niet is uitgedoofd.

DE PARADOX VAN RECHTER EN RITUEEL

Wibo van Rossum en Marc Simon Thomas

1. INTRODUCTIE

Recht en ritueel zijn verwant; beide zijn wellicht uitgevonden door *homo ludens*. Ton Hol schrijft: 'ook al ligt dat bij een serieuze aangelegenheid als rechtspraak niet direct voor de hand, rechtspraak kan worden begrepen als een spel'¹ en hij refereert daarbij aan de historicus Huizinga. Er zou kunnen worden tegengeworpen dat een vergelijking van rechtspraak met spel mank gaat, omdat rechtspraak een serieuze aangelegenheid is. Maar we moeten bedenken dat ook in het toneelspel veel 'op het spel' staat, laat staan bij het voetbalspel of het schaakspel. De deelnemers (acteurs, voetballers, schakers, rechters) spelen weliswaar slechts een rol, maar die moet wel serieus en vol overgave worden gespeeld. Vanwege de connotatie van het spel met plezier en frivoliteit, wordt voor de rechtspraak in plaats van spel wel het concept van ritueel gebruikt. Het spel, of beter dus, het ritueel van de rechtszitting heeft onder andere de volgende elementen: het is een voorstelling waarbij spelers verkleed gaan (toga), er wordt een eigen taal gesproken (juridisch, zakelijk) en het betreft een gereguleerde volgorde van handelingen en *speech acts*,² waarvan we zouden kunnen zeggen dat die keer op keer herhaald worden, maar die toch wel gedaan moeten worden omdat er anders geen ritueel is.

Rechtspreken bestaat bij de gratie van zijn *performance*, zijn zichtbaarheid. Het rechtsgeding heeft ook zijn eigenheid, omdat anders dan in bijvoorbeeld het ritueel in de religie in de rechtspraak iets van 'de werkelijkheid' op het spel staat: een misdrijf dat mogelijk gepleegd is, een vergunning die al dan niet rechtmatig is afgegeven, een contract dat al dan niet rechtsgeldig is. Advocaten doen vanouds het voorwerk van deze vertaling van de sociale werkelijkheid naar juridische casus: zij transformeren (een deel van het) het conflict naar een juridisch geschil. Het ritueel van de rechtspraak trekt vervolgens deze 'juridisch geconstrueerde werkelijkheid' in het gebeuren van het rechtspreken en geeft het daaraan het karakter van heiligheid (sacrosanct).

De huidige samenleving lijkt steeds minder op te hebben met rituelen of heiligheid in relatie tot recht, getuige bijvoorbeeld de aanhoudende kritiek op de transformatie van de werkelijkheid naar een juridisch construct. De 'traditionele' rechtspraak ligt onder vuur van het streven naar functionaliteit,

1 T. Hol, 'Rituelen en symbolen in de rechtspraak. Hun functie en betekenis', *Ars Aequi* 2006, p. 805.

2 *Speech act*: een intentionele handeling zoals uitgelegd door de filosoof John Searle; J.R. Searle, *Intentionality*, Cambridge: Cambridge University Press 1983.

effectiviteit en werkelijkheidszin. De moderne burger, zo blijkt steeds meer, wil vooral ‘snel’ en ‘goed bediend’ worden met een vlotte oplossing voor het werkelijke, onderliggende conflict, en niet slechts voor een juridisch geconstrueerde selectieve versie daarvan. Vandaar dat de rechtspraak zoekt naar moderne vormen van rechtspreken, zoals de comparitie na antwoord waar de rechter een schikking moet beproeven en *en passant* ruimte moet geven voor partijen om hun ‘ware belangen’ te laten uitspreken, de strafzitting waar de ware emoties van het slachtoffer geuit kunnen worden, of de Nieuwe zaaksbehandeling waar de bestuursrechter ‘in gesprek’ moet gaan met de burger. De meest vergaande vorm van deze nieuwe vormen van rechtspreken kan gevonden worden in buitengerechtelijke afdoeningen van strafzaken door de Officier van Justitie, zoals vastgelegd in de Wet OM-afdoening, met als meest voorkomende toepassing in de zogeheten ZSM-werkwijze in gevallen van veel voorkomende criminaliteit. De rechtspraak, kortom, is trekken gaan vertonen van alternatieve methoden van geschilbeslechting (zoals mediation waarbij een neutrale derde partij niet boven, maar tussen de conflictpartijen staat) waar zij zich traditioneel juist van heeft onderscheiden. De huidige rechtspraak lijkt gevangen in een dilemma. Het ritueel van de zitting, waarbij de rechter boven de partijen staat, moet enerzijds vanwege zijn functies behouden blijven (vgl. Hol) terwijl anderzijds de samenleving juist af wil van franje, formaliteiten en distantie in het recht. Maar als de zitting inderdaad zou deritualiseren, dan onderscheidt de rechtspraak zich niet meer van informele vormen van conflictbeslechting en dat doet vervolgens ongetwijfeld afbreuk aan haar gezag als onafhankelijke en onpartijdige rechtsprekende ‘derde’. Naar ons idee staat de rechtspraak echter niet voor een dilemma, maar gaat het om een paradox.

2. RECHTSPREKEN ALS RITUEEL

We beginnen met de constatering dat we met het begrip ritueel een interessante convergentie te pakken hebben voor het typeren van een gebeurtenis in zowel primitieve, archaische en moderne samenlevingen. Het typeren van vaak heel erg uiteenlopende concrete wijzen van conflictbeslechting als ritueel is onproblematisch. We moeten verder beseffen dat het begrip ritueel in de moderne samenleving tamelijk ambigu is. Enerzijds wijst het begrip op belangrijk ceremonieel (gedragenheid, gewijdsheid) en wijzen onderzoekers op waarden die met het ritueel tot uitdrukking worden gebracht en worden ondersteund (gezag, doorgaans). Anderzijds heeft het begrip in de westerse culturen een negatieve connotatie: een formaliteit kan ‘maar een ritueel’ zijn, franje, en hoeft dan dus niet serieus te worden genomen. De achterliggende gedachte bij dergelijke analyses is dat het ritueel ergens toe dient, een belangrijk doel dient. Als die functie aanwijsbaar is, moet het ritueel behouden blijven, maar als het loos ritueel is, dan zou het kunnen worden afgeschaft of vervangen

door iets nieuws. Zo schrijft Hol in het al eerder aangehaalde artikel 'Rituelen en symbolen in de rechtspraak': 'Uitgeholde en betekenisloze vormen moeten wellicht verdwijnen.'³ Maar, zo vragen wij ons af, is het werkelijk zo dat een 'loos' ritueel geen betekenis heeft en daarom afgeschaft zou kunnen worden?

In de antropologie, een sociale wetenschap waarbinnen veel onderzoek naar rituelen is gedaan (Arnold van Gennep, Roy Rappaport en Victor Turner),⁴ wordt aan het ritueel een belangrijke sociale functie toegedicht: 'als bindmiddel voor de groep en als uiting van culturele identiteit'.⁵ Bij een ritueel gaat het, zoals gezegd, om 'ongewone' handelingen die in een vaste volgorde worden verricht, met vaste teksten, op een voorgeschreven wijze, op vaste momenten, met omschreven deelnemers die zich overeenkomstig de voorschriften gedragen en op de juiste manier gekleed gaan.⁶ Overigens, diezelfde antropologie laat zien dat het met de onveranderlijkheid van dergelijke regels niet zo nauw genomen hoeft te worden. Elke rite is zo oud als zijn laatste uitvoering en elke uitvoering is een nieuwe rite. En hoewel er overeenkomsten zijn tussen spel en rituelen, is er, naast het eerdergenoemde idee dat 'de werkelijkheid' op het spel staat, nog een belangrijk verschil: een spel wordt gespeeld in aanwezigheid van een publiek, terwijl een ritueel *deelnemers* kent. Spelers en publiek zijn bij een ritueel onlosmakelijk met elkaar verbonden als deelnemers: het aanwezige publiek in de rechtszaal verplicht zich aan het ritueel door de rituele geste van het opstaan als de rechtbank binnenkomt. In de rechtswetenschap, zo zouden we kunnen toevoegen, wordt de functie van het ritueel vooral gezien als bevestiging en ondersteuning van gezag. Het imponeert burgers en dat is goed voor de acceptatie van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechter.

Een ritueel heeft van zichzelf iets paradoxaals: hoe gewoon en herkenbaar het soms lijkt, meestal weten we eigenlijk niet precies waaróm we de handelingen van het ritueel precies op de voorgeschreven manier uitvoeren. In de visie van Staal is een ritueel dan ook een regelsysteem dat slechts bestaat ter wille van de regels.⁷ Die moeten nou eenmaal gevolgd worden: het ritueel bestaat niet 'ergens om', maar 'om zichzelf'. En als een ritueel zonder zin, functie, be-

3 Hol 2006, p. 816.

4 Hetzelfde zou gezegd kunnen worden over de sociologie (Émile Durkheim, Ervin Goffman en Randall Collins), maar het gaat ons in deze bijdrage niet om een historisch overzicht van de ontwikkeling van de diverse theoretische stromingen; ons doel is om de kennis over rituelen toe te passen.

5 W. van Rossum, *Verschuiven voor de rechter. Hoe het hoort en het ritueel van de Turkse verdachte in de rechtszaal*. Amsterdam, Uitgeverij 1001, 1998, p. 85 noot 23.

6 W. van Beek, *De rite is rond. Betekenis en boodschap van het ongewone* (oratie Tilburg), Universiteit van Tilburg 2007 te raadplegen op: <http://www.ascleiden.nl/pdf/redevbeek.pdf>, p. 13.

7 F. Staal, 'De zinloosheid van het ritueel', in: *Over zin en onzin in filosofie, religie en wetenschap*, Amsterdam: Meulenhoff, 1986, p. 295-321; F. Staal, *Rules without meaning*, New York: Peter Lang, 1989.

doeling of doel zou bestaan, dan kan gesteld worden dat het enige doel van een ritueel het ritueel zelf is. Dat laatste gaat ons weliswaar te ver, maar de vraag waarom een ritueel wordt uitgevoerd blijft evenwel nog steeds onbeantwoord en ter zake doende. Immers, een ritueel heeft wel degelijk betekenis. Wouter van Beek leert ons dat we hier een onderscheid moeten maken tussen de *boodschap* (de intrinsieke betekenis van het ritueel zelf) en de *betekenis*, de zinging die in de samenleving aan het ritueel wordt gehecht. Mensen hechten, zoals Van Beek schrijft, ‘betekenis aan zaken die geen inherente boodschap hebben.’⁸ De betekenis van een ritueel wordt toegekend, geconstrueerd. En die constructie van het ritueel wordt door de deelnemers maar vooral door de samenleving als geheel gedaan, niet door het ritueel als zodanig. Anders gezegd, zo redeneert Van Beek, de betekenis die we aan een ritueel toedichten wordt juist gestimuleerd door de *afwezigheid* van een intrinsieke boodschap.⁹

Wij vinden het inzicht in deze kennelijke ‘leegheid’ van het ritueel zelf versus de betekenis die participanten er aan hechten interessant, omdat het naar ons idee een uitweg kan bieden uit het vermeende dilemma. Het ritueel spreekt aan, maar waarom dan? Hier komt de analyse van de antropoloog Roy Rappaport van pas. Hij onderscheidt een tweetal niveaus in de constructie van betekenis zoals door deelnemers en wetenschappers wordt gedaan.¹⁰ Het eerste niveau is dat van het feitelijke bestaan van het ritueel en de daaraan gekoppelde deelname door de participant. Men vindt het belangrijk dat het uitgevoerd wordt en het liefst volgens de regels. *Self referential*, volgens Rappaport; omdat het ritueel wordt uitgevoerd en de participant er aan deelneemt, verwijst het ritueel naar zichzelf. Het tweede niveau is dat van *canonical*, dat is de betekenis die te maken heeft met de verschijningsvorm van het ritueel, en daarmee ook met de symbolische inhoud.¹¹ Voor veel wetenschappers ligt hier *de* betekenis van het ritueel. Het ritueel heeft als zodanig dan wel geen intrinsieke betekenis voor de deelnemers (het geeft hooguit structuur), maar doordat men er als buitenstaander betekenis aan geeft, virtualiseert het ritueel als het ware de werkelijkheid; participanten herkennen de handelingen als in wezen bekend, maar met iets ongewoons. En het is volgens ons nou juist die afwezigheid van een intrinsieke boodschap van het ritueel zelf, de ‘leegheid’ van het ritueel, dat mogelijkheden schept voor verandering, van aanpassing aan nieuwe tijden en situaties. Maar vorm, tijd en plaats, participanten en de relatie met de buitenwereld mogen nou ook weer niet te veel en/of te snel omgegooid worden, want anders is het ritueel als zodanig niet meer herkenbaar. Dan verliezen de participanten de mogelijkheid om zich op de regels van het ritueel te oriënteren en hebben buitenstaanders geen mogelijkheid meer om er betekenis aan te geven.

8 Van Beek 2007, p. 14.

9 Van Beek, p. 18.

10 A.R. Rappaport, ‘The Obvious Aspects of Ritual’, in: *Ecology, Meaning and Religion*, Berkeley: North Atlantic Books 1999, p. 173-221.

11 Rappaport 1999.

We kunnen ons voorstellen dat de idee van de ‘intrinsieke leegheid’ van het ritueel van de rechtszitting in de Nederlandse rechtszalen weerstand oproept. De meeste mensen kennen echter alle gebruikelijke voorbeelden, omdat ze in nagenoeg elk onderzoek naar de rechtszitting worden genoemd en herhaald. Het gaat om de toga, het eedsgebaar, het opstaan van de officier en de raadsman als zij het woord voeren, het opstaan van alle aanwezigen (inclusief publiek) bij binnenkomst van de rechters en bij hun verlaten van de zaal, en de verhoging waarop de rechtbank zit. Ook wordt altijd gewezen op het regelgeleide karakter van de zitting, de verdeling van spreektijd, de geformaliseerde taal, de afbakening in ruimte en tijd van de ‘gewone wereld en werkelijkheid’. Laten we voor de ‘intrinsieke leegheid’ eens heel precies kijken naar de toga.¹²

Bijna iedereen weet hoe de toga eruit ziet. Minder mensen weten dat er verschillen zijn tussen de toga van de raadsheren bij de Hoge Raad, van de raadsheren bij het gerechtshof, van de rechters bij de rechtbank en van de kantonrechters. Deze verschillen zijn tot in de puntjes vastgelegd. Trouwens, het is verbazingwekkend hoeveel details een gewone toga kent. In het Reglement II op basis van artikel 19 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie is te lezen dat de toga ‘een lange wijde mantel is met een staande kraag ter hoogte van ongeveer 4 cm, welke kraag aan de voorzijde in het midden een opening heeft van 8 cm. De toga is geheel van zwarte stof, neerhangende tot ongeveer 10 cm boven de grond, in het midden van de achterzijde onder de kraag, evenals zijwaarts aan de bovenkant van de wijde mouwen, geplooid ingenomen, met aan de onderkant der mouwen omslagen ter breedte van ongeveer 20 cm en aan de voorzijde in het midden van boven tot onder om de 5 cm voorzien van een niet glimmende kleine zwarte knoop, een en ander in overeenstemming met de bij dit Reglement gevoegde afbeeldingen. Voor zover de toga is voorzien van banen, zijn deze ter breedte van ongeveer 18 cm evenwijdig aan elkaar met een tussenruimte van ongeveer 8 cm verticaal aan de voorzijde aangebracht en wel van de bovenkant van elke schouder af tot aan de onderkant der toga.’

Het verband tussen de toga en sociaalpsychologische gegevens van de drager van het kledingstuk is enkel als effect te benoemen. De toga wordt door de rechter niet gedragen omdat het koud is, drukt geen spanning of een andere gevoelstoestand uit en heeft niets te maken met geboorteplaats, leeftijd, sexe of een persoonlijke identiteit, zoals van gewone kleding wordt gezegd. Het effect van het dragen van de toga is wel dat de persoonlijkheid van de rechter wordt uitgeschakeld.¹³ Oud-rechter en officier van justitie J.J. Abspoel, die meer dan

12 De volgende drie paragrafen zijn overgenomen uit het artikel W. van Rossum, ‘Kleding schikken en respect tonen. Hoe het hoort en het ritueel van een Turkse verdachte in de rechtszaal’, In: G. Anders, S. Bloemink & N. van Manen (red.), *De onvermijdelijkheid van rechtspluralisme*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 79-88.

13 B.J. Asscher, *Rechters vragen niet om eerbied*, Amsterdam: Meulenhoff 1996, p. 121; A. Garapon, *L’Âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris: Centurion 1985, p. 76.

30 jaar binnen de rechterlijke macht heeft gewerkt, schrijft dat de rechter door het dragen van de toga een ‘onpersoonlijke figuur’ wordt. Hij is echter niet van mening dat de toga een symbool is van de onbevooroordeelde en onpartijdige rechter, omdat de officier en de raadsman ook een toga dragen en ‘zij staan niet boven de partijen’.¹⁴ Strafrechtjurist Van Veen ziet de zwarte toga met witte bef als zichtbaar ‘teken van waardigheid’; de Franse jurist Antoine Garapon herkent in de toga het masker waarachter de rechter en de officier geen ‘zichzelf’ hebben. Kortom, de betekenisgeving die aan het ritueel wordt gegeven kan van persoon tot persoon verschillen. We weten dus eigenlijk niet welke betekenis¹⁵ met een toga nou precies wordt uitgedrukt.

Het zwarte gewaad met de witte bef is in ieder geval een gemakkelijk kledingstuk, omdat het de drager bevrijdt van het maken van een keuze. In plaats dat een rechter zich druk zou moeten maken over een schone en ongekreukte combinatie van blouse en rok of broek, de vraag of deze combinatie wel kleurt met haar schoenen en de vraag of haar kleding wel in juiste verhouding staat tot haar eigen ik en haar sociale achtergrond waardoor zij als rechter bevooroordeeld kan lijken, kan zij in de rechtszaal gewoon een toga en bef dragen. Want daarmee is zij rechter. Het eenvoudige van de toga is dat het enkel teken is, zonder te verwijzen naar een onderliggende waarheid of werkelijkheid. In de wettekst is geen enkele betekenis te vinden van het wit van de bef, van het zwart van de toga, van de lengte ervan, van de aard van de stof, van de banen en van de afstand tussen de knoopjes. De toga is een ritueel of ceremonieel gewaad, dus een onderscheidend teken voor de rollen van juridische professionals ten opzichte van de burgers in gewone kleding in de rechtszaal.¹⁶ Asscher is van mening dat iemand door de toga van gedaante kan wisselen, kan ‘metamorfoseren’ tot bijvoorbeeld een rechter.¹⁷

Het ritueel van de rechtszitting kunnen we dus herkennen aan een aaneenschakeling van op zichzelf betekenisloze tekens, gebaren, houdingen en gedragingen. Maar het feitelijke bestaan van die aaneenschakeling plus de deelname daaraan door participanten maken het tot een ritueel, volgens Rappaport het eerste niveau van betekenisgeving. De *performance* van het ritueel maakt het vervolgens mogelijk om er betekenis aan te geven, een betekenis die zich er in vertaalt dat zoiets zwaars als een sociaal conflict in de gestileerde vorm van het juridische geschil tot een goed einde kan worden gebracht. Dat einde is in feite een ritueel einde: het maakt per definitie een einde aan het geschil. Dat is juridisch gezien opgelost, het is verdwenen (tenzij het in een nieuw proces van

14 J.J. Abspoel, *Tralies zijn geen medicijn. Bepiegelingen van een strafrechter*, Utrecht/Antwerpen: Veen 1985, p. 85.

15 Vgl. Van Beek 2007.

16 J. Griffiths, E. Baerends & A. Klijn, ‘Rituele aspecten in de rechtspleging en hun sociale functies’, *Recht der Werkelijkheid* 1995, p. 114-120.

17 Asscher 1996, p. 121.

hoger beroep opnieuw wordt geopend). De denkfout die vaak gemaakt wordt, ligt in de veronderstelling dat de verdwijning van het juridische geschil ook het sociale conflict de wereld uit heeft geholpen. Maar zoals iedereen weet zijn rituelen wel krachtig, maar in de werkelijkheid brengen ze niets te weeg. De rituele regendans zorgt echt niet voor regen en dat weten ook de dansers. Met de sterker wordende eis uit de samenleving om het echte, sociale conflict op te lossen, heeft de rechtspraak aanvankelijk en terecht geantwoord met een verwijzing naar alternatieve wijzen van geschilbeslechting. De laatste jaren echter lijkt de rechtspraak informalisering en betere communicatie, zoals gezien in die alternatieve wijzen van geschilbeslechting, over te nemen. Dat lijkt ons een goede beweging, maar wat ons minder juist voorkomt is dit te zien als teken of bewijs dat de rechtspraak haar eigenheid verliest. Alsof de rechtszitting steeds meer op ADR (*alternative dispute resolution*) zou gaan lijken. Naar ons idee 'deritualiseert' de rechtspraak niet, maar komt zij aan wensen van de samenleving tegemoet door nieuwe elementen in het reeds bestaande ritueel op te nemen. Daarmee blijft de eigenheid van de rechtszitting behouden. Hieronder zullen wij beschrijven hoe het rechtspreken zich heeft ingesteld op het verwerken van nieuwe eisen uit de samenleving zoals betere communicatie en het ter sprake brengen van het onderliggende conflict.

3. WEG MET FORMALITEITEN, GEEF ONS ECHTE COMMUNICATIE!

De samenleving stelt tegenwoordig andere eisen aan de rechtspleging dan vroeger. Waar de rechtspraak voorheen kon volstaan met het beoordelen van gebeurtenissen in het verleden, verwacht de samenleving nu dat de organisaties binnen de rechtspleging ook bijdragen aan het oplossen en voorkomen van problemen met het oog op de toekomst. De rechtspraak en andere bij de rechtspleging betrokken organisaties proberen aan die verwachtingen te voldoen. Het terugkijken op en het in juridische zin beoordelen van wat er in het verleden is gebeurd, is de traditionele rol van de rechtstatelijke rechter. Rechtspraak was georiënteerd op het recht en de rechtsontwikkeling; een geschil moest in overeenstemming met het geldende recht tot een einde worden gebracht. Op conflictoplossing georiënteerde – responsieve¹⁸ – rechtspraak vereist echter dat een rechter enigszins afstand neemt van dat overwegend formele, op het recht gerichte en symbolische gezicht. Conflictoplossing betekent dat de rechter meewerkt aan mogelijke oplossingen in de aan haar voorgelegde zaak. Het gaat daarbij om rechtspleging waarbij meer naar samenwerking tussen betrokken partijen wordt gezocht dan waarbij alleen maar wordt aangestuurd op een rechterlijk oordeel dat naderhand geëxecuteerd kan worden.

18 Responsieve rechtspraak in de zin van Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and Society in Transition. Towards Responsive Law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2009.

In deze paragraaf gaan we in op twee actuele verschuivingen die men doorgaans als nieuwe behandeling door de rechter typeert: de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht en de civiele rechter die op de comparitie na antwoord zoekt naar mogelijkheden voor een schikking. Maar voordat we aan deze nieuwe vormen van rechtspraak toekomen, maken we eerst een uitstapje naar twee *buitengerechtelijke* vormen van conflictoplossing: de ZSM-werkwijze en mediation. We doen dat mede om te laten zien welke informele en communicatietechnieken worden ingezet om het ‘echte’ probleem op te lossen.

De ZSM-werkwijze is een nieuwe werkwijze (sinds 2011) in het strafrecht, waarbij in gevallen van veel voorkomende criminaliteit de officier van justitie, in overleg met vier ketenpartners (politie, Raad voor de Kinderbescherming, Slachtofferhulp Nederland en de Reclassering), aangehouden of ontboden verdachten snel kan afhandelen, zonder tussenkomst van een rechter. De aanleiding voor deze nieuwe werkwijze was de maatschappelijke urgentie van het aanpakken van de (te) lange doorlooptijden in strafzaken. Het achterliggende idee was dat met een snelle(re) afhandeling doelmatiger en effectiever zou kunnen worden opgetreden tegen veel voorkomende criminaliteit. Sleutelbegrippen bij deze ZSM-werkwijze zijn: snelheid, betekenisvol afdoen (tegenwoordig ook wel ‘op maat’ genoemd) en zorgvuldigheid. Betekenisvol afdoen houdt in dit verband in: doordat meerdere ketenpartners, elk vanuit de eigen expertise, zich over een zaak buigen, is de officier van justitie in staat om een beslissing te nemen (zelf afdoen of doorverwijzen) die recht doet aan de belangen van zowel slachtoffer, verdachte en samenleving. Hierbij wordt nadrukkelijk de bredere context van het delict in de beslissing meegenomen.¹⁹

Mediation, het tweede buitengerechtelijke voorbeeld, is een alternatieve vorm van conflictoplossing, waarbij ruziënde partijen, onder begeleiding van een neutrale, onpartijdige derde, de mediator, in gezamenlijk overleg tot een oplossing van hun geschil komen. De mediator staat hierbij anders dan een rechter niet boven de partijen, maar ertussen. De taak van de mediator is vooral om het gerezen conflict zodanig te de-escaleren dat partijen weer *on speaking terms* met elkaar komen. Vervolgens wordt, met inachtneming van beider belangen, vaak via onderhandelingen, een gezamenlijke oplossing voor het conflict gevonden. Mediation, zo wordt wel gesteld, is sneller en goedkoper dan een gang naar de rechter. En doordat rekening gehouden wordt met de volle omvang van het conflict en ieders belangen daarbij, wordt een *win-win* nagestreefd, in plaats van een *win-lose* als gevolg van een rechterlijk vonnis. Ten slotte wordt de duurzaamheid van oplossingen die via mediation zijn verkregen geroemd.

19 M. Simon Thomas, P. van Kampen, L. van Lent, M. Schiffelers, P. Langbroek en J. van Erp, *Snel, Betekenisvol en Zorgvuldig. Een tussenevaluatie van de ZSM-werkwijze*, Den Haag: WODC 2016.

Nu zijn niet alle conflicten geschikt voor mediation en ook moeten we vaststellen dat mediation weinig populariteit geniet in Nederland,²⁰ maar wat we van mediation leren is vergelijkbaar met wat hiervoor over de ZSM-werkwijze werd opgemerkt. Beide vormen van buitengerechtelijk conflictoplossing zijn snel, er wordt rekening gehouden met de volle omvang van het conflict, beide partijen (bij de ZSM-werkwijze dader en slachtoffer) worden in een open communicatieve setting gehoord, en de nadruk ligt op een oplossing die toekomstbestendig is. Hiermee markeren de ZSM-werkwijze en mediation het verschil met een ‘traditionele’ gang naar de rechter en een ‘echte’ zitting. Overigens zouden we *en passant* het belangrijkste verschil vergeten te noemen: buitengerechtelijke conflictoplossing vindt achter gesloten deuren plaats, terwijl de rechtszitting een openbaar, te observeren ritueel betreft.

De Nieuwe zaaksbehandeling, waar de bestuursrechter ‘in gesprek’ moet gaan is een voorbeeld hoe de taak van de rechter en het protocol van de zitting verandert doordat veranderingen worden verwacht en ‘nieuwe’ elementen worden geïntroduceerd. In het kort houdt de Nieuwe zaaksbehandeling in dat een zaak na binnenkomst snel(ler) ter zitting komt (in principe binnen 13 weken na binnenkomst van het beroepschrift). Die zitting zal dan ook meestal de enige zijn, zodat ‘jarenlang procederen’ wordt voorkomen. De rechter bespreekt met de partijen wat de meest adequate behandeling van de zaak is, waarbij nadrukkelijk aandacht wordt besteed aan het eventuele onderliggende conflict en aan wat nodig is om de zaak echt te beslechten. Snelheid, gekoppeld aan finaliteit is een belangrijk doel van de Nieuwe zaaksbehandeling. Van de rechter wordt een actieve rol verwacht. Hij deelt actief informatie met partijen, hij vraagt dóór waar dat nodig is en probeert maatwerk te leveren waar mogelijk, bijvoorbeeld door alternatieven zoals schikking of mediation aan te dragen.²¹ Kortom, hier herkennen we dus de elementen die hiervoor ook al aan de orde zijn gekomen bij de twee voorbeelden van buitengerechtelijke conflictoplossing. Die elementen wijzen in de richting van een andersoortige rechtspraak dan een ‘traditionele’.

Belangrijkste verandering die deze Nieuwe zaaksbehandeling vraagt, betreft de rol van de rechter. Hij vraagt van de rechter een actieve rol: vragen stellen, doorvragen, in gesprek gaan met partijen zelf (en niet met hun gemachtigden), eventueel ingaan op het onderliggende conflict en het doen van een mondelinge uitspraak. Van de rechter vraagt dit derhalve om interesse in partijen en het conflict te tonen, om actief te luisteren naar wat partijen te zeggen hebben, om open en duidelijk te zijn over de procedure, om enige mate van invloed op de procedure uit te oefenen indien nodig, en om direct

20 Slechts in 3% van de conflicten wordt mediation ingezet, zie o.a. J.M. Barendrecht & B.E. Baarsma. 2012. ‘Mediation 2.0.’ *Nederlands Juristenblad* 32, p. 2239-2243.

21 A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz en C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

en persoonlijk contact met de partijen te hebben. En het blijkt dat niet iedere rechter de vaardigheden die daarvoor nodig zijn in gelijke mate bezit. Of, zoals André Verburg het verwoordt: ‘de bestuursrechter vindt het doodeng.’²² Maar, zoals het rapport van Bert Marseille e.a. laat zien, een groot deel van de rechters ziet wel de voordelen van het ‘nieuwe’, al blijkt het doorvragen naar de échte onderliggende belangen vaak lastig. Met andere woorden, tot verandering is men wel bereid, maar niet te snel.

Ons tweede voorbeeld van een zittingspraktijk die elementen van alternatieve methoden van conflictbeslechting in zich opneemt, is de civiele zitting. De civiele rechtspraak is ten eerste in het laatste decennium veel sneller geworden.²³ De civiele rechter is zichzelf opnieuw aan het uitvinden. Hij heeft de wettelijke eis om tijdens de zitting na te gaan of er mogelijkheden zijn voor een schikking tussen partijen, maar rechters zelf zijn nog aan het aftasten op welke manier dat zou moeten gebeuren. Er vindt op dit punt geen sturing van bovenaf plaats en ook onderling wordt door rechters weinig afgestemd. Sommige rechters volgen een cursus mediation of hoe beter te communiceren ter zitting en proberen de technieken die zij daar leren, toe te passen op de comparitie na antwoord. Andere rechters doen de zitting op de hun gebruikelijke manier door nagenoeg uitsluitend het juridische geschil te bespreken en hoogstens aan partijen te vragen ‘of zij wellicht op de gang een schikking willen beproeven.’ Uit observaties ter zitting in een lopend empirisch onderzoek blijkt dat rechters inderdaad oog zijn gaan hebben voor betere communicatie direct met de partijen (advocaten laten zich soms moeilijk buiten spel zetten).²⁴ Rechters stellen zich bijvoorbeeld vaak met hun naam voor en geven ook de naam en rol van de griffier. Ze leggen doorgaans ook uit hoe de behandeling ter zitting zal verlopen. Het interessante is dat Verschoof en Van Rossum hebben geobserveerd dat in ongeveer de helft van de gevallen de rechter ruimte aan partijen geeft om een eventueel onderliggend conflict ter sprake te brengen. Dat wordt over het algemeen door partijen op prijs gesteld. Als de rechter vermoedt dat er meer speelt dan alleen het juridische geschil, vraagt hij bijvoorbeeld aan partijen ‘is er iets dat u kwijt wilt voordat ik het juridische geschil aanboor?’ maar ook gebeurt het wel dat hij een partij die het zichtbaar moeilijk heeft met het conflict vraagt ‘zou het voor u een opluchting zijn als er vandaag oplossing [van het conflict] zou komen?’

22 A. Verburg, ‘De nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter’, *Tijdschrift Conflicthantering* 2013/3, p. 21.

23 R. Eshuis, *Het recht in betere tijden. Over de werking van interventies ter versnelling van civiele procedures*, Den Haag: WODC 2007.

24 Het onderzoek is gedaan onder leiding van Rick Verschoof en Wibo van Rossum (samen met vijf studenten van de Utrechtse Legal Research Master) op vijf verschillende rechtbanken in Nederland in 2014 en 2015. In totaal zijn 101 zittingen geobserveerd. Tevens zijn voor en na de zitting vragenlijsten aan partijen, hun advocaten en de rechter overlegd en zijn de partijen geïnterviewd. Het rapport van het onderzoek verschijnt naar wij hopen medio 2016.

Dit zijn moderne, empathische rechters die het tot onderdeel van hun protocol en standaarduitrusting hebben gemaakt om alert te zijn op diverse signalen van partijen dat er behoeften zijn die buiten het juridische geschil liggen en die behoeften vervolgens ook adresseren. Ze staan open voor een oplossing van het geschil door partijen zelf, maar leggen dan ook de verantwoordelijkheid daarvoor bij partijen en hun advocaten. Er zijn zittingen geobserveerd waar partijen tot een schikking kwamen, terwijl de rechter meende dat eiser of gedaagde juridisch gezien geen poot had om op te staan. In het geval dat partijen niet tot een minnelijke regeling kunnen of willen komen, neemt de rechter echter als vanouds zijn beslissing in overeenstemming met het recht. Er wordt wel gezegd dat de rechter tegenwoordig aan ‘*judicial mediation*’ doet door rechterlijke en mediationachtige rollen met elkaar te vermengen.

Uit onze observaties blijkt echter niet dat de Nederlandse rechter deze rollen vermengt, maar ze juist uit elkaar probeert te houden en aan partijen duidelijk wil maken dat hij beide rollen *als rechter* uitvoert: ‘Ik kan met de informatie die ik nu heb een juridische beslissing nemen in uw zaak. Als u dat wilt, kan ik u ook helpen om te zien of u zelf de zaak kunt afdoen.’ Het ritueel van de zitting heeft dus heel modern en aangepast aan de huidige tijdgeest en wensen van burgers, een formeel keuzemoment geïncorporeerd. Indien partijen daarvoor kiezen, mogen ze op de gang, dat wil zeggen buiten het ritueel van de openbare zitting, informeel tot een vergelijk proberen te komen. Vervolgens neemt de zitting weer zijn beloop door de informele overeenstemming te formaliseren of door alsnog (als geen overeenstemming is bereikt) tot een einduitspraak te komen. Overigens zitten rechters duidelijk nog in de fase van het zoeken naar *best practices*. Zo is ook een rechter geobserveerd die wél aan vermenging van beide rollen deed door voor partijen de schikkingsknoop door te hakken onder het mom van ‘als u niet kunt schikken, dan doe ik het voor u.’ Partijen stelden deze ‘dwangschikking’ niet op prijs.

4. GEEN DILEMMA, MAAR EEN PARADOX

Wat de voorbeelden van moderne vormen van rechtspreken zoals de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht en de comparitie na antwoord laten zien is dat veranderingen in ‘traditionele’ vormen van rechtspraak best mogelijk zijn. De rechtspraak kan nieuwe eisen betrekkelijk makkelijk opnemen in het bestaande ritueel van de rechtszitting. Rechters blijken daar prima toe in staat, zij het met een rem op de snelheid waarmee de veranderingen worden doorgevoerd. En de cliënt van de rechtspraak kan daar met een gerust hart een betekenisvolle interactie in zien.

Wij zijn van mening dat men zich geen zorgen hoeft te maken over ‘de veranderende rol van de rechter’ of ‘het verlies van eigenheid’ van de rechtspraak. De rechtspraak neemt onderdelen van buitengerechtelijke vormen

van conflictoplossing over, maar doet dat door deze in te passen in het eigen protocol.

Neem de toga die de rechter onderscheidt van de 'gewone mens'. De rechter vervult in het ritueel een rol, hij vertegenwoordigt het recht. En het recht staat daarbij symbool voor hoe de wereld er uit zou moeten zien. In het ritueel wordt vervolgens van de participanten verwacht dat zij doen wat het recht voorschrijft en wat de rechter hen beveelt. Doordat zij zich daarnaast aan houden wordt de betekenis (in de zin van zingeving) van het ritueel geopenbaard. Voor hen die zich bij het oplossen van hun conflicten willen schikken naar het recht en de rechter, sluit de civiele rechtspraak naadloos aan. Voor hen die de zaak zelf in de hand willen houden, biedt de rechtspraak de keuze om dat te doen. Hen staat de weg open naar onderhandelingen in de hal (in de schaduw van de rechter) of naar buitengerechtelijke oplossingen, bijvoorbeeld mediation als alternatieve vorm van conflictoplossing. Zelfs het ritueel van de zitting bij de bestuursrechter, een bolwerk van formaliteiten, weet moderne communicatietechnieken en het adresseren van onderliggende conflicten in zich op te nemen. Naar ons idee hoeven we dus niet bang te zijn dat rechtspraak en mediation of andere alternatieven steeds dichter naar elkaar groeien en ook is het niet zo dat de Rechtspraak moet kiezen voor deritualisering met verlies van onderscheid, of behoud van het bestaande met verlies van gezag. De rechtspraak heeft met zijn openbare zitting, zijn duidelijke protocollen, zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid, en zijn incorporatievermogen een sterke troef in handen. De rechtspraak heeft zijn eigen ritueel, dat nieuwe eisen en vormen incorporeert en toch stabiel blijft. Om sterk te staan in de spelen van conflictbeslechting, moet die troef wel bewust worden gespeeld.

PROCEDURELE TOETSING

Leonie Huijbers en Janneke Gerards

1. INLEIDING

Sinds enige jaren is er een trend zichtbaar bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) naar een meer procedurele of procesgebaseerde toetsing van nationale besluiten door de rechter.¹ Bij deze procesgebaseerde vorm van rechterlijke toetsing wordt niet zozeer naar de inhoud van nationale wetgeving, bestuursrechtelijke besluiten of eerdere rechterlijke beslissingen gekeken, maar beoordeelt de rechter vooral de kwaliteit van de procedure en/of het proces dat heeft geleid tot een besluit of regeling. Door de aandacht te vestigen op de kwaliteit van besluitvormingsprocedures, kan het EHRM een dubbel resultaat bereiken. In de eerste plaats kan het nationale besluitvormende organen en rechters stimuleren om meer aandacht aan hun besluitvormingsprocessen te besteden. Daarbij zullen zij steeds ook vragen van grondrechtenconformiteit moeten betrekken. De veronderstelling is daarbij dat kwalitatief goede besluitvorming, procedurele zorgvuldigheid en bewuste aandacht voor grondrechtenkwesaties leiden tot minder schendingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Als die veronderstelling juist is, is deze benadering voor het EHRM een goede manier om ervoor te zorgen dat grondrechten effectief worden beschermd, terwijl de primaire verantwoordelijkheid om dat te doen duidelijk bij de daartoe bevoegde nationale organen blijft liggen. In de tweede plaats heeft deze benadering tot voordeel dat het EHRM niet altijd de redelijkheid van de op nationaal niveau gemaakte belangenafweging hoeft 'na te toetsen'. Dat is gunstig voor het aanzien van het Hof, nu juist in die inhoudelijke toetsing vaak een te grote bemoeienis van de internationale rechter wordt gezien met nationale soevereine en democratisch gelegitimeerde beslissingen.²

-
- 1 Zie onder meer J.H. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR – A Typology', in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press (te verschijnen); E. Brems & L. Lavrysen, 'Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights', 35 *Human Rights Quarterly* 2013, afl. 35, p. 176-200 en P. Popelier, 'The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights', in P. Popelier e.a. (red.), *Role of Courts in a Context of Multilevel Governance*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 249-267.
 - 2 Zie bijvoorbeeld D. Davis, 'Britain Must Defy the ECtHR on Prisoner Voting as Strasbourg is Exceeding Its Authority' in: S. Flogaitis e.a. (red.), *The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 65-70.

Deze benadering van het EHRM is ook voor Nederlandse rechters interessant. Ook in de Nederlandse context laat de discussie over de positie en de taak van de rechter namelijk eens in de zoveel tijd weer op. Meest recent gebeurde dat naar aanleiding van de *Urgenda*-uitspraak. In die zaak legde de Haagse rechtbank de Nederlandse staat de verplichting op om de uitstoot van CO₂ te verlagen met 25% in plaats van 20% in 2020 om daarmee de gevolgen van klimaatverandering terug te dringen en (dreigende) mensenrechtenschendingen te voorkomen.³ Veel academici en politici hebben vervolgens de vraag opgeworpen of het wel aan de rechter is om een dergelijke verplichting op te leggen, en of hij de grenzen van zijn rechterlijke competentie daarmee niet heeft overschreden.⁴ In deze kritieken klinkt het aloude debat door over de legitimiteit van de rol van de rechter: mag de rechter de beleidskeuzes van een democratisch gelegitimeerd orgaan, zoals de Nederlandse wetgever, toetsen en herzien?

Onze bijdrage heeft tot doel te onderzoeken in hoeverre de ‘procedurele toetsing’ zoals het EHRM die al toepast, ook voor de Nederlandse rechter bruikbaar zou kunnen zijn wanneer hij zich moet buigen over besluiten of nalaten van overheidsinstanties inzake gevoelige kwesties. Voor de Nederlandse context zal zo nu en dan verwezen worden naar de *Urgenda*-zaak als praktische illustratie. Om de potentie van procesgebaseerde toetsing voor de Nederlandse rechter te onderzoeken, besteden we eerst, vanuit een meer rechtstheoretisch perspectief, aandacht aan een aantal achtergronden. In dit verband gaan we in paragraaf 2 kort in op de legitimiteit en de positie van de rechter, gevolgd door een bondige bespreking van de rol van de rechter aan de hand van drie te onderscheiden functies van rechterlijke organen: conserveren, beschermen en ontwikkelen. Paragraaf 3 zorgt voor enig inzicht in de manier waarop het EHRM de procedurele toetsing tot nu toe gebruikt en in de potentie die deze vorm van toetsing heeft in het licht van de in paragraaf 2 geschetste gezichtspunten. Ten slotte trekken we in paragraaf 4 een voorzichtige conclusie over

3 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), *TGMA* 2015/6, m.nt. E.H. Hulst, *AB* 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes. Van Gestel & Loth geven aan dat ze dit niet zo zeer als een verkapt bevel te lezen is maar dat de rechter de staat houdt aan eerder gemaakte beleidsafspraken en daarbij beleidsvrijheid laat ten aanzien van de middelen die daartoe moeten worden aangewend, zie R. Van Gestel & M. Loth, ‘*Urgenda*: Roekeloze Rechtspraak of Rechtsvinding 3.0?’, *NJB* 2015/1849, par. 4.3.

4 Zie onder meer R. Schutgens, ‘*Urgenda* en de Trias’, *NJB* 2015/1675, L. Bergkamp, ‘Het Haags Klimaatvonnis’, *NJB* 2015/1676; W. Voermans, ‘Staat Moet Wél in Hoger Beroep Gaan’, *De Volkskrant* 28 augustus 2015. Voor een overzicht van een aantal kritiekpunten, zie K.J. de Graaf & J.H. Jans, ‘The *Urgenda* Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change’, *Journal of Environmental Law* 2015, afl. 27, p. 517-527. De kabinetsaanpak is te vinden in een brief van Staatssecretaris Mansveld van 1 september 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32813 nr. 103.

de vraag of deze vorm van rechterlijke toetsing ook in Nederland waarde zou kunnen hebben.

2. LEGITIMITEIT, POSITIE EN ROL VAN DE RECHTER

2.1. Varianten van legitimiteit

Regelmatig wordt betwijfeld of de rechter wel op juiste wijze rechtspreekt. Ook naar aanleiding van de *Urgenda*-zaak wordt de legitimiteit van de rechter in twijfel getrokken en wordt de vraag gesteld of de rechter wel het juiste orgaan is om een vergaande verplichtingen aan de staat op te leggen.⁵ Om te weten hoe deze legitimiteitszorgen kunnen worden weggenomen en om een antwoord te kunnen geven op de vraag of procesgebaseerde toetsing daarbij een rol kan spelen, is het waardevol om enig inzicht te hebben in wat rechterlijke legitimiteit *in abstracto* behelst. Rechters zijn immers, ‘in de afwezigheid van de beurs of het zwaard’,⁶ afhankelijk van hun legitimiteit om ‘te functioneren en gedijen’.⁷

Conceptueel gesproken kan een drietal benaderingen van rechterlijke legitimiteit worden onderscheiden,⁸ waarvan de eerste vorm descriptief is en de andere twee normatief zijn.⁹ De eerste legitimiteitsbenadering is sociologisch van aard. Daarbij gaat het om de vraag of de rechter als instantie of een specifieke uitspraak van die rechter als legitiem wordt ervaren door de maatschappij, zodanig dat deze wordt geaccepteerd en gerespecteerd.¹⁰ Sociologische legitimiteit ziet dus op de overtuigingskracht van een uitspraak of rechterlijke instantie en op het vertrouwen dat mensen in de redelijkheid en kwaliteit van de rechtspraak hebben. De tweede benadering kiest het perspectief van juridische legitimiteit. Daarbij gaat het vooral om de vraag of rechterlijk handelen op voldoende rechtsgrondslag is gebaseerd.¹¹ Bepalend voor legitimiteit is dan

5 Bijvoorbeeld Schutgens, *supra* noot 4 en Bergkamp, *supra* noot 4.

6 J.L. Gibson & G.A. Caldeira, ‘Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance and the South-African Constitutional Court’, *The Journal of Politics* 2003, afl. 65, p. 1-30, op p. 2.

7 O. Rabinovich-Einy, ‘The Legitimacy Crisis and the Future of Courts’, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 2015, afl. 17, p. 23-73, op p. 24, ‘Courts depend on legitimacy to function and thrive’.

8 Volgens de toonaangevende leer van Fallon in R.H. Fallon, ‘Legitimacy and the Constitution’, *Harvard Law Review* 2005, afl. 118, p. 1787-1853.

9 Zie bijvoorbeeld D.A. Strauss, ‘Reply: Legitimacy and Obedience’, *Harvard Law Review* 2005, afl. 118, p. 1854-1866.

10 Ontwikkeld in M. Rheinstein & M. Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Clarion: New York 1954; zie eveneens A. Hinarejos, ‘Social Legitimacy and the Court of Justice of the European Union: Some Reflections on the Role of the Advocate-General’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012, afl. 14, p. 615-633.

11 Zie Fallon, *supra* noot 8, op p. 1789-1853 en voor een uitwerking daarvan M. de

dus de bevoegdheid van de rechter om bepaalde uitspraken te doen. Als laatste kan een morele benadering van legitimiteit worden onderscheiden, waarbij de ethische grondslag van een uitspraak centraal staat.¹² Morele legitimiteit concentreert zich daarbij op de verenigbaarheid van de rechter(lijke uitspraak) met ethische normen. De rechter kan bij de beoordeling van een besluit een duidelijk standpunt innemen over een morele kwestie of juist ruimte openlaten voor verschillende morele opvattingen.¹³ Welk perspectief of welke waarden de rechter dan onderschrijft, zal zijn morele legitimiteit beïnvloeden.

Deze verschillende benaderingen van legitimiteit – sociologisch, juridisch en moreel – kunnen daarnaast betrekking hebben op verschillende aspecten van de rechtspraak. Zo kunnen legitimiteitskwesties worden gerelateerd aan de uitspraken van de rechter, wat kan worden aangeduid als *jurisprudentiële legitimiteit*.¹⁴ Enerzijds gaat het daarbij om inhoudelijke legitimiteit, waarbij gekeken wordt naar de specifieke motivering van een uitspraak en de daaronder liggende waarden.¹⁵ Zo zal een rechter in zaken over abortus waarden kunnen onderschrijven zoals menselijke waardigheid, individuele autonomie en lichamelijke integriteit. Anderzijds betreft deze vorm van legitimiteit de wijze waarop de uitspraak is gedaan en de lijn die is uitgezet in de rechtspraak.¹⁶ Daarbij kan gedacht worden aan facetten zoals precedentwerking, samenhang en consistentie van de rechtspraak, transparantie met betrekking tot de besluitvorming, heldere argumentatie, etc.

S.-O.-L'E Lasser, 'Transforming Deliberations' in: N. Huls e.a. (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Den Haag: T.C.M. Asser Press 2008, p. 33-53, op p. 38.

- 12 Fallon, *supra* noot 8, op p. 1796-1801, en A.J. Simmons, 'Justification and Legitimacy', *Ethics* 1999, afl. 109, p. 739-771, op p. 740-741. Allebei maken een onderscheid tussen minimale, maximale en intermediaire morele theorieën.
- 13 Deze verschillende opvattingen vinden hun weerslag in de theorieën van moreel fundamentalisme en moreel pluralisme. Bij moreel fundamentalisme wordt er vanuit gegaan dat er één hoogste alomvattende waarde is, terwijl vanuit het idee van moreel pluralisme er meerdere waarden zijn die beschermd zouden moeten worden en die soms in conflict met elkaar kunnen zijn. Zie in het kader van moreel pluralisme, A. Zysset, 'Legal and Moral Pluralism: A Rejoinder (in European Human Rights Law)', *Oslo Law Review* 2015, afl. 2, p. 176-199.
- 14 In sociologische termen omschreven als 'specific support' door onder meer J.L. Gibson, 'The Legitimacy of the United States Supreme Court in a Polarized Society', *Journal of Empirical Legal Studies* 2007, afl. 4, p. 507-538.
- 15 M. Loth, 'Courts in Quest for Legitimacy: A Comparative Approach', in: M. Malsch & N. van Manen (red.), *De Begrijpelijkheid van de Rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 15-38, op p. 35: 'present-day society people seem to appreciate output-legitimacy more than input-legitimacy', dat wil zeggen dat de uitspraak zelf voor de burger belangrijker is (inhoudelijke legitimiteit) dan de wijze waarop rechters worden gekozen en andere factoren van institutionele legitimiteit.
- 16 Onder meer N. Bürli, 'Amicus Curiae as a Means to Reinforce the Legitimacy of the European Court of Human Rights', in: Flogaitis e.a., *supra* noot 2, p. 135-146, op p. 144-146.

Wanneer de rechter kritiek ontvangt op zijn uitspraak, dan wordt niet alleen de legitimiteit van de uitspraak in twijfel getrokken, maar vaak ook van de rechter als instantie.¹⁷ Dit soort discussies betreft dan een ander aspect van de legitimiteit van de rechter, namelijk zijn *institutionele legitimiteit*. Die houdt allereerst verband met organisatorische facetten – een goed georganiseerde rechterlijke instantie zal meer vertrouwen genieten dan een ongestructureerde en slecht functionerende organisatie. Daarnaast gaat het om de vraag hoe de rechter zich verhoudt tot andere overheidsorganen – de wetgever en het bestuur.¹⁸ Een belangrijk aspect daarbij betreft de manier waarop de rechter omgaat met waarden zoals representatie, de spreiding der machten en democratische besluitvorming. Gelet daarop wordt deze discussie soms als die over democratische legitimiteit aangeduid.

De meest fundamentele legitimiteitsvragen die in het Nederlandse debat worden gesteld, lijken de rechter als instantie in relatie tot de andere overheidsorganen te betreffen. Die discussie is daarmee vooral gerelateerd aan een juridisch-morele opvatting van de notie van democratische legitimiteit.¹⁹ De *Urgenda*-kritieken spelen bijvoorbeeld niet alleen in op een gebrekkige juridische grondslag (juridische legitimiteit), maar eveneens op bepaalde morele concepties over de rol van de rechter bij beleidsmatige keuzes. Ook benadrukken zij de noodzaak dat een democratisch representatief orgaan dit soort gevoelige keuzes maakt (morele legitimiteit). Daarnaast, of beter gezegd, hierdoor, speelt in deze kritieken ook de sociologische legitimiteit van de rechter, nu met enige regelmaat wordt aangegeven dat zijn uitspraak het vertrouwen van de politiek en het volk in de rechter kan verminderen.

17 V.C. Jackson, 'The (Myth of un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism', *International Journal of Constitutional Law* 2015, afl. 13, p. 575-605, op p. 599. De link tussen diffuse (institutioneel) en specifieke (jurisprudentiële) legitimiteit wordt ook gelegd door T. Zwart, 'More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How it Can Be Done', in: Flogaitis e.a., *supra* noot 2, p. 71-95, op p. 82.

18 Zie N. Huls, 'Introduction: From Legitimacy to Leadership', in: Huls e.a., *supra* noot 11, p. 3-30.

19 De legitimiteit van de rechter bij rechtszaken zou voornamelijk gebaseerd zijn op percepties van neutraliteit zoals eerlijkheid, onpartijdigheid en het beraadslagingsproces en zaaksrelevante informatie (jurisprudentiële legitimiteit vanuit sociologisch perspectief) en minder door institutionele legitimiteit vanuit moreel en juridisch perspectief. Zie Brems & Lavrysen, *supra* noot 1, op p. 180 en J.H. Gerards, 'Een alternatieve strategie voor het EHRM. Naar een betere afbakening van grondrechten en een procedurele toetsing', in: J. Gerards & A. Terlouw (red.), *Amici Curiae: Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: WLP 2013, p. 89-100, op p. 95.

2.2. De positie van de rechter

De democratische legitimiteit van de rechter heeft dus te maken met de positie die de rechter inneemt in een democratische samenleving, dat wil zeggen, de positie die hij heeft ten aanzien van de andere overheidsorganen. Deze positie van de rechter is complex, vooral doordat de rechter zich in een web van relaties bevindt. De rechter heeft zich immers te verhouden tot verschillende actoren. Naast een bepaalde verhouding tot de partijen in een zaak – een aspect dat hier buiten beschouwing wordt gelaten – kan het bijvoorbeeld gaan om de wetgever, een bestuursrechtelijk orgaan of een andere rechter. De complexiteit van de positie en de houding die de rechter in dat verband wil aannemen, zijn daarbij afhankelijk van de vraag welke relatie in een concrete zaak centraal staat. De positie van een rechter zal bijvoorbeeld anders zijn wanneer hij in hoger beroep een beroep verwerpt, dan wanneer het gaat om een lagere rechter die de juridische houdbaarheid van een wet toetst.

De relaties van een rechter kunnen worden opgedeeld in drie categorieën, die steeds mede worden bepaald door de positie die de andere actor inneemt in de democratische samenleving. De eerste categorie betreft de rol van de rechter ten opzichte van die van de andere actoren in de democratische samenleving. In feite vloeit deze set van relaties voort uit de leer van de trias politica, dus de klassieke problematiek van functionele machtenscheiding en machtenspreiding.²⁰ Als gevolg daarvan zal een rechter zich daarbij op een andere manier verhouden tot de wetgevende en de uitvoerende macht dan tot een andere rechter.

Een tweede categorie houdt verband met theorieën over constitutionalisme en pluralisme. Constitutionalisme gaat daarbij uit van een hiërarchisch ordening van de staat, waarbij het niet alleen gaat om een normenhiërarchie, maar veelal ook om rangorde binnen de besluitvormingsorganen.²¹ Bezien vanuit dit perspectief kunnen er verhoudingen van hiërarchie bestaan, zoals bij de verhouding tussen lagere en hogere rechters.²² De theorie van het pluralisme gaat juist niet uit van een hiërarchische ordening tussen de verschillende

20 Zie voor een moderne bespreking van de trias politica o.a. E. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory of the Modern State*, Oxford: Oxford University Press 2009 en P.A. Gerangelos, *The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process: Constitutional Principles and Limitations*, Oxford: Hart Publishing 2009, in het bijzonder p. 1-55.

21 Zie onder meer N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, op p. 23. De theorie van constitutionalisme wordt veelal gestoeld op de invloedrijke positivistische theorie van Kelsen, zie H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, New Jersey: The Lawbook Exchange 2006 (*Reine Rechtslehre* 1967, vertaald door M. Knight).

22 Constitutionalisme, in een meer radicale vorm, zou maar één hoogste beslissingsorgaan toestaan, immers ‘nobody can serve two masters’, zie Kelsen, *supra* noot 21, p. 329 en 276.

normen en besluitvormingsorganen, maar stelt fragmentatie en gelijkwaardigheid voorop.²³ Daardoor wordt aanvaard dat meerdere normen gelijktijdig van toepassing kunnen zijn en dat sprake kan zijn van heterarchische relaties tussen verschillende overheidsinstanties.²⁴ Te denken valt aan de relaties tussen verschillende rechters die gespecialiseerd zijn op andere functionele rechtsgebieden.

De derde categorie van relaties heeft te maken met de rechtsregimes waarin actoren zich vinden.²⁵ De verhoudingen tussen het Hof uit Luxemburg of Straatsburg en de nationale rechters en overheidsinstanties worden bijvoorbeeld gekenmerkt door het feit dat deze actoren zich in verschillende rechtssystemen bevinden.²⁶ Het soort onderlinge relaties dat binnen deze categorie bestaat kan opnieuw worden beheerst door opvattingen van constitutionalisme of van pluralisme, vooral waar het gaat om situaties van meerlagigheid. In die verhouding betekent constitutionalisme dat een rechter uit het ene rechtsregime zich maar tot op zekere hoogte mag of wil uitspreken over bepaalde kwesties vanwege het bestaan van een ander rechtsregime.²⁷ Binnen de Europese Unie zal het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) zich bijvoorbeeld niet bevoegd achten om zich inhoudelijk uit te laten over aangelegenheden die tot de exclusieve bevoegdheden behoren van de lidstaten. Tegelijkertijd wordt vanuit een perspectief van pluralisme vaak aangenomen dat in deze onderlinge verhouding geen van de beide rechters verheven is

-
- 23 Zie o.m. Krisch, *supra* noot 21, op p. 23 en 69-105, M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford: Hart Publishing 2009 (*Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit* 2006, vertaald door N. Norberg); L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press (1969) 1977, op p. 110 en 122-123 en N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999, op p. 104 en 117-122.
- 24 De term heterarchisch is gedefinieerd als 'the relation of elements to one another when they are unranked or when they possess the potential for being ranked in a number of different ways' door C.L. Crumley, 'Heterarchy and the Analysis of Complex Societies', *Archeological Papers of the American Anthropological Association* 1995, afl. 6, p. 1-5, op p. 3.
- 25 Zie bijvoorbeeld Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford: Oxford University Press 2007, op p. 107-122.
- 26 Zie voor een korte bespreking in de context tussen de nationale en Europese rechter H. van Harten, 'Zoekt en gij zult (rechts)vinden: over het gedeeld gezag in de Europese rechtsorde', *Ars Aequi* 2012, afl. 7-8, p. 541-549 en zie eveneens A.M. Donner, 'Uitlegging en toepassing', in: *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch. Studia Ab Discipulis Amicisque in Honorem Egregii Professoris Edita (Vol. 2)*, Brussel: Bruylant 1972, p. 103-126, op p. 114-115, 'Zo is de nationale rechter, ook voor wat de toepassing van het gemeenschapsrecht betreft, niet aan het gezag van de gemeenschapsrechter onderworpen, maar staat naast hem'.
- 27 Bijvoorbeeld, binnen de Europese Unie zal het HvJEU zich bijvoorbeeld niet bevoegd achten om zich inhoudelijk uit te laten over aangelegenheden die tot de exclusieve bevoegdheden behoren van de lidstaten.

boven de andere, zodat zij in feite in een gelijkwaardige relatie tot elkaar staan en geen van beide het laatste woord heeft.²⁸ Naast deze internationale relaties, hebben Van Gestel en Loth, in het kader van de *Urgenda*-zaak, erop gewezen dat nationale rechters steeds vaker rechterlijke beslissingen moeten nemen ‘in de context van internationale netwerken van rechtsontwikkeling, die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van geformaliseerde ‘checks and balances’ verankerd zijn.’²⁹

Deze categorieën van verhoudingen tussen de rechter en andere actoren laten zien dat er een variëteit bestaat aan relaties die rechters kunnen hebben. Binnen dit complexe web van verbindingen zal de rechter zich moeten positioneren. Dat wil niet zeggen dat de rechter steeds terughoudend moet zijn, maar het geeft wel aan dat de relaties tussen rechter en andere instituties invloed kunnen hebben op de wijze waarop hij zijn rol als rechtsprekend orgaan vervult. Bij een beoordeling van de *Urgenda*-uitspraak zou dus niet alleen gekeken moeten worden naar de rol van rechter in het licht van relaties tussen de rechter en de wetgevende en uitvoerende macht, maar bijvoorbeeld ook naar de vraag of de rechtbank af kan wijken van lijnen die zijn uitgezet door de Hoge Raad, het HvJEU en het EHRM. Of, zoals Van Gestel en Loth het stellen: ‘[h]et *Urgenda*-vonnis laat duidelijk zien hoe normstelling op internationaal, Europees en nationaal niveau op elkaar ingrijpt en uiteindelijk samenkomt op het niveau van een individuele rechtbank.’³⁰

2.3. De functies van de rechter

Om de potentie van een procesgebaseerde toetsing door de Nederlandse rechter te kunnen inschatten, is het ten slotte nuttig om iets te zeggen over de functies van de rechter als rechtsprekend orgaan.³¹ Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen drie functies, namelijk de conserverende, de beschermende en de ontwikkelende.

28 Zie hiervoor o.m. R. Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, *SEW* 2009, afl. 21, p. 44-53 en G. Boogaard & J. Uzman, “‘Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen?’ Over de legitimatie van de Straatsburgse rechtspraak’, *Preadvies Jonge Staatsrechtstag* 2012.

29 Van Gestel & Loth, *supra* noot 3, par. 5.

30 Van Gestel & Loth, *supra* noot 3, par. 4.1.

31 Het voordeel van een functionele benadering is dat het gebruikt wordt voor rechtsvergelijkend onderzoek waarbinnen een *tertium comparationis* wordt ontwikkeld. Op basis daarvan kan de rol van verschillende rechters worden vergeleken en wordt niet direct een normatief standpunt ingenomen, immers geeft het niet direct weer of een bepaalde rechter (in een zaak) een specifieke functie op zich zou moeten nemen. Zie onder meer R. Michaels, ‘The Functional Method of Comparative Law’, in: M. Reimann & R. Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 339-382 en J.C. Reitz, ‘How to Do Comparative Law’, *The American Journal of Comparative Law* 1998, afl. 46, p. 617-636.

In zijn *conserverende functie* treedt de rechter op als hoeder van het bestaande rechtssysteem. Zonder een goed functionerende rechter zou het immers lastig zijn om het recht binnen een democratische samenleving in stand te houden.³² Deze conserverende functie omvat de wezenlijke taak van geschilbeslechting,³³ net als het vaak minder belichte aspect van het stabiliseren van normatieve verwachtingen.³⁴ Met zijn uitspraken scheidt de rechter immers niet alleen duidelijkheid over de interpretatie en betekenis van de wet, maar ook over wat men op basis van die wet van anderen mag verwachten.³⁵ De *beschermende functie* van de rechter houdt, daarentegen, in dat hij rechtsstatelijkheid bewaakt middels het controleren en legitimeren van handelingen en het handhaven van de naleving van de wet. De rechter speelt dan een rol bij het voorkomen van eigenrichting, maar hij houdt ook toezicht op het handelen van de overheidsinstanties.³⁶ Op die manier beschermt de rechter individuen en groepen tegen de ‘tirannie’ van de ander en de staat. Ten slotte betreft de *ontwikkende functie* de rol van de rechter bij het verder verfijnen en uitwerken van het recht. De rechter kan deze rol op zich nemen door rechtsvorming en rechtsvinding: het formuleren van nieuwe regels,³⁷ het interpreteren van bestaande regels (waardoor een debat wordt gestimuleerd)³⁸ en het vullen van gaten in wetgeving waardoor de wetgever wordt aangespoord om actie te ondernemen³⁹ – het laatste was ook in de *Urgenda*-uitspraak het geval.

32 Zie eveneens Y. Shany, ‘Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach’, *American Journal of International Law* 2012, afl. 106, p. 225-270.

33 Shany, *supra* noot 32, op p. 245-246 en A. Von Bogdandy & I. Venzke, ‘On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority’, *Leiden Journal of International Law* 2013, afl. 26, p. 49-72, op p. 53-54.

34 Zie hierover in het kader van internationale rechters Bogdandy & Venzke, *supra* noot 33, op p. 54-55. Wanneer niet aan deze verwachtingen wordt voldaan dan schaadt dat de reputatie van een staat en kan het belangrijke praktische consequenties hebben, aldus A.T. Guzman, ‘The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms’, *Journal of Legal Studies* 2002, afl. 31, p. 303-326.

35 Zie voor een kort en helder overzicht van de theorieën over de rol van de wet in de sociale ordening B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press 2001, op p. 1-10 en met betrekking tot rechtspraak L.L. Fuller, ‘The Forms and Limits of Adjudication’, *Harvard Law Review* 1978, afl. 92, p. 353-409.

36 Wat betreft internationale rechters zie Shany, *supra* noot 32, op p. 246-247 en Von Bogdandy & Venzke, *supra* noot 33, op p. 57-59.

37 Zie G. Ulfstein, ‘International Courts and Judges: Independence, Interaction and Legitimacy’, *New York University Journal of International Law & Politics* 2014, afl. 46, p. 849-857, op p. 860.

38 Zie onder meer T. Ginsberg, ‘Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking’, *Virginia Journal of International Law Association* 2005, afl. 45, p. 631-673, op p. 635-637 en M. Shapiro, ‘Judges as Liars’, *Harvard Journal of Legal and Public Policy* 1994, afl. 17, p. 155-156.

39 In het kader van procesgebaseerde toetsing zie A. Sathanapally, ‘It’s the Journey that Matters? The Modest Promise of ‘Procedural’ Human Rights Review’, in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1.

2.4. Spanningen

Uit het voorgaande volgt dat het voor de rechter niet alleen noodzakelijk is om zich goed te verhouden tot andere instanties die een eigen rol toegedicht hebben gekregen, maar ook dat hij tegelijkertijd zijn functies als rechter moet (blijven) vervullen. De keuzes die hij daarbij maakt, hangen nauw samen met de rechterlijke legitimiteit. De legitimiteit van de rechter kan bijvoorbeeld in het gedrang komen als de rechter bij zijn beoordeling van wetgeving tot een inhoudelijk andere belangenafweging komt dan de wetgever. Mogelijk heeft de rechter dan immers onvoldoende rekening gehouden met zijn positie ten opzichte van de wetgever. Anderzijds betekent dit dat wanneer hij juist erg terughoudend is bij het toetsen van strijdigheid van wetgeving met bijvoorbeeld het EVRM, de vraag kan rijzen of hij in voldoende mate zijn rechterlijke taken uitoefent en of hij wel recht doet aan zijn relatie tot het EHRM. Ook dat kan op zijn beurt weer leiden tot vragen over legitimiteit.

Natuurlijk is het niet zo dat elke rechter in elke zaak zich bewust is en hoeft te zijn van deze spanningsverhoudingen en legitimiteitskwesaties. Vele zaken zijn eenvoudig te beslechten op basis van de wet of de lijn uitgezet in eerdere jurisprudentie. Niettemin zijn er zaken waar de functie-uitoefening door de rechter leidt tot kritiek, zoals het geval was bij de *Urgenda*-zaak. Over het algemeen zal het gaan om zaken waarin de wet onduidelijk is of waarin de rechter wordt gevraagd de juridische houdbaarheid van wetgeving of beleidsvoering te toetsen,⁴⁰ of om zaken die in meer Dworkiniaanse zin als 'hard cases' kunnen worden aangeduid⁴¹ en waarbij redelijk denkende mensen tot tegengestelde uitkomsten kunnen komen. In zaken over fundamentele rechten zijn dit soort ingewikkeldheden vaak zichtbaar, nu daarin regelmatig debat mogelijk is op basis van juridische, democratische of morele gronden. De rechter wordt daarin dan ook bij uitstek uitgedaagd om een balans te vinden tussen de verschillende hiervoor benoemde gezichtspunten.

In dit soort zaken kan het problematisch zijn als een rechter zich al te eenduidig en principieel uitlaat over de vraag hoe de bestaande onduidelijkheden opgelost zou moeten worden. Hij spreekt zich dan inhoudelijk uit over de juridische houdbaarheid van een besluit. Uit het gezichtspunt van de beschermende en ontwikkelende functie van de rechter zou dit noodzakelijk kunnen zijn, maar vanuit de democratische legitimiteit van de rechter kan dat problematisch worden. In hoeverre zou de rechter, bijvoorbeeld, in de *Urgenda*-zaak

40 Met name het toonaangevende werk van Tushnet en Waldron; zie onder meer M. Tushnet, 'Non-Judicial Review', *Harvard Journal on Legislation* 2003, afl. 40, p. 456-492 en J. Waldron, 'Moral Truth and Judicial Review', *The American Journal of Jurisprudence* 1998, afl. 43, p. 75-97.

41 Zie daarover J.H. Gerards, 'Hard Cases in the Law' in: A. In 't Groen e.a. (red.), *Knowledge in Ferment: Dilemmas in Science, Scholarship and Society*, Leiden: Leiden University Press 2007, p. 121-136 en R. Dworkin, 'Hard Cases', *Harvard Law Review* 1975, afl. 88, p. 1057-1109.

de beleidskeuzes van de wetgever moeten herzien, terwijl daar op basis van het recht onvoldoende expliciete grondslag voor lijkt te zijn en politieke en morele gevoeligheden geen eenduidige benadering toestaan? Het is die vraag waarop de rechter zelf steeds een adequaat antwoord moet zien te geven.

3. PROCEDURELE TOETSING ALS OPLOSSING? HET VOORBEELD VAN HET EHRM

3.1. Inleiding

Eén manier waarop de rechter met de hierboven besproken problemen om zou kunnen gaan is procesgebaseerde of procedurele toetsing.⁴² Zoals in de inleiding al aangegeven, onderzoekt de rechter bij deze vorm van toetsing niet zozeer de inhoudelijke redelijkheid van een besluit of wettelijke regeling, maar baseert hij de uitspraak, of een deel daarvan, op de kwaliteit van de daaraan voorafgaande besluitvormingsprocedure.⁴³ In veel zaken zal immers voorafgaand aan de rechterlijke toetsing een besluit zijn genomen door een ander overheidsorgaan waarin de verschillende rechten en belangen van betrokkenen al tegen elkaar (zouden moeten) zijn afgewogen. Door de besluitvormingsprocedure te toetsen, kan de rechter stilstaan bij de vraag of daarin de relevante inhoudelijke standaarden voldoende zorgvuldig zijn toegepast en of het besluitvormingsorgaan de noodzakelijke inspanning heeft geleverd om de relevante belangen te identificeren en af te wegen.⁴⁴ Ten aanzien van het EHRM is deze vorm van toetsing dan ook wel gekarakteriseerd als een middenweg tussen eerbiediging van de besluiten van staten ('deference') en het garanderen van de individuele mensenrechtenbescherming.⁴⁵

De vraag die logischerwijs opkomt is wat zo'n procesgebaseerde toetsing dan zou kunnen inhouden. Om daarvan een beeld te geven, geeft deze paragraaf een kort overzicht van de toepassing door het EHRM hiervan. Daaruit zal blijken dat procedurele toetsing zeker potentie heeft om ook op nationaal niveau te worden toegepast, maar dat de bijdrage aan het oplossen van de eerder geschetste spanningsverhoudingen ook samenhangt met de manier waarop aan procedurele toetsing invulling wordt gegeven.

42 Procesgebaseerde toetsing, ook wel procedurele toetsing, wordt soms gekenmerkt als een 'institutionally sensitive' benadering; zie onder meer P. Popelier & C. Van De Heyning, 'Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis', *European Constitutional Law Review* 2013, afl. 9, p. 230-262, op p. 323.

43 Zie nader hierover ook I. Bar-Siman-Tov, 'Semiprocedural Judicial Review', *Legisprudence* 2012, afl. 6, p. 271-300.

44 Gerards, *supra* noot 1.

45 Zie Popelier, *supra* noot 1, p. 251-254.

3.2. Procedurele verplichtingen

Om te kunnen beoordelen of een besluit via een zorgvuldige en goede besluitvormingsprocedure tot stand is gekomen, is het allereerst nodig om de eisen en voorwaarden te formuleren waaraan zo'n procedure dan zou moeten voldoen. Deels vloeien die logisch voort uit algemene noties als die van procedurele zorgvuldigheid en rechtsstatelijkheid. Het behoeft bijvoorbeeld nauwelijks betoog dat transparantie, participatie, het afleggen van verantwoording, en het beantwoorden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, behoorlijke wetgeving of een goede procesorde belangrijke parameters zijn voor goede besluitvorming.

Het EHRM heeft in zijn rechtspraak een aantal van deze factoren nader benoemd. Soms doet het dat in heel algemene zin, zoals bij het noemen van algemene vereisten van machtscheiding, rechtszekerheid, transparantie van regelgeving en het niet uitsluiten van minderheidsgroepen van het politieke debat.⁴⁶ In andere gevallen heeft het vrij concrete verplichtingen geformuleerd.⁴⁷ Zo zijn er in de Straatsburgse rechtspraak verplichtingen te vinden tot informatievoorziening bij ingrijpende omgevingsrechtelijke besluiten,⁴⁸ of tot het vaststellen van eenduidige regelgeving over 'informed consent' bij geneeskundige behandelingen.⁴⁹ Daarnaast heeft het Hof allerlei eisen gesteld van procedurele zorgvuldigheid bij de rechtspraak, variërend van regels rondom onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters⁵⁰ tot minimale eisen van motivering⁵¹ en zorgvuldige omgang met deskundigenbewijs.⁵²

46 Zie voor een nadere analyse D. Kosař, 'Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?', *European Constitutional Law Review* 2012, afl. 8, p. 33-62 en H.M. ten Napel, 'The European Court of Human Rights and Political Rights: The Need for More Guidance', *European Constitutional Law Review* 2009, afl. 5, p. 464-480. Voor voorbeelden uit de rechtspraak, zie nader Gerards, *supra* noot 1, par. 2.2.

47 Zie voor een vollediger overzicht Gerards, *supra* noot 1, par. 2.3.1.

48 EHRM (GK) 30 november 2004, nr. 48939/99 (Öneryildiz t. Turkije), *EHRC* 2005/10 m.nt. red., *NJ* 2005/210, m.nt. E.A. Alkema, *AB* 2005/43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 90; zie uitgebreid hierover ook D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*, Kluwer: Deventer 2015, op p. 287 e.v.

49 Bijv. EHRM 2 juni 2009, nr. 31675/04 (Codarcea t. Roemenië), *EHRC* 2009/96 m.nt. Hulst, par. 102 e.v.; zie nader J.H. Gerards, 'De EHRM-rechtspraak als richtsnoer. Een reality check aan de hand van de wetsvoorstellen over gedwongen zorg', *NTM/NJCM-Bull.* 2015, afl. 40, p. 296-315, op p. 306 e.v.

50 Zie reeds EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België), *NJ* 1982/602, par. 55; EHRM (GK) 6 mei 2003, nrs. 39343/98 e.a. (Kleyn e.a. t. Nederland), *NJ* 2004/15, m.nt. P.J. de Boon, *AB* 2003/211, m.nt. L.F.M. Verhey & B.W.N. de Waard, *EHRC* 2003/54, m.nt. J.H. Gerards, *JB* 2003/119, m.nt. A.W. Heringa.

51 Zie reeds EHRM (GK) 21 januari 1999, nr. 30544/96 (Garcia Ruiz t. Spanje), *JB* 1999/42, m.nt. A.W. Heringa, par. 26.

52 Bijv. EHRM 2 oktober 2012, nr. 41242/08 (Plesó t. Hongarije), *EHRC* 2013/9, *NJ* 2014/245, m.nt. J. Legemaate.

Via het formuleren van dit soort verplichtingen heeft het EHRM geleidelijk aan duidelijk gemaakt wanneer besluitvormingsprocedures op nationaal niveau als goed en zorgvuldig kunnen worden aangeduid. Achter het op deze manier benadrukken van de noodzaak tot procedurele zorgvuldigheid gaan verschillende rationales schuil.⁵³ Deels lijkt het Hof er vanuit te gaan dat betere procedures en zorgvuldigere besluitvorming leiden tot betere uitkomsten, en daarmee tot minder problematische inbreuken op de fundamentele rechten.⁵⁴ Voor een ander deel kan worden aangenomen dat procedurele zorgvuldigheid een inherente waarde vertegenwoordigt voor de rechtsstaat.⁵⁵ Alleen al daarom verdient de kwaliteit en goede inrichting van procedures en van regelgeving al de bijzondere aandacht van het EHRM.⁵⁶ Daarmee sluiten deze procedurele vereisten aan bij de hiervoor, in par. 2.3, benoemde functies van de rechter, voornamelijk de conserverende en beschermende functie. Door goed oog te houden voor de kwaliteit van procedures draagt de rechter immers bij aan het in stand houden van een goed rechtssysteem, terwijl er bovendien (in ieder geval tot op zekere hoogte) vanuit mag worden gegaan dat goede procedures leiden tot besluiten die de individuele rechtspositie zoveel mogelijk respecteren en beschermen.

In nauw verband hiermee staat het gegeven dat procedurele zorgvuldigheid in de vorm van ‘procedural fairness’ helpt bij de acceptatie van rechterlijke beslissingen, al vallen die uit in het nadeel van de betrokkene.⁵⁷ Het Hof levert, in ieder geval vanuit een sociologisch perspectief, daarmee een bijdrage aan de jurisprudentiële legitimiteit. Duidelijk is ook dat dit soort eisen van nut is voor de verbetering van de institutionele en democratische legitimiteit van besluitvorming en van wetgeving (al kan het stellen van al te hoge en te specifieke eisen ook worden opgevat als bemoeizucht van het Hof, zoals we hierna nog verder zullen bespreken).⁵⁸

3.3. Modaliteiten van procedurele toetsing door het EHRM

Als keerzijde van de procedurele verplichtingen die het EHRM aan de staten heeft opgelegd, kan het EHRM consequenties verbinden aan het al dan niet

53 Zie voor een mooi overzicht E. Brems, ‘The “logics” of procedural-type review by the European Court of Human Rights’, in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1.

54 Dit is de rationale van ‘process efficacy’; zie J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff 2009, op p. 462; zie verder Brems, *supra* noot 53, par. 2.

55 Vgl. bijv. Fuller, *supra* noot 23.

56 Zie nader Brems, *supra* noot 53, par. 2.3.

57 Brems, *supra* noot 53, par. 2.4.

58 Zie nader A. Nussberger, ‘Procedural Review by the ECHR – View From the Court’, in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1.

naleven daarvan. In de rechtspraak van het EHRM kunnen daarbij grofweg drie verschillende modaliteiten of gradaties worden onderscheiden.⁵⁹

Het meest vergaand is de situatie waarin het Hof zijn eindoordeel over de voorgelegde zaak rechtstreeks en uitsluitend baseert op argumenten die zijn gerelateerd aan procedurele zorgvuldigheid. Dit is een relatief zeldzaam situatietype: in veruit de meeste gevallen onderzoekt het Hof ook de inhoudelijke redelijkheid van een besluit. Toch zijn er gevallen waarin het Hof aan die inhoudelijke beoordeling niet meer toekomt, omdat het al heeft kunnen vaststellen dat de besluitvorming zelf gebrekkig was. In het bijzonder beperkt het Hof zich soms tot het constateren van een schending van een procedurele positieve verplichting, bijvoorbeeld die tot het vaststellen van duidelijke beleidsregels of uitvoeringsmaatregelen.⁶⁰

Ook denkbaar, maar in de praktijk nog zeldzamer, is de omgekeerde situatie. Het Hof neemt dan juist aan dat geen sprake is van een schending van het EVRM *omdat* de nationale besluitvorming zo zorgvuldig is geweest. Die benadering koos het bijvoorbeeld in de zaak *Maurice t. Frankrijk*, waar een wettelijke compensatieregeling bij ‘wrongful birth’ volgens het Hof het resultaat was van een buitengewoon uitgebreid, intensief en zorgvuldig wetgevingsproces.⁶¹ Gelet daarop zag het Hof vervolgens geen reden meer om het resultaat inhoudelijk te toetsen, nu het immers geen betere belangenafweging kon maken dan de Franse wetgever al had gedaan.⁶²

Veel meer voorkomend is een tweede modaliteit, namelijk die waarin het Hof weliswaar bepaalde gevolgtrekkingen verbindt aan procedurele zorgvuldigheid, maar die niet doorslaggevend zijn voor de uitkomst. De beoordeling van de nationale procedure geeft dan vooral een argument om uiteindelijk de inhoud van het besluit meer of minder terughoudend te toetsen. Houdt een nationaal bestuursorgaan bijvoorbeeld te weinig rekening met de procedurele en zorgvuldigheidscriteria die het Hof in zijn rechtspraak heeft geformuleerd, dan zal het Hof daar uiterst kritisch over zijn. In de zaak *Czaja t. Polen*, bijvoorbeeld, wees het erop dat de overheid volgens vaste rechtspraak van het Hof bij intrekking van pensioenen moet handelen in overeenstemming met de

59 Zie veel uitgebreider Gerards, *supra* noot 1, par. 3 en 4; voor het doel van de onderhavige bijdrage is een andere indeling gemaakt, maar deze is gebaseerd op het eerder geanalyseerde materiaal.

60 Zie bijv. EHRM (GK) 16 december 2010, nr. 25579/05 (A., B. en C. t. Ierland), *EHRC* 2011/40, m.nt. A.C. Hendriks & J.H. Gerards, *NJ* 2011/216, m.nt. E.A. Alkema en EHRM 14 mei 2013, nr. 67810/10 (Gross t. Zwitserland), *EHRC* 2013/152, m.nt. Hendriks. Zie voor nadere voorbeelden Gerards, *supra* n. 1, par. 4.3.

61 EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 11810/03 (Maurice t. Frankrijk), *NJ* 2006/464, m.nt. P.J. Boon.

62 *Idem*, par. 124.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶³ In het onderhavige geval hadden de autoriteiten ontdekt dat bij het toekennen van een pensioen een fout was gemaakt, maar ze hadden nagelaten dat meteen en op een nette manier recht te zetten.⁶⁴ Volgens het Hof had dat wel gemeeten. Een schending van het EVRM was dan vrij gemakkelijk vast te stellen, zelfs zonder dat het Hof naar de inhoudelijke redelijkheid van de intrekking zou kijken. Toch doet het Hof dat in dit soort zaken wel. In *Czaja* onderzocht het bijvoorbeeld of het verlies van het pensioen tot een individuele last voor de klager leidde, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin hij verkeerde. De tekortkoming in procedurele zorgvuldigheid had daarbij wel belangrijke consequenties voor de beoordeling. Waar normaal gesproken het Hof in socialezekerheidskwesaties heel terughoudend is en zelden een schending aanneemt,⁶⁵ was de toetsing hier aanmerkelijk strenger en concludeerde het Hof dat art. 1 Eerste Protocol EVRM was geschonden.

Ook komt het voor dat een nationale wetgever, bestuursorgaan of rechter juist heel zorgvuldig zijn geweest in hun overwegingen en de criteria van het Hof uitdrukkelijk in hun eigen overwegingen hebben betrokken. In dat geval impliceert deze tweede modaliteit van procesgebaseerde toetsing vooral een terughoudende inhoudelijke toets. Daarbij heeft het Hof, zoals het zelf zegt, ‘strong reasons’ nodig om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale autoriteiten.⁶⁶ Ook hier beoordeelt het Hof vervolgens nog inhoudelijk of de bereikte uitkomst door de beugel kan, waarmee de procedurele zorgvuldigheid hier dus niet doorslaggevend is voor het oordeel over EVRM-conformiteit.⁶⁷ De inhoudelijke beoordeling is dan echter beperkt tot de vaststelling of sprake is van een ‘manifest error or appreciation.’⁶⁸ In dat

63 EHRM 2 oktober 2012, nr. 5744/05 (*Czaja t. Polen*), *EHRC* 2012/227 m.nt. A.E.M. Leijten, *AB* 2013/29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 70.

64 *Czaja*, par. 71.

65 Zie nader A.E.M. Leijten, ‘From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2013, afl. 13, p. 309-349.

66 Zie al EHRM 12 juni 2012, nr. 39401/04 (*MGN Limited t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2011/69 m.nt. S. Smet & D. Voorhoof, par. 150 en 155, later bevestigd in de bekendere zaak *Von Hannover (Nr. 2) t. Duitsland*, EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, *EHRC* 2012/72, m.nt. R. de Lange & J.H. Gerards, *NJ* 2013/250, m.nt. E.J. Dommering, par. 107.

67 Zie voor een aantal voorbeelden Gerards, *supra* n. 1, par. 4.2.

68 EHRM 14 februari 2012, nr. 31965/07 (*Hardy & Maile t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2012/103. De procedurele zorgvuldigheid soms ook een factor te zijn in de afweging, die maakt dat een inbreuk sneller toelaatbaar is; vgl. bijv. EHRM (GK) 22 april 2013, nr. 48876/08 (*Animal Defenders International t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2013/149, m.nt. J.H. Gerards, par. 116. Zie hierover uitgebreider O.M. Arnardóttir, ‘Organised Retreat? The Move from “Substantive” to “Procedural” Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation’, *European Society of International Law 2015 Annual Conference*, ssrn.com/abstract=2709669.

geval zal het Hof maar zelden geneigd zijn zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale instanties.

Een derde en laatste modaliteit is zichtbaar in de gevallen waarin het Hof wel procedurele argumenten noemt, maar ze geen bijzondere waarde lijken te hebben voor de uitkomst van de zaak. Een voorbeeld van deze benadering is te vinden in *Lindheim t. Noorwegen*, een zaak over pachtwetgeving.⁶⁹ Het Hof besteedde in zijn uitspraak veel aandacht aan het zorgvuldige wetgevingsproces; ook gaf het expliciet aan te waarderen dat de Noorse Hoge Raad de criteria uit de EHRM-rechtspraak expliciet in zijn overwegingen had betrokken in de nationale procedure over de litigieuze bepalingen.⁷⁰ Vervolgens ging het Hof over tot een eigen onderzoek van de belangen in de zaak. Daarbij kende het een ander gewicht toe aan bepaalde factoren dan de nationale autoriteiten hadden gedaan, wat resulteerde in de constatering van een schending van het EVRM. Die beoordeling werd daarbij niet zichtbaar of rechtstreeks gedragen door de overwegingen over de procedurele zorgvuldigheid op nationaal niveau.⁷¹ Hoewel deze modaliteit niet zoveel toegevoegde waarde lijkt te hebben, past die wel in de argumentatieve traditie van het Hof.⁷² Daarbij werpt het een soort ‘net’ van argumenten uit,⁷³ die allemaal ogenschijnlijk van even groot belang zijn. Het procedurele argument is er dan maar één te midden van vele, maar samen met de andere argumenten ondersteunt het toch de uitkomst van de procedure.

3.4. De potentie van procedurele toetsing voor het EHRM

Het EHRM heeft zelf aangegeven te hopen dat dit soort modaliteiten van procesgebaseerde toetsing een zekere ‘feedback loop’ opleveren.⁷⁴ Daarbij lijkt de

69 EHRM 12 juni 2006, nrs. 13221/08 & 2139/10 (*Lindheim e.a. t. Noorwegen*), *EHRC* 2012/173, m.nt. Spath, *NJ* 2014/1, m.nt. P.C.E. van Wijmen.

70 *Lindheim*, par. 135.

71 Vgl. ook A. Kavanagh, ‘Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory’, *Oxford Journal of Legal Studies* 2014, afl. 34, p. 443-479. De spiegelbeeldige situatie, waarbij het EHRM enige waarde hecht aan het *ontbreken* van zorgvuldige besluitvorming maar dit niet doorslaggevend is, is te zien in EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 74025/01 (Hirst (Nr. 2) t. het Verenigd Koninkrijk), *EHRC* 2005/115, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, op p. 234, *NJCM-Bull.* 2005, m.nt. H. Sackers, par. 79-80.

72 Zie daarover nader S. Smet, *Resolving Conflicts between Human Rights: A Legal Theoretical Analysis in the Context of the ECHR* (diss. Universiteit Gent 2014) en J.H. Gerards, ‘European Court of Human Rights’, in: A. Jákab, A. Dyevre & G. Itzcovich (red.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press (te verschijnen).

73 Zie voor dit beeld Smet, *supra* noot 72.

74 Zie *Contribution of the Court to the Brussels Conference*, 26 January 2015, par. 6 en vgl. R. Spano, ‘Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity’, *Human Rights Law Review* 2014, afl. 14, p. 487-502, op p. 498 (Spano is de

veronderstelling dat nationale autoriteiten meer geneigd zijn tot verbetering van hun besluitvormingsprocedures als duidelijk is dat zorgvuldig handelen wordt beloond (door een terughoudender toetsing), terwijl onzorgvuldig handelen wordt afgestraft (door al snel een schending te vinden van het EVRM). Als op nationaal niveau de besluitvormingsprocedures verbeteren, zo luidt de volgende veronderstelling, zullen uiteindelijk minder ongerechtvaardigde inbreuken op EVRM-rechten worden gemaakt.⁷⁵ Of deze veronderstellingen correct zijn, is voornamelijk een open vraag.⁷⁶ Er is nog geen empirisch onderzoek gedaan naar de causale verbanden tussen verbeteringsprocessen bij regelgeving en nationale rechtspraak en de rechtspraak van het EHRM, net zomin als naar de vraag of die verbeteringen uiteindelijk leiden tot een hoger niveau van grondrechtenbescherming. Of dat laatste het geval is, lijkt in ieder geval geen gegeven – het is immers nog maar de vraag of een kwalitatief goede procedure ook altijd leidt tot een rechtvaardig besluit,⁷⁷ en bovendien kan te veel aandacht voor procedures leiden tot ‘windowdressing’ en overmatig formalisme op nationaal niveau.

Dit betekent dat de potentie van procesgebaseerde toetsing moeilijk te beoordelen is vanuit empirisch perspectief. Op basis van de rechtstheoretische uiteenzetting in par. 2 kunnen we echter wel degelijk iets zeggen over de waarde van procesgebaseerde toetsing vanuit een perspectief van legitimiteit, positiebepaling en functie-uitoefening.⁷⁸ De inhoudelijke beoordelingen van ‘hard cases’ door het EHRM stuiten vaak op kritiek van uiteenlopende aard. Soms richt die zich op institutionele legitimiteit, waarbij twijfel wordt uitgesproken over de onpartijdigheid en kwaliteit van de rechters die in Straatsburg zetelen.⁷⁹ In andere gevallen richt die zich op democratische legitimiteit, waarbij het problematisch wordt gevonden dat het EHRM zich van grote afstand bemoeit met formele wetgeving.⁸⁰ In weer andere situaties is de kritiek moreel van aard, en zijn critici het niet eens met de waarden die tot

IJslandse rechter in het EHRM).

75 Zie over deze feedback loop Christoffersen, *supra* noot 54, p. 463 en Brems, *supra* n. 53, par. 2.1.

76 Al wordt er in toenemende mate onderzoek naar gedaan, vooral in EU-rechtelijk verband; zie bijv. de bijdrage van Kartner en Meuwese aan E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1 en zie A. Alemanno, ‘A Meeting of Minds on Impact Assessment. When Ex Ante Evaluation meets Ex Post Judicial Control’, *European Public Law* 2011, afl. 17, p. 485-505.

77 Zie bijvoorbeeld Nussberger, *supra* noot 58 en Kavanagh, *supra* noot 71.

78 Brems noemt dit de ‘subsidiarity rationale’ voor procesgebaseerde toetsing; Brems, *supra* noot 53, par. 2.2.1.

79 Zie nader Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 11 december 2015, CDDH(2015)R84 Addendum 1, par. 100 e.v.

80 Zie voor een overzicht van dergelijke kritiek J.H. Gerards & A.B. Terlouw, ‘Inleiding’, in *Amici Curiae*, *supra* noot 19, par. 8-9.

uitdrukking komen in uitspraken over onderwerpen als godsdienstvrijheid of abortus. Die legitimiteitskritieken houden steeds nauw verband met het complexe web van relaties waarin het EHRM zich als supranationaal Hof beweegt.⁸¹ Het heeft zich daarbij te verhouden tot nationale wetgevers en bestuursorganen en tot nationale rechters, maar bijvoorbeeld ook tot het HvJEU en tot internationale (semi-)rechterlijke instanties. Naast het rekening houden met deze verhoudingen (bijvoorbeeld door in de reikwijdte van de beoordelingsmarge van staten te variëren), moet het EHRM niet alleen recht doen aan zijn beschermende functie (door het beoordelen van individuele klachten over inbreuken op grondrechten), maar ook aan zijn ontwikkelende functie (door de bepalingen van het EVRM verder uit te leggen en te verfijnen).⁸²

Voor een Hof dat zich in een zo complex veld moet bewegen, biedt de procedurele toetsing een bij uitstek interessant instrument. Dat geldt vooral wanneer kwesties sterk moreel beladen zijn of uiterst gevoelig liggen in een bepaalde staat. Als het dan, zoals in de hierboven besproken zaak *Maurice*, tot de conclusie komt dat een wetgevings- of besluitvormingsproces voldoende zorgvuldig is geweest, hoeft het hoogstens nog licht te toetsen of de uitkomst niet kennelijk onredelijk was. Andersom kan het de inhoudelijke bal terugspelen naar de nationale autoriteiten als een beslissing onvoldoende zorgvuldig is voorbereid. Het kan dan een schending van het EVRM vinden zonder al te zwaar naar de inhoud te kijken. Kritiek van morele aard of over zijn democratische legitimiteit kan het Hof daardoor vermijden, terwijl het zijn beschermende functie nog steeds blijft uitoefenen.⁸³

Toch is de procedurele benadering van het Hof niet zonder kritiek gebleven.⁸⁴ Gewezen is bijvoorbeeld op het feit dat procedurele toetsing ook heel ingrijpend kan zijn. Rusland heeft het Hof bijvoorbeeld niet in dank afgenomen dat het in de zaak *Konstantin Markin* – over ouderschapsverlof voor militairen – stevige kritiek uitte op de manier waarop het Russische constitutionele hof deze kwestie had beoordeeld.⁸⁵ Het effect was daardoor eerder averechts. Het Hof is bovendien verweten dat het te weinig zicht heeft op de kwaliteit van

81 Zie voor een nadere analyse ook P. Popelier & S. Lambrechts (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Antwerpen: Intersentia, (te verschijnen).

82 Dit is in ieder geval het uitgangspunt dat het Hof zelf standaard hanteert; zie reeds EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71 (Ierland t. het Verenigd Koninkrijk), par. 154.

83 Zie hierover ook Bar-Siman-Tov, *supra* noot 49, p. 1940; Popelier, *supra* noot 1; Popelier & Van de Heyning, *supra* noot 49.

84 Een uitgebreid overzicht van kritieken is te vinden bij Bar-Siman-Tov, *supra* noot 49.

85 De kritiek was alleen verwoord in de kamerbeslissing (EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, EHRC 2011/4, m.nt. J.H. Gerards) en kwam, nadat hogere voorziening was gevraagd, niet meer terug in de uitspraak van de Grote Kamer het EHRM. Zie nader Nussberger, *supra* noot 58.

de nationale besluitvorming of op de daarbij geldende gewoonten; vanuit dat perspectief zou het zich beter bij zijn inhoudelijke mensenrechtenleest kunnen houden.⁸⁶ Bij de toetsing van de procedurele zorgvuldigheid van rechterlijke uitspraken is het Hof er ook meer dan eens van beschuldigd dat het zich als ‘rechter in vierde instantie’ gedraagt, en zich te veel bemoeit met de nationale rechterlijke besluitvorming.⁸⁷ Ten slotte is er op gewezen dat het Hof door een al te sterk procedurele benadering onvoldoende invulling zou geven aan zijn ontwikkelende functie.⁸⁸ Natuurlijk kan het Hof nationale rechters erop afrekenen dat zij de inhoudelijke toetsingsmaatstaven van het Hof onvoldoende in acht hebben genomen, maar dan moeten die maatstaven wel duidelijk zijn. Het verhelderen en ontwikkelen van criteria, factoren en gezichtspunten vergt echter een inhoudelijke toelichting en argumentatie van het Hof. Het kan dus niet altijd volstaan met een puur procedurele benadering (zoals bij de eerste modaliteit, zie par. 3.3), maar zal ook inhoudelijk actief moeten blijven.

3.5. Conclusie

Gelet op deze korte bespreking van de rechtspraak van het EHRM kan worden geconcludeerd dat procedurele toetsing zeker potentie heeft voor onder meer de beoordeling van ‘hard cases’ op het terrein van de fundamentele rechten, gezien vanuit de gezichtspunten van legitimiteit, positie en functies van het EHRM. Die potentie lijkt daarbij vooral te kunnen worden verwezenlijkt bij de tweede modaliteit van procesgebaseerde toetsing, waarbij procedurele zorgvuldigheid een zwaarwegend element vormt in de beoordeling, zonder een inhoudelijke toetsing volledig te vervangen.⁸⁹

4. CONCLUSIE: POTENTIE VAN PROCEDURELE TOETSING VOOR DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

Ons doel voor deze bijdrage was om na te gaan of procedurele toetsing potentie heeft voor de Nederlandse rechtspraak in ‘hard cases’. Die vraag hebben we niet op basis van empirische vaststellingen beantwoord, maar aan de hand van de rechtstheoretische gezichtspunten van legitimiteit, positie en functies van de rechter. Vanuit die gezichtspunten gezien heeft een methode potentie als die kan helpen de rechter effectief zijn functies te laten vervullen, zonder dat dit leidt tot spanningen met andere staatsmachten of rechters, en zonder dat

86 Nussberger, *supra* noot 58.

87 Nussberger spreekt in dit verband van het risico van ‘micro-justice’, *supra* noot 58.

88 Vgl. ook Nussberger, *supra* noot 58, die er ook op wijst dat het voor rechtzoekenden onbevredigend kan zijn als hun inhoudelijke argumenten onbeantwoord blijven.

89 Brems noemt dit ‘substance-flavoured procedural review’, *supra* noot 53, par. 3.1.

dit leidt tot legitimiteitskritiek. Aan de hand van de werkwijze van het EHRM hebben we laten zien dat procesgebaseerde toetsing deze potentie inderdaad heeft, mits de modaliteit daarvan zorgvuldig wordt gekozen. Procedurele toetsing zou inhoudelijke toetsing bijvoorbeeld niet zonder meer mogen vervangen en er moet voldoende ruimte blijven voor ontwikkeling van grondrecht-doctrines en -concepten.

Ook als de Nederlandse rechter gevraagd wordt om wetgeving of besluiten te toetsen of zich uit te spreken in 'hard cases', zou gekozen kunnen worden voor een toetsing waarbij rekening wordt gehouden met het besluitvormingsproces. Bestuursrechters dienen bijvoorbeeld te toetsen of bij een bestuurlijke of wettelijke belangenafweging alle relevante belangen zijn verzameld en meegewogen, zonder de inhoudelijke waarde van die belangen zelf te wegen of de wetgevende belangenafweging volledig over te doen.⁹⁰ Niet alle rechters zullen echter gebruik kunnen maken van deze methode. Een civiele rechter die eigenstandig een afweging moet maken tussen de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van iemands eer en goede naam, heeft weinig voorhanden waarvan hij de procedurele correctheid kan toetsen. Noodzakelijkerwijs zal hij dus zelf een afweging moeten maken. Bruikbaar lijkt de methode wanneer de civiele rechter zich uit moet spreken in zaken aangaande overheidsinstanties, bijvoorbeeld in kwesties van aansprakelijkheid als gevolg van uitvoeringsbesluiten of wetgeving. Daarbij komt de positie van de rechter ten aanzien van deze andere overheidsinstanties immers centraal te staan. Desalniettemin lijkt deze methode lastig in een zaak zoals *Urgenda*, omdat het daar niet gaat om een concreet aangevochten besluit of regeling, maar juist om een nalaten van de Nederlandse overheid. Met een procedurele toets kan de rechter niet beoordelen of het redelijk is om de Nederlandse Staat een bevel te geven om de uitstoot van CO₂ met minimaal 25% te verminderen. Toch kunnen de 'lichtere' modaliteiten zoals het EHRM die hanteert hierbij nog wel een rol spelen. Zo zou de rechter enige waarde hebben kunnen hechten aan de wijze waarop de Staat in het gehele proces van vermindering van uitstoot is opgetreden. Zou daarbij van grote activiteit en zorgvuldigheid zijn gebleken, dan was er misschien minder reden geweest voor de rechter om in te grijpen en een bevel te geven.⁹¹ Op zichzelf zou dat een bijdrage kunnen leveren aan de legitimatie van deze uitspraak.

90 Dit doen ze tot op zekere hoogte ook al, bijvoorbeeld bij toepassing van het specialiteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel; vgl. J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113, op p. 102-104.

91 Daarentegen zou in de *Urgenda*-zaak kunnen worden gesteld dat door de beleidswijziging (van 25% naar 20%-vermindering van CO₂-uitstoot in 2020) het kabinet toch weldegelijk een belangenafweging heeft gemaakt, maar op basis van de

Ook voor de Nederlandse rechtspraak is procesgebaseerde toetsing dus interessant, nu de ook Nederlandse rechter steeds vaker wordt uitgedaagd om zich op een juiste wijze te verhouden tot de andere overheidsorganen.⁹² Dit geldt niet alleen voor de bestuursrechter, die al in grote mate gebruik maakt van procedurele toetsing, maar juist ook voor de burgerlijke rechter zoals in de *Urgenda*-zaak en de strafrechter. Dit wil echter nog niet zeggen dat deze vorm van rechterlijke toetsing altijd een belangrijke rol zal kunnen en moeten spelen, procesgebaseerde toetsing heeft in ieder geval de potentie om in controversiële zaken de rechter te helpen bij het vinden van zijn weg op het spanningsveld van legitimiteit, positiebepaling en functieuitoefening.

wetenschappelijke bevindingen in de klimaatrapporten, kan de vraag worden gesteld of dat voldoende zorgvuldig is gebeurd.

92 Daarnaast zou procesgebaseerde toetsing een interessant nieuw licht kunnen werpen op de formele zijde van het toetsingsverbod zoals neergelegd in artikel 120 Grondwet en erkend in het *Van den Bergh*-arrest, HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh), NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens.

NEWBIES EN NERDS: TECH-SAVVINESS VAN RECHTERS

Lars Frietman en Tina van der Linden

1. INLEIDING

Studenten mogen hun papers en scripties niet meer beginnen met de zin: ‘Het internet is uit de huidige samenleving niet meer weg te denken’ – of iets wat daarop lijkt. Dat is zo’n open deur. Zoals alle open deuren is ook dit natuurlijk wel waar: het internet is niet meer weg te denken uit de huidige samenleving. Ook in de rechtspraak spelen internet-gerelateerde kwesties steeds vaker een rol. De eerste jurisprudentiebundel die geheel aan internetrecht gewijd is dateert uit 2003.¹ Die noemt als mogelijk eerste Nederlandstalige uitspraak op het gebied van internetrecht het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 24 augustus 1995 in het conflict tussen Bridgesoft en Lenior, over de aansprakelijkheid van een beheerder van een bulletinboard waarop door gebruikers inbreukmakende software is geplaatst.² Om in zo’n conflict een goede beslissing te kunnen nemen, is normaal gesproken wel enig benul vereist van de techniek die gebruikt wordt. Waar regelgeving bij voorkeur techniek-neutraal geformuleerd wordt³ (om bestand te zijn tegen de snelle technologische veranderingen) moet een rechter, eventueel voorgelicht door de advocaten van partijen, goed in de gaten hebben wat er nou aan de hand is: hoe een bulletinboard werkte in 1995, wat ‘unallocated clusters’ zijn, hoe ‘torrents’ werken, wat de relatie is tussen forummoderatoren en gebruikers van een forum, wat de impact is van een eenmaal op sociale media gepubliceerde gênante foto, hoe je weet wie er achter een bepaald IP-adres schuilgaat, en meer van dat soort dingen.

Kijkend naar internet-gerelateerde uitspraken kun je soms echt onder de indruk zijn van het begrip van de rechter van de werking en de impact van de techniek die uit een bepaalde uitspraak spreekt. Maar het tegenovergestelde komt ook voor (gelukkig vroeger veel vaker dan nu), dat je hoofdschuddend en soms bijna met plaatsvervangende schaamte een uitspraak leest die uitstraalt dat de betreffende rechter werkelijk geen idee heeft waar het nou echt

1 R.H. van den Hoogen, A.R. Lodder, M. van der Linden-Smith (red.), *Jurisprudentie Internetrecht, Kranten.com, Kazaa en 55 andere zaken*, Deventer: Kluwer 2003.

2 Rechtbank Rotterdam 24 augustus 1995, Computerrecht 1996-5, p. 194-197, met noot van R.V. De Mulder.

3 Helaas niet gebeurd bij de grondwetsherziening in 1983 met art. 7 dat de vrijheid van meningsuiting garandeert voor zover geopenbaard door de drukpers, en met art. 13 dat rept over het briefgeheim, het telefoon- en telegraafgeheim. Weet iemand nog wat een telegram is?

over gaat. Het lijkt in dat soort gevallen soms wel of een rechter überhaupt niet toegerust is om te oordelen in zaken met een technologisch aspect.

De vraag rijst dan of met de technologische ontwikkeling de rechters in hun uitspraken laten merken goed geëquipeerd te zijn voor technologische vraagstukken en het daarbij behorende jargon. In het kader van het thema van deze bundel: rechters onder vuur (hier: van de snelle ICT-veranderingen), wordt in deze bijdrage een poging ondernomen om een antwoord te vinden op de vraag of de motiveringen van rechterlijke uitspraken blijf geven van voldoende kennis en begrip van het gebruik van ICT bij de rechter om zijn of haar oordeel te kunnen legitimeren. Deze vraag heeft een onmiskenbaar empirisch aspect: we duiken dus in de rechtspraak en bekijken motiveringen. Er is ook een normatief aspect: we veroorloven ons een oordeel of het goed genoeg is.

De beoogde omvang van deze bijdrage dwingt ons om selectief te zijn: we hebben ruim 50 uitspraken bekeken. Methodologische zuiverheid vereist dat we ook verantwoorden hoe we die uitspraken geselecteerd hebben. Dat hebben we gedaan op basis van in zekere zin toevallige voorkennis,⁴ in combinatie met wat gezond-verstand-overwegingen over wat de voor een rechter technisch lastige kwesties zijn. En bij wijze van afbakening: het hele gespecialiseerde rechtsgebied met betrekking tot het ICT-contractenrecht is buiten beschouwing gelaten.

De geselecteerde uitspraken hebben we vervolgens in een zevental categorieën ondergebracht. Niet, zoals gebruikelijk, naar rechtsgebied, maar op basis van een door ons bedachte indeling van typering van ICT-kennis. We beginnen met de meest ongelukkige: uitspraken waarin de rechter in de motivering blijf geeft niet echt te snappen hoe het werkt.

2. ONBEGRIP

In *Deutsche Bahn vs. Indymedia*⁵ gaat het om de vraag of het platform Indymedia aansprakelijk is voor een door één van haar gebruikers geplaatste hyperlink naar vermeend onrechtmatig materiaal. De rechter oordeelt dat Indymedia inderdaad aansprakelijk is: 'Doorslaggevend is dat Indymedia het technisch mogelijk maakt en laat de informatie te bereiken. Of dat nu indirect of direct geschiedt is niet van belang.'⁶ Het wrange is dat in het vonnis zelf (namelijk in r.o. 1 sub c) de URL's gegeven worden waar die links naar verwijzen; de rechter verwijst dus zelf ook. Sterker nog, de titel van het litigieuze artikel

4 Alle genoemde uitspraken en vele andere zijn te vinden op www.internetrechtspraak.nl.

5 Rechtbank Amsterdam 20 juni 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE4427.

6 Idem, rechtsoverweging 8.

wordt vermeld,⁷ zodat een eenvoudige ‘cut’ uit het vonnis en ‘paste’ in Google meteen het gewraakte stuk oplevert, ook nog anno 2016.

Dezelfde rechtbank oordeelt in 2008 dat het Polinco-forum als ‘semi-openbaar’ moet worden bestempeld omdat een forum niet ongevraagd informatie op een gebruiker afstuurt.⁸ Gelukkig wordt dit rechtgezet door het hof: er is in casu wel bewust gekozen voor een medium met een groot potentieel publiekbereik; de toegang tot de feitelijke inhoud was vrij en werd niet met een wachtwoord beschermd.⁹ Niets semi-openbaars aan, gewoon openbaar.

In de serie rechtszaken rond de webshop TrendyLaarzen is in het executiegeschil¹⁰ de verhouding tussen een forumbeheerder en diens moderatoren helemaal verkeerd begrepen door de rechter. Het feit dat het gewraakte topic een ‘doorstart’ maakt op andere fora wordt aan de verantwoordelijken voor het oorspronkelijke forum toegeschreven: ‘De vele overeenkomstige posts op de onderscheidenlijke webfora, de aanwezigheid van veelal dezelfde gebruikers en moderators en nota bene het bestaan van een website met een – op de extensie na – identieke domeinnaam (www.internetoplichting.tk), wijzen allemaal in die richting.’¹¹ Moderatoren werken als vrijwilligers in een uiterst los verband voor een forum, en een domeinnaam is zo geregistreerd en behoeft geen instemming of zelfs kennis van een vergelijkbare domeinnaamhouder in een ander top-level-domein. In een volgend geschil wordt dit door een latere rechter met zoveel woorden gezegd: ‘Dat gedaagden hierbij enige betrokkenheid hadden is echter niet aannemelijk gemaakt. Weliswaar heeft de voorzieningenrechter te Haarlem op dit punt anders overwogen, maar de thans beschikbare feiten en omstandigheden geven naar het oordeel van de voorzieningenrechter een ander beeld.’¹² Om eerlijk te zijn gaven de toen beschikbare feiten en omstandigheden ook al een heel ander (namelijk precies tegenovergesteld) beeld.

Ook sociale media zijn steeds vaker onderdeel van een geschil. Een werknemer van Blokker vroeg om een voorschot op zijn salaris, maar kreeg dit niet toegewezen. Gefrustreerd stelde de man tot tweemaal toe hierover zijn kleurrijke vocabulaire op Facebook ten toon. Blokker wenst naar aanleiding van deze uitspraken ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De rechtbank oordeelt dat de arbeidsovereenkomst inderdaad ontbonden dient te worden, maar geeft in de motivering aan dat er op Facebook ‘het risico van re-tweeten’ (sic) is. Hoewel delen op Facebook en ‘retweeten’ op Twitter over het algemeen

7 ‘Kleiner Leitfaden zur behinderung von Bahntransporten aller Art’ en ‘AEG Productinformation’.

8 Rechtbank Amsterdam 2 juni 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD2977, r.o. 3.3.

9 Gerechtshof Amsterdam 23 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4139.

10 Voorzieningenrechter Haarlem 29 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI2823.

11 Idem, rechtsoverweging 4.7.

12 Voorzieningenrechter Amsterdam 2 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ1669, r.o. 5.3.

op hetzelfde neerkomt, komt het wel erg onhandig over dat de rechter spreekt van ‘retweeten’ op Facebook, en de term dan ook nog eens verkeerd spelt. Opmerking bij deze zaak verdient dat de rechter de waarde van Facebook op sociaal vlak wél juist inschat. De werknemer stelde dat zijn Facebook-profiel tot zijn privédoel behoort. De rechter gaat hier niet in mee: de werknemer ‘miskent dat het privé karakter van Facebook betrekkelijk is, zo ook het begrip “vrienden”’. Zeker logisch, nu een Facebook-‘vriend’ van de werknemer Blokker op de hoogte stelde van het ongepaste bericht op het profiel van de werknemer.¹³ Van je Facebook-vrienden moet je het in elk geval niet hebben!

De kracht van het internet moet niet onderschat worden. Als bron van informatie gaat er een zekere soort van autoriteit uit van wat er op internet wordt geschreven. Dit gaat natuurlijk niet voor iedere website op. Een artikel op de website van de overheid zal betrouwbaarder geacht worden dan een Wikipedia-artikel over hetzelfde onderwerp. In een geschil dat voorgelegd werd aan het hof Amsterdam¹⁴ diende te worden bepaald of een bepaalde soort ingevoerde aloë valt onder de Flora- en Faunawet, wat met zich mee zou brengen dat de import ervan illegaal is. Het hof verwerpt het verweer van de raadvrouw – steunend op een deskundigenverklaring van de collectiebeheerder van de Botanische Tuinen te Leiden – ‘onder verwijzing naar na te noemen bronnen op het internet die uit dien hoofde (onderstreping door auteurs) als algemeen bekend worden verondersteld’. Het hof gebruikt in zijn bewijsvoering dan wel een internetbron die als gezaghebbend kan worden gezien, maar maakt door het gebruik van een – wat lijkt op een – ongelukkige woordkeuze het gehele internet tot een te vertrouwen bron waar ook nog eens algemene bekendheid uit dient voort te vloeien. Gelukkig grijpt de Hoge Raad in en maakt korte metten met deze uitspraak.¹⁵ Dat iets op internet staat betekent niet dat het algemene bekendheid geniet, en verder behoeft een feit van algemene bekendheid juist geen specialistische kennis, wat in casu wel het geval was, aldus de Hoge Raad.

Als laatste in deze categorie oordeelt het hof Den Haag¹⁶ ‘dat de door de vader verzochte informatieregeling niet strijdig is met de belangen van de minderjarige en zal dan ook bepalen dat de moeder eenmaal per drie maanden schriftelijke informatie zal sturen aan de vader omtrent de gezondheid van de minderjarige en zijn ontwikkeling, alsmede de schoolresultaten, waarbij kopieën van schoolrapporten worden toegestuurd, alsmede tweemaal per jaar een recente foto van de minderjarige.’ Die door de vader verzochte informatieregeling voorziet in contact via telefoon/Skype. De moeder vertrekt met het

13 Sector kanton rechtbank Arnhem 19 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9483.

14 Gerechtshof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1691.

15 Hoge Raad 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:522.

16 Gerechtshof Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ9504, r.o. 10.

kind naar het buitenland, dus Skype-contact ligt voor de hand. Dan is tweemaal per jaar een recente foto toch niet aan de orde? In een veel eerdere uitspraak had de rechtbank Maastricht geoordeeld dat door de beschikbaarheid van ‘communicatiemiddelen, zoals internet, “MSN”, “Skype” en het gebruik van een webcamera’ de kwaliteit van de omgangsmomenten van de vader met een kind dat naar het buitenland mag verhuizen praktisch onaangetaast blijft.¹⁷

3. MISMATCH TUSSEN TECHNIEK EN REGELS

‘HIJ DOET HET NIET!!!’ Dat is het risico bij het gebruik van apparaten in het algemeen, en zeker ook van computersystemen. Maar wiens risico is het, als ‘ie’ ‘het’ niet doet? In ieder geval niet voor risico van het overheidsorgaan, althans niet in de drie uitspraken die hier besproken worden. Een subsidie-aanvraag die voor 17.00 uur binnen had moeten zijn en om 17.01.18 uur wordt ontvangen is tardief, ondanks een storing bij het eLoket met behulp waarvan die aanvraag ingediend moest worden. Belangrijk daarbij is wel dat de storing alleen in de weg stond aan het verzenden van de aanvraag en niet aan het invullen en gereed maken daarvan.¹⁸ Een andere uitspraak betreft een aanbestedingszaak, waarbij de inschrijving door middel van TenderNed moet gebeuren.¹⁹ Eiseres beweert dat er om 11.10 uur een storing was bij TenderNed maar de printscreen die dat moet onderbouwen wordt afgekeurd omdat op die printscreen het tijdstip 13:56 staat en er niet uit kan worden afgeleid dat die betrekking heeft op de onderhavige aanbestedingsprocedure. En sowieso had eiseres niet tot het allerlaatst moeten wachten met het indienen van de inschrijving – en als je dat wel doet dan komt dat voor eigen risico.

In een geschil over de bezwaartermijn tussen een student en DUO oordeelde de rechter ook dat de kans op een fout verwaarloosbaar klein is: er was voldoende bewijs voor de verzending naar, en ontvangst van het emailbericht op het emailadres van de student.²⁰

Verdachten op wier computer strafbaar materiaal (met name kinderporno) wordt aangetroffen, willen nog wel eens het verweer voeren dat zij werkelijk géén idee hebben hoe die plaatjes en filmpjes op hun computer komen. Misschien is die computer wel gehackt? De rechter maakt daar over het algemeen korte metten mee: ‘De verklaring van verdachte dat zijn computer zou zijn gehackt, vindt ... geen steun in de bevindingen die voortvloeien uit het onderzoek van de politie.’²¹

17 Rechtbank Maastricht 10 augustus 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ5278.

18 College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0204.

19 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 23 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2603.

20 Rechtbank Arnhem 6 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR0662.

21 Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5617.

Het hof Den Haag komt op basis van deskundigenrapporten en een eigen analyse van hoe een blokkade van torrentsite The Pirate Bay door het gebruik van proxy's eenvoudig te omzeilen is tot de conclusie dat die blokkade niet effectief is.²² De Hoge Raad meent, in een eveneens van vertrouwen met de technische kant van de problematiek blijkende motivering, dat 'het enkele feit dat een blokkade wordt of kan worden ontweken, de blokkade nog niet ineffectief maakt.'²³ Over de vraag of het BitTorrent systeem neerkomt op door het auteursrecht verboden mededeling aan het publiek worden prejudiciële vragen gesteld.

Soms lijkt het wel of een partij het technische en juridische inzicht van de rechter onderschat. In een zaak die gaat over inbreuk op auteursrecht op een foto²⁴ stelt eiser dat er sprake is van een nieuwe openbaarmaking door gedaagde. Gedaagde zegt alleen: Nee hoor! Er is sprake van een (hyper)link naar een voor alle internetgebruikers rechtstreeks toegankelijke foto. Rechter: 'Onderbouwing van de stelling dat de foto een link betreft ontbreekt echter volledig. Dit terwijl bij beschouwing van de foto geen uiterlijke kenmerken zichtbaar zijn waaruit kan worden afgeleid dat sprake is van een link.' Dat kan de rechter dus zelf zien. Bovendien zegt eiser er niet bij waar deze foto zich dan zou bevinden. Het criterium, waarvan de rechter zelf zegt dat het problematisch is, maar dat hij het ermee moet doen, is of er sprake is van een nieuw publiek. Dat er geen sprake is van een nieuw publiek kan de rechter zo niet beoordelen – en dus is er sprake van inbreuk.

In een arrest van september 2015 wordt de Hoge Raad²⁵ voor de onmogelijke vraag gesteld of een iPad nou behoort tot de categorie 'telefoon, internet en dergelijke communicatiemiddelen' (art. 15b lid 1 sub f Wet LB) dan wel tot de categorie 'computers en dergelijke apparatuur en bijbehorende apparatuur' (art. 15b lid 1 sub s Wet LB); waarbij dit elkaar uitsluitende categorieën zijn. Nou, zegt de Hoge Raad, een iPad kenmerkt zich 'door zijn veelzijdige inzetbaarheid voor de verwerking en opslag van gegevens, in de vorm van tekst, cijfers, beeld en geluid, het zoeken naar informatie op het internet, en voor ontspanning.' Met andere woorden: doe maar computer.

4. STRAFRECHT: VRIJSPRAAK DOOR TECHNISCHE COMPLICATIES

In het strafrecht neemt de rechter natuurlijk geen risico. Als niet klip en klaar is dat de bewezenverklarde feiten onder een bepaalde delictsomschrijving

22 Gerechtshof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88.

23 Hoge Raad 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307.

24 Sector kanton rechtbank Amsterdam 2 oktober 2015, IEF 15310.

25 Hoge Raad 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2496.

vallen, als de kwalificatie dubieus is, dan moet de rechter oordelen dat het ten-lastegelegde feit niet wettig en overtuigend bewezen is en aldus de verdachte vrijspreken. Een paar voorbeelden.

De rechtbank Amsterdam oordeelde in 2008²⁶ (dus lang voor de Runescape uitspraak van de Hoge Raad, die later in deze bijdrage nog aan bod zal komen)²⁷ dat capaciteit van bandbreedte niet als ‘goed’ in de zin van art. 310 Sr. kan worden aangemerkt.

De politie had kinderpornografisch materiaal aangetroffen op zogenaamde ‘unallocated clusters’ op de harde schijf van de laptop van de verdachte. De rechter legt uit: “Unallocated clusters” zijn niet door het besturingssysteem van de computer benaderbare bestanden. Is dergelijk materiaal opgeslagen op een “unallocated cluster” (UAC) van de harde schijf van een computer, dan is het slechts toegankelijk en zichtbaar te maken met daarvoor geëigende programmatuur, bij gebreke waarvan men naar het oordeel van het hof geen beschikkingsmacht in genoemde zin over de inhoud ervan heeft.’ Dus geen opzet op het bezit van kinderporno, dus vrijspraak.

Uit een andere zaak blijkt dat dat ook geldt voor afbeeldingen in de map ‘thumbs.db’, want:²⁸ ‘De miniatuur afbeeldingen zijn niet “accessible” en niet voorzien van exif data. Het FilePath (of een gedeelte daarvan) van de afbeeldingen is “Mijn documenten/Mijn afbeeldingen/Thumbs.db”. Voornoemde map/bestand “thumbs.db” is niet standaard zichtbaar en alleen visueel inzichtelijk te maken door middel van het aanpassen van de standaard instelling in het besturingssysteem Windows en op het internet vrijelijk en eenvoudig verkrijgbare software welke tevens eenvoudig in gebruik is. De enkele aanwezigheid van afbeeldingen in de niet standaard zichtbare map “thumbs.db” is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende redengevend voor het bewijs van het opzettelijk verwerven etc. van kinderporno. Verdachte heeft ontkend deze afbeeldingen opzettelijk verworven te hebben, hij heeft verklaard dat hij geen verstand heeft van computers.’

Een verdachte heeft een filmpje met beelden van seksuele handelingen van zijn ex-vriendin, naar één andere persoon via WhatsApp gestuurd, en daarbij aangegeven dat het niet verder zou mogen worden verspreid. Uiteraard is dat wel gebeurd. De politierechter oordeelt dat de verdachte niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor die verdere verspreiding, ook al heeft hij wel dat risico genomen. Hij wordt vrijgesproken van smaadschrift en belediging.²⁹

Ben je schuldig aan poging tot inbraak als je aan deuren en ramen rammelt? Nee. Zo ben je ook niet automatisch schuldig aan computervredesbreuk (art.

26 Rechtbank Amsterdam 11 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF0824.

27 Hoge Raad 31 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BQ9251.

28 Rechtbank Den Haag 11 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12788.

29 Rechtbank Almelo 25 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ8542.

138 ab Sr.) als je een website scant op kwetsbaarheden.³⁰ ‘Uit het rapport van de deskundige blijkt dat Pastebin.com – hoewel volgens het reglement niet toegestaan – mede wordt gebruikt door hackers om informatie te delen. Er ontbreekt technisch onderzoek waaruit de rechtbank met voldoende zekerheid kan oordelen dat het excel-bestand en het log-bestand niet inderdaad van Pastebin.com zouden kunnen komen. Zo past de bestandsnaam en het path wel binnen het door de officier van justitie geschetste scenario, maar de verdachte verklaarde op zitting dat hij de bestanden als rar-bestand heeft gedownload van Pastebin.com. Gelet op de uitleg die over het uitpakken en opslaan van dit soort bestanden is gegeven in voornoemd aanvullend proces-verbaal, kan de rechtbank niet vaststellen dat het scenario van de verdachte op dit punt niet juist kan zijn.’ Ergo: vrijspraak.

5. BELANG DAT DOOR WETTELIJKE BEPALING BESCHERMD WORDT

Soms leidt de rechter de interpretatie van een bepaalde wettelijke regel in een bepaald geval af van het belang dat door de wettelijke bepaling beschermd wordt. Een paar voorbeelden.

Een jongen uit Sneek had een virus ontwikkeld en dat virus had zich over de hele wereld verspreid, het zogenaamde Kournikova-virus. Een probleem was dat er geen meldingen waren van schade die door dat virus was veroorzaakt. Vast stond wel dat ‘door het onderhavige computervirus mail-servers konden vastlopen’. In de strafzaak bepaalde de Hoge Raad uiteindelijk:³¹ ‘Voor strafbaarheid op grond van art. 350a, derde lid, Sr is vereist dat het opzet van de verdachte erop is gericht dat de door de verdachte ter beschikking gestelde of verspreide, zichzelf in een geautomatiseerd bestand vermenigvuldigende, gegevens schade kunnen aanrichten. Die uitleg strookt met de tekst van deze bepaling, waarin het begrip “opzettelijk” voorafgaat aan het bestanddeel “bedoeld om schade aan te richten”, terwijl de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten biedt voor de andere opvatting.’

Art. 246 Sr. stelt feitelijke aanranding van de eerbaarheid strafbaar, omschreven als: door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingen tot het plegen of dulden van onttuchtige handelingen. Een verdachte kon heimelijk, via de webcam van door hem gehackte computers, meisjes die zich ontkleedden bespieden. Na een uitgebreide motivering komt de rechtbank tot de conclusie ‘dat het heimelijk aanzetten van de webcam van de slachtoffers en het vervolgens observeren van hen terwijl zij zich, geheel onwetend dat zij begluurd worden, uitkleeden

³⁰ Rechtbank Rotterdam 11 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10047.

³¹ Hoge Raad 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7009.

en geheel of gedeeltelijk naakt zijn, een aantasting is van het recht op seksuele zelfbeschikking waar artikel 246 Sr. op ziet.³²

De volgende motivering van de Hoge Raad behoeft helemaal geen inleiding of toelichting: dat ‘onder het doorbreken van enige beveiliging, zoals bedoeld in art. 138a, eerste lid onder a, (oud) Sr, mede dient te worden verstaan het tegen de wil van de rechthebbende binnendringen in een computer langs een weg die de aanwezige beveiliging niet of onvoldoende afsluit. Daarbij is niet van belang of die opening inherent is aan het systeem of is veroorzaakt door andere “aanvallers”’.³³

Als laatste uitspraak van deze categorie (welk belang wordt door de regel beschermd) noemen we de controversiële uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake *Google Spain vs. AEPD*,³⁴ waarin Google werd gekwalificeerd als verantwoordelijke in de zin van de privacyregels.³⁵ Google moet links naar zoekresultaten verwijderen als de betrokkene kan eisen ‘dat de aan de orde zijnde informatie over hem thans niet meer met zijn naam wordt verbonden via een resultatenlijst die wordt weergegeven nadat op zijn naam is gezocht, zonder dat de vaststelling van een dergelijk recht evenwel veronderstelt dat de opneming van die informatie in de resultatenlijst deze betrokkene schade berokkent.’ Want het gaat om het belang dat deze privacyregels beogen te beschermen: ‘Aangezien de activiteit van een zoekmachine de grondrechten op privéleven en op bescherming van persoonsgegevens dus aanzienlijk kan aantasten, (...), moet de exploitant van deze machine – als persoon die het doel van en de middelen voor deze activiteit vaststelt – in het kader van zijn verantwoordelijkheden, zijn bevoegdheden en zijn mogelijkheden verzekeren dat deze activiteit voldoet aan de vereisten van richtlijn 95/46, opdat de daarin vervatte waarborgen hun volle werking kunnen krijgen en een doelmatige en volledige bescherming van de betrokkenen, en met name van de eerbiediging van hun recht op privéleven, daadwerkelijk tot stand kan worden gebracht.’ Dat daarmee alleen het Europese deel van het internet betroffen is en dat niet geldt voor niet-Europese versies van de zoekmachine, daar rept het Hof niet over.

32 Rechtbank Haarlem 24 juli 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD8449.

33 Hoge Raad 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9287.

34 Hof van Justitie EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

35 Art. 4 lid 1 sub a van richtlijn 95/46, bij ons geïmplementeerd in art. 1 sub d Wet bescherming persoonsgegevens.

6. BEGRIP VAN CULTUUR EN GEBRUIKERSNIVEAU

Rechters gebruiken ook internet. Het hof 's-Hertogenbosch weet dat in beginsel via een chatprogramma als MSN of een ander digitaal netwerk (als Hyves of Facebook) een grotere groep personen, bestaande uit willekeurige derden, bereikt kan worden. Maar dan moet je wel weten (en de politie moet dus uitzoeken) hoe groot de groep van personen is, en hoe die groep is samengesteld.³⁶ Anders kun je niet het kennelijke doel ruchtbaarheid te geven hebben, en dus ook geen smaad (art. 261 Sr.) plegen. Als je daarentegen twintigduizend volgers op je Twitteraccount hebt, dan wil je met je opruiende Tweet een groot publiek bereiken, en dus is dat als openbaar te kwalificeren.³⁷ En als er naast een WhatsApp-bericht twee vinkjes zijn geplaatst dan 'kan zonder meer worden aangenomen dat het bericht succesvol is afgeleverd'.³⁸

De groep gebruikers rond een FXP-board wordt door het hof 's-Gravenhage gekwalificeerd als een criminele organisatie. Immers het doel is 'films zo snel mogelijk te verspreiden. Het gaat er (ook) om wie als eerste een nieuwe release plaatst. Hiermee krijgt deze persoon de meeste punten. Met de oudere "warez" (een verzamelnaam voor auteursrechtelijk beschermd werk dat illegaal wordt verspreid) en als post wordt verwijderd of afgekeurd kreeg men minder punten'.³⁹

De rechter van de rechtbank Noord-Nederland spreekt van 'een ervaringsregel is dat in berichten op internetfora als waldnet.nl de nuance regelmatig ver te zoeken is en dat betwijfeld kan worden of de (anonieme) posters wel altijd over voldoende feitelijke achtergrondinformatie beschikken om hierop hun nog wel eens ongezoeten mening te kunnen baseren. In feite komt een internetforum als waldnet.nl vaak neer op "digitale borrelpraat"'.⁴⁰

En de Hoge Raad weet dat via het internet zeer veel werk te vinden is dat zonder toestemming van de rechthebbenden openbaar is gemaakt.⁴¹ Weet de Hoge Raad dat uit eigen ervaring of is dat een feit van algemene bekendheid, zoals ook de betekenis van de afkorting 'A.C.A.B.' een feit van algemene bekendheid is? Of is het dat niet? Welke zoekmachine zou het hof hebben gebruikt, en op wat voor soort internetsites hebben die treffers dan betrekking?⁴² Misschien is de rechter qua internet-deskundigheid en ervaring wel vergelijkbaar met 'de gemiddelde consument' die een verband legt tussen advertenties en AdWords.⁴³ Het lijkt meer voor de hand te liggen dat een consument een advertentie van een concurrerend merk die verschijnt als hij of zij zoekt op dat

36 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ2450.

37 Rechtbank Gelderland 16 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1746.

38 Rechtbank Groningen 11 juni 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY2140.

39 Gerechtshof 's-Gravenhage 6 april 2013 (Warez), ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6496.

40 Rechtbank Noord-Nederland 3 juli 2013 (Digitale borrelpraat), ECLI:NL:RBNNE:2013:3992.

41 Hoge Raad 3 april 2015 (link naar Playboy foto's), ECLI:HR:2015:841.

42 Hoge Raad 11 januari 2011 (All Cops Are Bastards), ECLI:NL:HR:2011:BP0291.

43 Rechtbank 's-Gravenhage 20 december 2010 (Tempur vs. Energy), IEPT20101220.

merk zal zien als een alternatief product⁴⁴ – of zijn wij nou dom? De ‘maatman’ of ‘maatvrouw’ speelt vooral een rol bij het beoordelen van verwarringsgevaar bij kwesties van (vermeende) merkinbreuk.⁴⁵

7. DE RECHTER LEGT UIT HOE HET WERKT

Deze categorie bevat uitspraken waarin de rechter nauwkeurig uitlegt hoe de techniek in kwestie precies werkt. Soms is deze uitleg ingefluisterd door partijen, soms heeft de rechter het zelf uitgezocht. In ieder geval draagt een duidelijke uitleg bij aan de deugdelijkheid en overtuigingskracht van de motivering.

We zien dit in de eerste plaats bij uitspraken waarin het gaat over geschillen met betrekking tot filesharen en streamen – auteursrecht dus. In één van de zaken tegen The Pirate Bay legt de rechter aan de hand van onbetwiste stellingen van partijen uit hoe het BitTorrent systeem werkt.⁴⁶ Het Hof ’s-Hertogenbosch legt uit wat embedden en streamen inhouden,⁴⁷ en gebruik van Usenet via de FTD-applicatie wordt uitgelegd door de rechtbank Haarlem.⁴⁸

In de tweede plaats gebeurt dit soms bij de motivering van een strafvonnis. Zo wordt uitgelegd hoe de zogenaamde Perkele malware werkt: met een botnet, doorsluizen van SMS-berichten met TAN-codes en moneymules.⁴⁹ En dat meeliften op het WiFi-netwerk van de buurvrouw geen computervredbreuk oplevert volgens het hof ’s-Gravenhage,⁵⁰ maar wel volgens de Hoge Raad.⁵¹

En in de derde plaats: de rechter wordt diverse keren gevraagd zich uit te spreken over bitcoins. De rechtbank Overijssel legt precies uit wat bitcoins zijn en hoe het werkt.⁵²

Tot slot van deze categorie een paar ‘losse’ zaken waarin de rechter zich in de techniek verdiept én dat in de motivering laat zien: als door een technische fout bepaalde content toch weer te zien is op internet, zonder dat dit aan gedaagde verweten kan worden;⁵³ de kwalificatie van e-cards in vergelijking met

44 Onder meer HvJEU 22 september 2011 (Interflora), C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604.

45 Zie bijvoorbeeld gerechtshof ’s-Gravenhage 22 november 2011 (Tempur – Medicomfort), ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6275.

46 Voorzieningenrechter Amsterdam 22 oktober 2009 (The Pirate Bay), ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1067, r.o. 5.7.1 en 5.7.2.

47 Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 12 januari 2010 (MyP2P), IEPT20100112; zie ook Rechtbank Limburg 26 maart 2015 (MyP2P), ECLI:NL:RBLIM:2014:2781.

48 Rechtbank Haarlem 9 februari 2011 (FTD vs. Brein), ECLI:NL:RBHAA:2011:BP3757.

49 Rechtbank Rotterdam 2 oktober 2015 (Perkele malware), ECLI:NL:RBROT:2015:7038.

50 Gerechtshof ’s-Gravenhage 9 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7080.

51 Hoge Raad 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9718.

52 Rechtbank Overijssel 14 mei 2014, IT 1511, r.o. 4.5.

53 Gerechtshof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:170.

ouderwetse offline Ansichtkaarten,⁵⁴ en de rechtmatigheid van onderzoek aan een smartphone.⁵⁵

8. WAAR KOMT 'T FEITELIJK OP NEER

Ten slotte een serie uitspraken waarin duidelijk wordt dat de rechter probeert te duiden waar het gebruik van technologie nou feitelijk op neer komt.

Internet is grensoverschrijdend. Soms is relevant of een bepaalde website zich 'richt' op een bepaald land, bijvoorbeeld als het gaat over vermeende inbreuken op intellectuele eigendomsrechten, zoals merkenrecht,⁵⁶ databankenrecht⁵⁷ en octrooirecht.⁵⁸ Argumenten als top-level domeinnaam, gebruikte taal (echt of slechts 'vertaald' met Google translate), en het vermelden van een Nederlands telefoonnummer kunnen dan een rol spelen. En ook bij elektronische handel kan de gerichtheid van een website relevant zijn.⁵⁹ Zelfs in het strafrecht: bij een opruiend Facebookfilmpje dat vanuit Turkije geüpload is, heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht, omdat openbaarmaking immers ook in Nederland heeft plaatsgevonden.⁶⁰

In het strafrecht is het voor het bewijzen van het ten laste gelegde feit belangrijk dat de begrippen uit een vermeend overtreden wetsartikel goed worden uitgelegd. Dit kan in zaken waar zich erg technische gedragingen voordoen voor problemen bij de rechter zorgen. Want: wanneer is er sprake van diefstal van computergegevens? Is dat pas het geval wanneer de rechthebbende er zelf geen toegang meer toe heeft, of is er ook al sprake van diefstal wanneer er slechts een kopie is gemaakt van de gegevens?

Op het eerste gezicht is het wellicht opmerkelijk dat slechts het volledig onttrekken van de toegang van de rechthebbende tot gegevens als diefstal moet worden bestempeld. Het zijn toch allebei 'gewoon' eentjes en nulletjes waar we het over hebben? In beide gevallen is er sprake van verrijking voor degene die gegevens verplaatst, dan wel kopieert. Toch is het wel logisch dat de Hoge Raad tot deze conclusie komt.

In de zaak van de eerste vraag, de alom bekende RuneScape-zaak,⁶¹ bevestigde de raadsman van de verdachte dat nu het gestolen amulet niet alleen tastbaar noch stoffelijk is, en – in tegenstelling tot elektriciteit, waar de Hoge

54 Voorzieningenrechter Amsterdam 28 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL2371.

55 Rechtbank Limburg 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9128.

56 Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 8 december 2010, IT 179.

57 Hof van Justitie EU 18 oktober 2012, zaak C-173/11.

58 Gerechtshof Den Haag 8 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3339.

59 Hof van Justitie EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09.

60 Rechtbank Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7728.

61 Hoge Raad 31 januari 2012 (Runescape), NJ 2012/536, m.nt. N. Keijzer, ECLI:NL:PHR:2012:BQ9251.

Raad over oordeelde dat het wel als goed dient te worden aangemerkt⁶² – geen waarde in het economische verkeer heeft, niet als goed kan worden aangemerkt. Het is een ‘visuele illusie, bestaande uit *bits* en *bytes*’. Maar de Hoge Raad meent dat er wél sprake is van een goed omdat het goed een reële waarde had en het slachtoffer feitelijke en exclusieve heerschappij had over het goed en door het wegnemen daarvan is getroffen in zijn exclusieve eigendomsrecht.⁶³

In deze casus is het de vraag of het ten laste leggen van diefstal de juiste manier is om het probleem van het afgenomen amulet op te lossen. Was dit aspect (anders dan de bedreiging en mishandeling die ook plaatsvond) van de zaak niet iets wat intern in het spel moest worden opgelost? De Hoge Raad laat met deze uitspraak zien goed te begrijpen dat tegenwoordig ook voorwerpen die alleen digitaal bestaan een grote waarde kunnen hebben voor personen. De vraag is echter of die waarde ook aanwezig is in de ‘echte’ wereld, en of het echte recht zich wel moet bemoeien met wat er in een spel gebeurt.⁶⁴ Aan de andere kant kan deze uitspraak in de toekomst bescherming bieden voor diefstal van andere digitale objecten, waarvan de waarde in de ‘echte’ wereld duidelijker is.

Denk bijvoorbeeld aan software die steeds vaker digitaal wordt aangeschaft. Wat nu als een hacker een schoolnetwerk hackt en toegang verkrijgt tot net aangeschafte softwarelicenties die nog niet zijn geactiveerd? De hacker kan de licenties verkopen voor dumprijzen, de school zit met waardeloze licentiecodes. In dat geval lijkt het rechtvaardig als deze hacker niet alleen voor het hacken wordt bestraft, maar ook voor de diefstal die hij heeft gepleegd door het ‘wegnemen’ van de licentiecodes.

Het wegnemen van de feitelijke en exclusieve heerschappij blijkt een belangrijk criterium bij het bewijzen van diefstal, want in een eerder arrest oordeelde de Hoge Raad dat een systeembeheerder die vertrouwelijke bestanden kopieerde geen diefstal pleegde.⁶⁵ Met de toepassing van het voornoemde criterium is dit geen gekke uitspraak, maar gezien de gevolgen van het kopiëren van vertrouwelijke bestanden is het in serieuze gevallen problematisch te noemen. Geheime gegevens van concurrenten die in verkeerde handen vallen kunnen grote gevolgen met zich meebrengen. Ons onderbuikgevoel zegt bij dit soort zaken dat degene die deze gedraging verrichtte toch iets slechts heeft gedaan.⁶⁶

62 Hoge Raad 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

63 Hoge Raad 31 januari 2012 (*Runescape*), *NJ* 2012/536, m.nt. N. Keijzer, *ECLI:NL:PHR:2012:BQ9251*.

64 Zie Tina van der Linden, *Stealing Masks and Amulets: What's Law Got to Do with It*, *UBC Law Review* 46 (2013): 665.

65 Hoge Raad 3 december 1996, *NJ* 1997/574, m.nt. A.C. 't Hart.

66 Overigens is inmiddels al een derde Wet computercriminaliteit in behandeling bij de Tweede Kamer waarin de heling van computergegevens als zelfstandig delict strafbaar zal worden gesteld. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2015/12/22/wets-voorstel-computercriminaliteit-bij-tweede-kamer-ingediend>.

Toch is het hier logisch dat de computergegevens niet als goed worden bestempeld zodat de tenlastegelegde diefstal niet kan worden bewezen.

De Hoge Raad heeft bij dit arrest namelijk in zijn achterhoofd dat een paar jaar voor deze uitspraak de Wet computercriminaliteit I in werking is getreden waarin computervredebreuk als strafbaar feit is opgenomen (art. 138a Sr.), waarvoor de verdachte dan weer wél kon worden berecht.

De verdachten die een examen te pakken hadden gekregen, het gefotografeerd hadden, op een USB-stick gezet en vervolgens te koop aan hadden geboden konden wél veroordeeld worden voor heling, omdat de digitale afschriften van de weggenomen eindexamenopgaven wel konden worden aangemerkt als een 'goed' in de zin van art. 416 Sr.⁶⁷

Een arrest waarin de Hoge Raad de artikelen die de Wet computercriminaliteit in het leven heeft geroepen niet helemaal lijkt te begrijpen is in het Toxbot-arrest.⁶⁸ De verdachte in deze zaak verspreidde een virus dat de mogelijkheid had de computergebruiker om te leiden naar een door de verdachte ingestelde website. Wilde een slachtoffer bijvoorbeeld internetbankieren, dan werd deze een nepwebsite voorgeschoteld, waarbij inloggegevens voor de bank bij de oplichter terecht kwamen.

Het Openbaar Ministerie legt de verdachte daarom onder andere computersabotage (huidig artikel 161sexies, aanhef en onderdeel 1 Sr) ten laste. Reden hiervoor is dat er een 'gemeen gevaar voor goederen of voor de verlening van diensten te duchten' (art. 161sexies, aanhef en onderdeel 1 Sr.) was.⁶⁹ Een slachtoffer van het virus kon namelijk niet meer correct internetbankieren.⁷⁰

A-G Knigge merkt terecht op, in navolging van het hof, dat het verkeerde artikel ten laste is gelegd. Artikel 161sexies Sr dient namelijk niet ter bescherming van de gebruiker van een dienst via de computer, maar de aanbieder daarvan, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis. In dit geval zijn dat dus de bancaire instellingen of creditcardmaatschappijen.⁷¹ Voor de bescherming van de eindgebruiker is in deze casus bijvoorbeeld het artikel dat 'phishing' strafbaar stelt (art. 326 Sr.) wenselijker om te gebruiken, nu dit artikel juist wel ziet op de gedraging van de verdachte, hetgeen neerkomt op internetoplichting.⁷²

Tegen de conclusie van Knigge oordeelt de Hoge Raad echter toch dat aan de tenlastelegging gebaseerd op artikel 161sexies Sr is voldaan. De Hoge Raad haalt zelfs dezelfde wetsgeschiedenis aan bij het motiveren van zijn oordeel,

67 Gerechtshof Den Haag 3 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3357.

68 Hoge Raad 22 februari 2011, NJ 2012/62, m.nt. N. Keijzer, ECLI:NL:HR:2011:BN9287.

69 Art. 161sexies, aanhef en onderdeel 1 Sr.

70 J.J. Oerlemans en B. Knaaps, 'De Hoge Raad bewijst een slechte dienst in high-tech-crimezaak over botnets', *NJB* 2011/914.

71 Parket bij de Hoge Raad 11 februari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BN9287.

72 J.J. Oerlemans en B. Knaaps, 'De Hoge Raad bewijst een slechte dienst in high-tech-crimezaak over botnets', *NJB* 2011/914.

maar komt daarbij tot het oordeel dat volgens de tekst en wetsgeschiedenis geen onderscheid wordt gemaakt tussen computers van dienstverlenende instellingen (die door het virus niet zijn geschaad of verstoord) en computers van de afnemers van diensten.

9. CONCLUSIE

Onze vraag was of rechters voldoende benul van ICT hebben om een goed oordeel te kunnen geven. We hebben een breed scala aan uitspraken bekeken: van kantonrechter tot het Europese Hof van Justitie, over allerlei rechtsgebieden, uit de beginjaren van het internet tot nu. We zien een enkele tenenkrommende uitspraak, een paar uitspraken waar vraagtekens bij gezet kunnen worden – maar verreweg de meeste uitspraken kunnen, gelukkig, de toets der kritiek glansrijk doorstaan.

Uit onze selectie blijkt dat juist de technologisch gecompliceerde kwesties in het algemeen goed worden begrepen. Verklaringen hiervoor kunnen zijn dat partijen zelf uitleg geven over de kwestie, en dat rechters bij zaken waar ze zeker geen weet van hebben eerder geneigd zijn zelf research te doen. Bij minder gecompliceerde zaken ligt het gevaar op de loer dat partijen de technologie in kwestie vanzelfsprekend vinden en dus niet uitleggen, en rechters op hun beurt te gemakkelijk zijn met de beoordeling of zij iets begrijpen, en aan zoeken naar meer informatie ten onrechte geen behoefte hebben.

Discussie kan nog worden gevoerd over het punt of het überhaupt toelaatbaar is dat er ‘rotte appels’ tussen de uitspraken over technologische onderwerpen zitten. De rechter is er om geschillen op te lossen, en dat lukt niet wanneer er door rechters op basis van verkeerde veronderstellingen rond de werking van technologie wordt geoordeeld. Gelukkig is er, blijkt uit de behandelde selectie van uitspraken, geen reden om ons zorgen te maken; in de behandelde gevallen waarin een rechter het niet helemaal begrijpt is er altijd nog een herkansingsmogelijkheid bij een hogere rechter, of is de uitleg van een technologisch begrip van zodanig ondergeschikt belang dat een verkeerde uitleg – hoewel onwenselijk – geen wezenlijk verschil brengt in de einduitspraak.

Dan kan wel gesteld worden dat het herkansen als oplossing voor een verkeerde uitspraak afdoet aan het uitgangspunt dat een uitspraak zorgvuldig moet worden gedaan, en bij onzekerheid niet op de koop moet worden genomen dat het wel goed zal zijn, en bij een verkeerde uitleg dat dit (de) partij(en) in grote onvrede kan laten.

Om de open deur uit de inleiding toch nog maar even aan te halen: ‘het internet is niet meer uit de huidige samenleving weg te denken’. Met dat in het achterhoofd is het wenselijk rechters bij te scholen over de basis van het internet en moderne technologie, denk hierbij aan sociale media, de invloed van

internet en smartphones. Om rechters daarin niet te overspoelen met onnodig gecompliceerde, of bij ‘doorsnee zaken’ irrelevante informatie zou bij zaken waarbij bijvoorbeeld de werking van een gecompliceerd systeem de voorlichting van de rechter over dit soort informatie de taak moeten zijn van de partijen en gespecialiseerde deskundigen.

Of rechters zelf goed op de hoogte zijn, zich laten informeren door partijen of deskundigen, of door hun gespecialiseerde gerechtssecretarissen, kunnen we zonder verder onderzoek niet vaststellen. De vaak gehoorde verzuchting dat het recht de technologische ontwikkelingen niet zou kunnen bijbenen, en rechters al helemaal niet, blijkt niet empirisch gestaafd te kunnen worden. Over het algemeen doen rechters het prima. Rechters liggen onder vuur, maar deze kogels missen hun doel.

CRISIS IN DE CONSTITUTIONELE RECHTSPRAAK

Jeroen Kiewiet en Jacobien van Dorp

1. INLEIDING – ON(DER)BEPaaldHEID IN HET CONSTITUTIONELE RECHT

De moderne rechtstheorie is al tijden – en in elk geval sinds het verschijnen van H.L.A. Harts *The Concept of Law* in 1961 – in de ban van de begrippen *onbepaaldheid* en *onderbepaaldheid* van het recht. Onbepaaldheid en onderbepaaldheid zien op de mate waarin de uitkomst in een concrete zaak wordt bepaald door het recht.¹ Als het recht geheel niet de uitkomst bepaalt, is sprake van onbepaaldheid. Van onderbepaaldheid is sprake als de uitkomst *gedeeltelijk* door het recht bepaald wordt. Harts stelling in *The Concept of Law* luidt dat het recht gedeeltelijk bepaald is: elke rechtsregel bevat een kern van bepaaldheid ('the core of certainty'), maar heeft tevens een rafelrand waarin het recht onbepaald is ('the penumbra of doubt'). Hart verdedigt dus de stelling dat het recht *onderbepaald* is, want gedeeltelijk bepaald en gedeeltelijk onbepaald.

In de Nederlandse rechtstheoretische discussie is het begrip 'rechtsvinding' gebruikelijker voor de problematiek die in het internationale debat met onbepaaldheid of onderbepaaldheid wordt aangeduid.² Het begrip 'rechtsvinding' is pas door de civilist Paul Scholten op de kaart gezet,³ maar is buiten het privaatrecht om ook in de strafrechtwetenschap een veelgebruikt begrip.⁴ Opmerkelijk is dat de rechtsvindingsproblematiek *gemonopoliseerd* lijkt door de privaatrecht- en strafrechtwetenschap.⁵ Het perspectief is steeds vanuit de *rechter* die het recht 'vindt'. Toch is de rechtsvindingsproblematiek geenszins tot het privaatrecht of strafrecht beperkt. Integendeel, de rechtsvindingsproblematiek is bij uitstek aan de orde in het constitutionele recht, maar vindt daarin weinig

1 L.B. Solum, 'Indeterminacy' in: D.M. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden [etc.]: Wiley-Blackwell, 1999, 488-502, p. 488 e.v.

2 Wij kiezen in deze bijdrage, in navolging van Hart, voor onderbepaaldheid in plaats van onbepaaldheid.

3 Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 1974, p. 7-12.

4 O.a. K.N. Rozemond, *Strafvordelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1998; E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht* (diss. Leuven), Leuven: Universitaire Pers 2003.

5 Uitzonderingen daargelaten, zoals R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1991.

erkenning. Tevens hoeft de problematiek niet uitsluitend vanuit het perspectief van de rechter te worden gezien, maar dient juist vanuit het perspectief van alle deelnemers aan het rechtssysteem – dus ook wetgever en bestuur – gezien te worden. Kenmerkend voor de – nog steeds actuele – stand van zaken is Damiaan Meuwissen's verzuchting in het voorwoord bij de tekstenverzameling *Grondwet en Grondwetsherziening*:

‘Toch kan men niet volhouden dat deze problematiek [van constitutionele rechtsvinding, JK & JvD] in het centrum van de staatsrechtelijke belangstelling staat. De vragen rond de uitleg van de grondwet en de constitutionele rechtsvinding zijn in ons land lange tijd verwaarloosd. Het is niet moeilijk daarvoor enige oorzaken aan te wijzen. In de eerste plaats reeds het vrijwel ontbreken van constitutionele rechtspraak (wanneer we afzien van het zg. Meerenbergerarrest uit 1879 en van jurisprudentie over de grondrechten).’⁶

Meuwissen onderscheidt twee oorzaken voor de geringe hoeveelheid constitutionele rechtspraak. De eerste oorzaak is volgens hem het zogenaamde toetsingsverbod (het verbod wetten in formele zin aan de Grondwet te toetsen, volgend uit artikel 120 van de Grondwet) en een tweede oorzaak de ‘pragmatisch-positivistische wijze’ van staatsrechtbeoefening.⁷ Het is zeker juist dat het toetsingsverbod in vergelijking met het buitenland waar wel toetsing van wetten in formele zin aan de grondwet is toegestaan en er gespecialiseerde constitutionele hoven zijn tot een gering aantal constitutioneelrechtelijke uitspraken heeft geleid. Maar op de keper beschouwd, is er heel wat meer constitutioneelrechtelijke jurisprudentie dan het Meerenberger-arrest en de grondrechtenjurisprudentie te noemen. Want constitutionele rechtspraak is niet, zoals ook Meuwissen aanvaardt, uitsluitend aan constitutionele hoven voorbehouden. In het eerste deel van deze bijdrage zullen drie voorbeelden van constitutioneelrechtelijke jurisprudentie worden besproken die elk voor zich de onderbepaaldheid van het constitutionele recht aantonen, waarbij het laatste voorbeeld aan de grondrechtenjurisprudentie raakt.

Aan de hand van de drie casus wordt in deze bijdrage aangetoond dat constitutionele onderbepaaldheidsproblemen in veel gevallen niet als zodanig op het eerste gezicht herkenbaar zijn omdat zij door rechters veelal *verhuld* worden. We zullen bij de bespreking van de uitspraken niet of nauwelijks ingaan op de vraag hoe er op niet-verhullende wijze geargumenteed had kunnen worden omdat, zoals we in de loop van deze bijdrage zullen vaststellen, rechters veelal

6 D.H.M. Meuwissen, ‘Voorwoord’, p. XI-XXII, in: P.W.C. Akkermans, P.J. Boukema & D.H.M. Meuwissen, *Grondwet en Grondwetsherziening. Tekstenverzameling*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1984, p. XV.

7 Meuwissen 1984, p. XV. Deze tweede oorzaak die Meuwissen voor de geringe constitutioneelrechtelijke jurisprudentie noemt, laten we in deze bijdrage buiten beschouwing.

niet ontkomen aan verhullend argumenteren in constitutionele rechtspraak. In de tweede paragraaf worden de diverse redenen besproken die er zijn om, met Jan Vranken te spreken,⁸ verhullend te argumenteren. Na de analyse van het verschijnsel van verhullend argumenteren zullen we in de derde paragraaf met behulp van de notie van paradigma's uit de wetenschapsfilosofie de oorzaak van het verhullend argumenteren verhelderen. In de vierde paragraaf zullen we de oplossing voor het verhullend constitutioneelrechtelijk argumenteren aanreiken door een lans te breken voor de taak die de rechtswetenschap heeft om begrippen te bouwen. We zullen betogen dat door de taalfilosofie van de latere Wittgenstein de constitutionele rechtswetenschap de noodzakelijke impuls krijgt om een beter begrippenapparaat te ontwikkelen. In de conclusie zullen we ons uitspreken over wat verbeterd moet worden in de constitutionele rechtspraak en rechtswetenschap.

2. DRIE CONSTITUTIONEELRECHTELIJKE *HARD CASES*

Drie rechterlijke uitspraken gebruiken wij ter illustratie van de stelling dat rechters in het constitutionele recht verhullend argumenteren. Achtereenvolgens bespreken wij het Harmonisatiewet-arrest, het Arbeidskostenforfait-arrest en de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 5 april 2004 (Kabelnet II).⁹

2.1. Harmonisatiewet-arrest

De eerste uitspraak die de stelling van het verhullend constitutioneelrechtelijk argumenteren illustreert is het Harmonisatiewet-arrest. In deze bekende zaak zag het principaal cassatieberoep op toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel, neergelegd in artikel 43 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. In dat artikel wordt in het eerste lid aan alle landen van het koninkrijk de 'zorg voor de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur' opgedragen. Nu luidden de rechtsvragen of de bepalingen in de Harmonisatiewet – een wet in formele zin – aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbeginselen en aan het Statuut, en in het bijzonder artikel 43, eerste lid, Statuut, getoetst mochten worden. De Hoge Raad wees toetsing aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbeginselen af onder verwijzing naar artikel 49 van het Statuut. Deze

8 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* ***. Een Vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 28.

9 Voor de inspiratie om het Harmonisatiewet-arrest te bespreken zijn we dank aan Joseph Fleuren (Radboud universiteit Nijmegen) verschuldigd. Wat betreft het Arbeidskostenforfait-arrest en de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 5 april 2004 (Kabelnet II) gaat onze dank uit naar Frank Vlemminx (Tilburg Universiteit), die in zijn vak Grondrechten deze uitspraken onder de aandacht van studenten en mededocenten heeft gebracht en op wiens uitleg van deze jurisprudentie onze bespreking sterk berust.

bepaling stelt dat bij rijkswet regels kunnen worden gesteld ‘omtrent de verbindendheid van wetgevende maatregelen, die in strijd zijn met het Statuut, een internationale regeling, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur.’ Daarop stelt de Hoge Raad dat een dergelijke rijkswet ontbreekt en derhalve toetsing van de wet in formele zin niet toegestaan is. In rechtsoverweging 4.2 stelt de Hoge Raad dat vooropgesteld moet worden

‘dat ten tijde van de totstandkoming van het Statuut gold dat wetten niet mochten worden getoetst aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen en dat zulks wezenlijk was voor de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel.’

Bij deze passage over de ‘traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’ gaan de alarmbellen rinkelen. Wat is die ‘traditionele plaats’ en hoe kan ‘traditie’ – ‘de traditionele plaats’ – een geldig constitutioneelrechtelijk argument zijn? Een traditie – het *overdragen* van een gebruik van de ene op de andere generatie – heeft in het constitutionele recht weinig overtuigingskracht.¹⁰ De Hoge Raad vervolgt in dezelfde rechtsoverweging als hierboven geciteerd:

‘Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat men bij de totstandkoming van het Statuut daarin een dergelijke toetsing zou hebben willen invoeren. Daarom is voor een bevestigende beantwoording van evenbedoelde vraag slechts plaats indien de tekst van het Statuut dan wel de officiële toelichting of de geschiedenis van zijn totstandkoming ondubbelzinnig in die richting wijzen.’

De Hoge Raad stelt in rechtsoverweging 4.3 dat een bevestigend antwoord op die vraag ‘geenszins het geval’ is. De Hoge Raad voert geen bronnen aan ter onderbouwing van deze bewering. Dit tweede argument om niet aan het Statuut te toetsen, is een open uitnodiging aan de rechtswetenschap om de totstandkoming van het Statuut erop na te slaan. Joseph Fleuren heeft zich de moeite getroost om die totstandkomingsgeschiedenis te reconstrueren en komt tot de tegenovergestelde conclusie van de Hoge Raad. Fleuren betreft de stelling dat de ‘historische argumenten en veronderstellingen waarmee de Hoge Raad deze oordelen onderbouwt, zijn [...] grotendeels wets- en rechtsgeschiedenis van de kouwe grond.’¹¹ In het Harmonisatiewet-arrest wordt vol-

10 Het argument van ‘traditie’ kan in het constitutionele recht nooit doorslaggevend zijn. De ‘traditionele plaats in ons staatsbestel’ van de koning was in een groot deel van de 19^e eeuw die van soeverein vorst, die over een omvangrijke regelgevende bevoegdheid beschikte. De Hoge Raad brak met die *traditie* op 13 januari 1879 in het Meerenberg-arrest tot vreugde van velen (o.a. H. Krabbe, *Administratieve rechtspraak*, Groningen: Wolters 1901, p. 13; p. 90).

11 Fleuren 2012, p. 15.

gens Fleuren de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening van 1953 door de Hoge Raad verkeerd uitgelegd.¹² Het is nooit de opvatting van de regering geweest om in het (huidige) artikel 94 Grondwet een uitzondering op het toetsingsverbod in het leven te roepen.¹³ Fleuren demaskeert de exercitie van de Hoge Raad. In plaats van een uitspraak te doen die aansluit bij ‘de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’ wordt die traditionele plaats van de rechter in deze uitspraak in het leven geroepen. De traditie om niet te toetsen krijgt met deze uitspraak pas gestalte.¹⁴ Uit het (huidige) artikel 120 Grondwet wordt een breed toetsingsverbod afgeleid: aan elke hogere rechtsregel – zowel het Statuut als ongeschreven (fundamentele) rechtsbeginselen – is toetsing niet toegestaan, terwijl de Hoge Raad in deze uitspraak juist de keuze had om de traditie van toetsing gestalte te geven.

Van Maarseveen wijst met de titel ‘Een politiek verstandig, maar niet wijs arrest’ van zijn commentaar op het Harmonisatiewet-arrest op het dilemma waarvoor de Hoge Raad staat. De belangrijkste beweegreden van de Hoge Raad was het herstel van de verstoorde verhouding met de wetgever, derhalve een politiek verstandig arrest. Maar de Hoge Raad laat niet na om strijd met het rechtszekerheidsbeginsel vast te stellen om aan de andere kant de burger die voor effectieve rechtsbescherming bij de rechter aanklopt niet volledig in de kou te laten staan. In de woorden van Van Maarseveen:

*‘Met die beslissing geeft de HR de formele wetgever tegelijk een tik en een aai: u wetgever beging onrecht maar ik zal uw beslissing formeel redden. Daar was enige argumentatie-acrobatiek voor nodig.’*¹⁵

De ‘argumentatie-acrobatiek’ van de Hoge Raad ziet onzes inziens niet alleen op het laveren – het proberen te sparen van de kool en de geit – tussen de wetgever en effectieve rechtsbescherming van de burger. Wezenlijker is het verdonkeremanen van de beslissing om het toetsingsverbod uit te breiden tot het Statuut en het toetsingsverbod aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbeginselen, dat enkele jaren daarvoor met betrekking tot lagere wetgeving, niet-afkomstig van de formele wetgever, in het Landbouwwliegers-arrest was aangenomen, te bekrachtigen.¹⁶ In plaats van die *keuze* om niet te toetsen als zodanig te presenteren, bedient de Hoge Raad zich van een formule – ‘de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’ – die, zoals door Fleuren aangetoond, vrijwel betekenisloos is.

12 Fleuren 2012, p. 26.

13 Fleuren 2012, p. 26.

14 Fleuren 2012, p. 27.

15 Henc van Maarseveen, ‘Een politiek verstandig, maar niet wijs arrest’, *NJB* 22 april 1989, p. 149. Onze cursivering.

16 Hoge Raad 16 mei 1986, *NJ* 1987/251.

2.2. Arbeidskostenforfait-arrest

Het Arbeidskostenforfait-arrest is een tweede illustratie van verhullend constitutioneelrechtelijk argumenteren.¹⁷ In die zaak ging het om een fiscale maatregel die in een wet in formele zin was neergelegd. Eveneens als in het Harmonisatiewet-arrest gaat het om toetsing van de wet in formele zin aan hogere normen. Concreet ging het om de schending van het discriminatieverbod, neergelegd in artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR. In plaats van de ‘traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’ uit het Harmonisatiewet-arrest is de Hoge Raad gaan spreken over de ‘formule van de rechtsvormende taak’.¹⁸ In het Arbeidskostenforfait-arrest gaat het om de vraag of de rechter zelf een regeling mag opstellen als vastgesteld is dat verdragsbepalingen zijn geschonden. In rechtsoverweging 3.14 stelt de Hoge Raad de schending van de verdragsbepalingen vast, maar ziet af van het treffen van een regeling:

‘Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.’

De ‘gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ staan dus volgens de Hoge Raad in de weg van het opstellen van een oplossing door de rechter. Bij de bespreking van het Harmonisatiewet-arrest werd duidelijk dat de Hoge Raad zelf die staatsrechtelijke verhoudingen ‘geeft’. De rechter zal zelf, zo stelt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.15, in het rechtstekort voorzien als een evidente uitkomst in het verschieft ligt op grond (van het stelsel) van de wet en de daarbij behorende wetsgeschiedenis en onderliggende rechtsbeginselen. Als er echter een keuze gemaakt moet worden omdat verschillende oplossingen mogelijk zijn en die keuze een beleidskeuze of een rechtspolitieke keuze is, moet de rechter die keuze aan de wetgever overlaten. Uitzondering is als de wetgever nalaat om zelf een regeling te treffen; dan is de rechter wél aan zet.

De afweging die in deze uitspraak aan de orde is, bevindt zich in hetzelfde spanningsveld als het Harmonisatiewet-arrest: aan de ene kant van het spanningsveld de terughoudendheid die de rechter vanwege zijn staatsrechtelijke positie ten opzichte van de wetgever zou moeten betrachten en aan de andere kant van het spanningsveld de effectieve rechtsbescherming van de burger. Vlemminx bespreekt zowel het Harmonisatiewet-arrest als deze uitspraak kritisch. Kortgezegd luidt zijn kritiek dat de Hoge Raad wederom zelfbeperking

¹⁷ Hoge Raad 12 mei 1999, *BNB* 1999/271.

¹⁸ S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, p. 747-758; J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepaling van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 349-367.

betracht die nadelig voor de rechtszoekende burger uitpakt.¹⁹ Ook de ‘formule van de rechtsvormende taak’ verhult net zoals de ‘traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel’ uit het Harmonisatiewet-arrest dat deed: een beroep op de ‘gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ geeft niet prijs wat die staatsrechtelijke verhoudingen zijn en waarom daaruit voor de rechter een terughoudende opstelling zou voortvloeien.

2.3. Kabelconflict II

Deze laatste uitspraak van het drieluik ter illustratie van het verhullend constitutioneelrechtelijk argumenteren is een uitspraak van de rechtbank Den Haag waarin het onderscheid tussen instructienormen en waarborgnormen een belangrijke plaats inneemt.²⁰ Het vonnis gaat over een overeenkomst waarin door de gemeente tariefbeperkingen zijn opgenomen aan het gebruik van het kabelnet. Deze tariefbeperkende bepalingen, zo stelt de gedaagde kabelexploitant, weergegeven in rechtsoverweging 3.2, zouden strijd opleveren met artikel 7, tweede lid, van de Grondwet omdat sprake is van een gemeentelijk inmenging aangaande de beperking van de tarieven die de kabelexploitant in rekening zal brengen bij de afnemers en daarom kan het programma-aanbod worden beïnvloed. Voor zo’n inmenging is volgens de kabelexploitant een specifieke wettelijke grondslag nodig want artikel 7, tweede lid, eerste volzin, van de Grondwet luidt: ‘De wet stelt regels omtrent radio en televisie.’

Opmerkelijk is dat de rechtbank bij de beoordeling van het verweer overgaat tot het maken van onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten. Het eerste lid van artikel 7 van de Grondwet is volgens de rechtbank in rechtsoverweging 3.3 een klassiek grondrecht; ten aanzien van het tweede lid stelt de rechtbank vast dat de meningen uiteenlopen of dit een klassiek of sociaal grondrecht is. Als de geciteerde eerste volzin als *sociaal* grondrecht aan te merken is, moet deze als *instructienorm* worden aangemerkt. Consequentie daarvan zou zijn dat beperking niet, zoals bij klassieke grondrechten bij wet in formele zin moet zijn, maar dat, zoals de rechtbank in de eerder aangehaalde rechtsoverweging stelt, er ‘ruimte voor autonome beperkingen door een lagere overheid’ mogelijk is, wat zou betekenen dat de tariefbeperking door de gemeente aan de kabelexploitant opgelegd mag worden. De rechtbank stelt dat er sprake van een instructienorm is want dit zou, aangedragen namens de eiseres door A.W. Hins, blijken uit de parlementaire geschiedenis.

19 Frank Vlemminx, ‘Constitutionele creativiteit en rechterlijke zelfbeperking’, *NJB* 2014, p. 1180-1186, p. 1186. Bovendien is volgens Vlemminx de suggestie van de Hoge Raad in het Arbeidskostenforfait-arrest onjuist dat er verschillende oplossingen zijn; het fiscale voordeel had ook aan de benadeelde groep moeten toekomen, Vlemminx 2014, p. 1184.

20 Rechtbank ‘s-Gravenhage (Voorzieningenrechter) 4 april 2014, *AB* 2004/209.

Om een aantal redenen is er sprake van een opvallende, verhullende, argumentatie. In de eerste plaats wordt er enerzijds beroep gedaan op de parlementaire geschiedenis. De status van sociaal grondrecht van het tweede lid van artikel 7 die de rechtbank aanneemt, is opmerkelijk, terwijl anderzijds diezelfde parlementaire geschiedenis alleen de huidige artikelen 18 t/m 22 tot sociale grondrechten bestempelde.²¹ De huidige artikelen 1 t/m 17 zijn dus geen sociale grondrechten. Kennelijk hanteert de rechtbank hier een ander – *materieel* – criterium dat inhoudt of er in het geval van klassieke grondrechten sprake is van een negatieve verplichting en bij sociale grondrechten een positieve verlichting tot beleidsvorming. We tasten in het duister waarom de rechter voor dit materiële criterium kiest.²²

De rechtbank koerst in deze uitspraak volledig op wat namens de gedaagde over de parlementaire geschiedenis over het tweede lid van artikel 7 wordt gesteld. Annotator Vermeulen stelt dat uit de parlementaire geschiedenis nergens blijkt dat de eerste zin van het tweede lid van artikel 7 geen subjectief recht *waarborgt*; uit niets blijkt dat er sprake van een instructienorm zou moeten zijn. Evenmin blijkt volgens Vermeulen dat autonome decentrale regelgeving, zoals de rechtbank aanneemt, mogelijk zou moeten zijn; de grondwetgever heeft dat aan (rechterlijke) interpretatie overgelaten. En die interpretatie zou volgens Vermeulen gezien de opmerkingen in de parlementaire geschiedenis moeten luiden dat delegatie aan lagere overheidsorganen niet op grond van hun autonome bevoegdheid is toegestaan;²³ in artikel 7, tweede lid, moet juist geen instructienorm gelezen worden die het toe zou laten dat lagere regelgevers aanvullende *bepalingen* aan de burger opleggen; de instructienorm ziet er juist op dat er door lagere regelgevers aanvullende *bescherming* aan de burgers wordt gegeven.

Een andere reden waarom de argumentatie van de rechtbank niet overtuigt, is het beroep op instructienormen. De regering zag bij de grondwetsherziening van 1983 instructienormen als positieve verplichtingen tot beleidsvoering, waarbij er een ruime beleidsmarge voor het betreffende overheidsorgaan is. Waarborgnormen daarentegen konden worden beschouwd als de ‘eigenlijke rechtsnormen’ die grondslag voor rechtspraak zijn.²⁴ De ruime beleidsvrijheid die de overheid heeft als er sprake van instructienormen is, zoals in het geval van sociale grondrechten, sluit rechterlijke toetsing vrijwel geheel uit. Reeds

21 *Algehele grondwetsherziening, Deel Ia Grondrechten*, Den Haag 1979, p. 252-253.

22 Het gaat ons hier om het ontbreken aan argumentatie. Te bepleiten is dat ook in de artikelen 18 t/m 22 (elementen van) klassieke grondrechten te bespeuren zijn en dan met name in artikel 18 Grondwet.

23 De vraag is hoe sterk Vermeulens argument op (slechts) de parlementaire geschiedenis is; de grondwetgever heeft zich immers niet in de Grondwet over deze kwestie uitgesproken.

24 Krabbe 1911, p. 415.

aan het begin van de 20^e-eeuw werd in de context van de invoering van bestuursrechtspraak betwijfeld of dit onderscheid houdbaar is.²⁵ Met onverholen sarcasme merkt Krabbe over deze onderscheiding op:

‘Deze onderscheiding is de fameuze tegenstelling tusschen waarborg- en instructienormen, waarvan het criterium nog altijd onvindbaar is.’²⁶

In het vonnis van de rechtbank wordt gedaan alsof het onderscheid tussen waarborg- en instructienormen glashelder zou zijn en dat de opmerkingen die tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7 van de Grondwet gemaakt zijn over het tweede lid van die bepaling als ‘instructienorm’ zonder meer duidelijk en dwingend zouden zijn. De bespreking van dit vonnis heeft laten zien dat met een verhullend beroep op de vermeende parlementaire geschiedenis de rechtbank volledig voorbij gaat aan de, zoals Vermeulen overtuigend laat zien, meer voor de hand liggende en beter verdedigbare interpretatie van artikel 7, tweede lid, van de Grondwet.

3. VERHULLEND CONSTITUTIONEELRECHTELIJK ARGUMENTEREN

Wat hebben de motiveringen van de rechters in de drie bovengenoemde uitspraken gemeen? De ware argumenten worden *verhuld* in nietszeggende formules, zoals in het Harmonisatiewet-arrest en Arbeidskostenforfait-arrest, of er wordt blind gekoerst op parlementaire geschiedenis of er wordt een beroep op controversiële leerstukken gedaan, zoals in het vonnis van de rechtbank Den Haag. Het constitutioneelrechtelijke probleem dat de rechter moet oplossen, wordt niet openlijk genoemd. Maar het niet noemen van het constitutioneelrechtelijke probleem wil niet zeggen dat het er niet is. De notie van verhullend argumenteren is, zoals in de inleiding reeds opgemerkt, afkomstig van Jan Vranken. In het derde *Algemeen deel* van de Asser-serie bespreekt Vranken vier redenen die met elkaar samenhangen waarom in een *civil law*-stelsel, zoals het Nederlandse, verhullend wordt geargumenteed. Zijn analyse van verhullend argumenteren en de redenen waarom er verhullend geargumenteed wordt, hebben betrekking op de civiele rechtspraak en in het bijzonder de cassatierechtspraak. Als we Vrankens redenen voor verhullend argumenteren vergelijken met de besproken constitutioneelrechtelijke jurisprudentie zullen we zowel op overeenkomsten als verschillen stuiten. Maar overwegend zal zijn dat de notie van verhullend argumenteren als zodanig veel inzicht oplevert waarom rechters het niet kunnen nalaten om zich van vage, nietszeggende, argumentatie te bedienen.

25 Krabbe 1901, p. 23 e.v.; Krabbe 1911, p. 414 e.v.

26 Krabbe 1911, p. 415.

Vranken eerste reden voor verhullend argumenteren is het *regelkarakter* van het recht.²⁷ Recht bestaat uit regels en casusoplossing moet volgens Vranken gericht zijn op veralgemening.²⁸ De tweede reden is de vergaande mate van *codificatie* van het burgerlijk recht, zowel wat betreft structuur als inhoud.²⁹ Het beginpunt van casusoplossing is steeds het wetboek; daarna volgen rechtspraak en literatuur.³⁰ De derde reden is de *historische oriëntatie*. Codificerende wetgeving is het resultaat van het verleden. Maar ook bij niet-codificerende wetgeving moet de rechter de keuzen respecteren die de wetgever heeft gemaakt; de afweging tussen voor- en nadelen van de wetgever moet door de rechter gevolgd worden.³¹ Wél moet een regel of precedent *geactualiseerd* worden. Daaronder verstaat Vranken dat met het oog op een onvoorziene situatie of een veranderde maatschappelijke opvatting aanpassing nodig is.³² Een vierde reden om verhullend te argumenteren is dat nieuwe oplossingen gemakkelijker in het systeem kunnen worden ingepast.³³ Deze vierde reden hangt samen met de eerste reden: het *regelkarakter* van het recht. Vranken lijkt het voor het privaatrecht kenmerkende sterk ontwikkelde begrippensysteem voor ogen te hebben: nieuwe oplossingen dienen in dat begrippensysteem – zoals onder ‘redelijkheid en billijkheid’ – geplaatst te worden. In de rechtspraak worden zelden nieuwe algemene begrippen geïntroduceerd, hoe nuttig dat volgens Vranken ook zou kunnen zijn.³⁴

De eerste uitspraak, het Harmonisatiewet-arrest, was vooral een illustratie hoe een rechtspolitieke keuze om niet aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbegrippen en het Statuut te toetsen, verhuld werd door een historisch argument te fingeren. In het Arbeidskostenforfait-arrest werd de in het Harmonisatiewet-arrest ingeslagen weg bewandeld: verdragsschending betekent niet dat de rechter zelf tot een regeling mag overgaan. Alleen als de rechter de wetgever niet in de wielen rijdt omdat er geen beleidskeuze is te maken of als de wetgever nalaat een regeling op te stellen, is dit toegestaan. Het argument is de formule van de rechtsvormende taak van de rechter die de formule van de traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel uit het Harmonisatiewet-arrest vervangt. De uitspraak van de rechtbank Den Haag in Kabelconflict II ten slotte illustreert hoe het tweede lid van artikel 7 Grondwet wordt gekwalificeerd als ‘instructienorm’ waardoor er geen beperking aan de bepaling in de wet in formele zin hoeft te zijn en rechterlijke toetsing vanwege de hoge mate

27 Vranken 2005, p. 43.

28 Vranken 2005, p. 44.

29 Vranken 2005, p. 44.

30 Vranken 2005, p. 44.

31 Vranken 2005, p. 45.

32 Vranken 2005, p. 45.

33 Vranken 2005, p. 46.

34 Vranken 2005, p. 46.

van beleidsvrijheid beperkt zal zijn. Een beroep bij de rechter op het tweede lid is derhalve voor de rechtszoekende vrijwel betekenisloos.

Leggen we nu Vrankens redenen voor verhullend argumenteren naast de drie casus. Wellicht de belangrijkste reden voor verhullend argumenteren – expliciet bij de eerste reden en vierde reden, maar impliciet bij de tweede reden is – het regelkarakter van recht. Ook de rechters in de besproken constitutioneelrechtelijke rechtspraak proberen hun argumenten zoveel mogelijk in regels te gieten, alleen lukt dat niet al te best omdat Grondwet en Statuut onvoldoende in regels vervatte aanknopingspunten bevatten. Ook proberen de rechters aan te sluiten bij het verleden – de historische oriëntatie als derde reden voor verhullend argumenteren –, maar ook dat is weinig overtuigend, zoals Fleurens reconstructie van de parlementaire geschiedenis ten aanzien van artikel 49 van het Statuut en het door Vermeulen kritisch besproken beroep op de parlementaire geschiedenis in Kabelnet II laten zien. In plaats van de argumenten te bespreken die aan de oordeelsvorming ten grondslag liggen, *verhullen* rechters deze argumenten door te doen alsof aangesloten wordt bij het bestaande recht. In tegenstelling tot privaatrechtelijke rechtsvinding waar codificatie en precedenten uitgangspunt zijn, wordt er in de besproken constitutioneelrechtelijke jurisprudentie vooral een beroep op ‘traditie’ en ‘parlementaire geschiedenis’ gedaan. De rechters kunnen in constitutioneelrechtelijke jurisprudentie – of het moet de meer alledaagse grondrechtenrechtenjurisprudentie zijn – niet teruggrijpen op regels en precedenten, maar zullen op een fundamenteeler niveau een afweging moeten maken. De onderbepaaldheidsproblematiek in het constitutionele recht draagt in veel gevallen een veel fundamenteeler karakter dan in het privaaf- of strafrecht. Waar het in privaatrechtelijke en strafrechtelijke rechtsvinding vooral om *uitleg* van *rechtsregels* gaat,³⁵ gaat het in het constitutionele recht veelal om *meér*; in veel gevallen gaat het om de uitleg en erkenning van *rechtsbronnen*.³⁶

35 Ook privaatrechtelijke of strafrechtelijke jurisprudentie kan op de erkenning van rechtsbronnen betrekking hebben. Voor het privaatrecht valt te denken aan het klassieke voorbeeld van Hoge Raad 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*), waarin naast de rechtsbron van onrechtmatige daad (de wettelijke plicht) werd uitgebreid met een tweede rechtsbron: de maatschappelijke onbetamelijkheid. De arresten Hoge Raad 10 december 1976 NJ 1978/114 (*auto in kanaal*), Hoge Raad 7 december 1990, NJ 1991/593 (*onwaardige deelgenoot*) en Hoge Raad 15 april 1994, NJ 1994/618 (*Valkenhorst*) waren baanbrekend voor de erkenning van ongeschreven rechtsbeginselen, waarbij het eerste arrest (*auto in kanaal*) de doorbraak in de jurisprudentie van de Hoge Raad markeert.

36 Zo gaat het in het Harmonisatiewet-arrest om de rangorde tussen de wet in formele zin en fundamentele rechtsbeginselen en Statuut. Zulke vragen over de erkenning van de status van rechtsbronnen komen in privaaf- of strafrecht alleen bij hoge uitzondering voor.

Een eerste verklaring voor het verhullend argumenteren is dat er rechtspolitieke redenen zijn om verhullend te argumenteren. In de casus speelt steeds een saillante rechtspolitieke vraag een rol die ziet op bevoegdheidsverdeling binnen de constitutie. Het Harmonisatiewet-arrest en het Arbeidskostenforfait-arrest zien op terughoudendheid van de rechter ten opzichte van de formele wetgever; het vonnis van de rechtbank Den Haag in Kabelconflict II ziet op terughoudendheid van de rechter ten opzichte van de regelgevende bevoegdheid van het bestuur. Over het verhullend argumenteren om rechtspolitieke redenen gaan we in deze bijdrage niet nader in; dat is onderwerp voor een zelfstandige bijdrage. In plaats daarvan zullen we in de volgende paragraaf aan de hand van de notie van paradigma's uit de wetenschapsfilosofie en in de paragraaf daarop met behulp van taal filosofie van Ludwig Wittgenstein oorzaken voor vervullend argumenteren bespreken.

4. RIVALISERENDE PARADIGMA'S

Ligt nu de rechter 'onder vuur' omdat hij zich slechts verhullend uitdrukt waar hij in werkelijkheid bezig is met constitutionele rechtsvinding? Nee, niet helemaal. De verhullende argumentatie van de rechter is onzes inziens niet zonder meer aan de rechter toe te schrijven. Het ontbreekt de rechter bij de uitvoering van zijn rechtsvindende taak aan een helder – niet verhullend – begrippenapparaat en aan gedeelde uitgangspunten. De rechter kán in zekere zin niet anders dan verhullend argumenteren omdat de taal waarvan hij zich bedient niet actueel is óf onvoldoende ontwikkeld is. Deze twee verklaringen voor verhullend argumenteren zullen hieronder worden toegelicht, te beginnen met de gedeelde uitgangspunten in de juridische argumentatiepraktijk. Met behulp van de notie van paradigma's uit de wetenschapsfilosofie zullen we de problematiek van het ontbreken van gedeelde uitgangspunten verhelderen.

In de moderne wetenschappelijke literatuur heeft 'paradigma' een specifieke betekenis, ontleend aan het werk *The Structure of Scientific Revolutions* van Thomas Kuhn.³⁷ 'Paradigma' wordt door wetenschapsfilosoof Alan Chalmers als volgt omschreven: 'Een paradigma bestaat uit de algemene theoretische aannamen en wetten en de technieken om deze toe te passen, die de leden van een bepaalde wetenschappelijke gemeenschap als uitgangspunt nemen.'³⁸ Iedere volgroeide wetenschap wordt in principe geleid door een enkel paradigma.³⁹

37 T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press 1962.

38 Chalmers 1999, p. 133.

39 Chalmers 1999, p. 134.

Kuhn gebruikt het paradigma-begrip ter duiding van de ontwikkeling in de natuurwetenschappen. Zo was de mechanica van Newton het leidende paradigma in de natuurkunde tot de relativiteits- en kwantumtheorie. Theoretische kern van het Newtoniaanse paradigma is de bewegingswet. De begrippen 'massa' en 'kracht' hebben in Newtons theorie een specifieke betekenis die niet met het gewone spraakgebruik overeenkomt⁴⁰ – of in het gewone spraakgebruik moeten die woorden in de zin van de theorie gebruikt gaan worden. Theorie en taal zijn dus aan elkaar verbonden; waarnemingsuitspraken gebeuren in de taal van de theorie.⁴¹ Newtons paradigma verving voorgaande paradigma's, zoals dat van Descartes waarin het heelal als een groot uurwerk werd voorgesteld en krachten de vorm van een duw aannamen.⁴²

De vraag is of de constitutionele rechtswetenschap überhaupt als 'volgroeide wetenschap' aan te merken is. Chalmers gaat niet op die vraag in, maar wel op de vraag of de sociologie binnen een paradigma bedreven wordt.⁴³ Volgens Chalmers wordt een groot deel van de moderne sociologie niet in één gedeeld paradigma beoefend; de sociologie valt uiteen in diverse wetenschappelijke programma's die fundamenteel van elkaar verschillen over vragen naar theorievorming en evaluatie van empirisch onderzoek. Het is derhalve zeer de vraag of over een wetenschappelijk paradigma in de sociologie gesproken kan worden; van 'volgroeide wetenschap' is vanwege de diverse parallel lopende sociologische onderzoeksprogramma's geen sprake. In de constitutionele rechtswetenschap is het gebruik van de term 'paradigma' wellicht nog problematischer bij gebrek aan geëxpliciteerde onderzoeksmethoden en een eenduidige afbakening van het onderzoeksobject. Ondanks deze kanttekening bij het gebruik van de term 'paradigma' in de constitutionele rechtswetenschap denken wij dat het denken in paradigma's verhelderend is om inzicht te krijgen in de fundamentele verandering van geaccepteerde uitgangspunten, begrippen en methoden die de moderne constitutionele rechtswetenschap onderscheidt van de constitutionele rechtswetenschap van pakweg 50 of 100 jaar geleden.

Onderzoekers binnen een paradigma beoefenen in de woorden van Kuhn *normale wetenschap*.⁴⁴ Het geldende paradigma wordt door die onderzoekers ontwikkeld en verhelderd, maar tijdens hun onderzoek kunnen zij op de grenzen van het paradigma stuiten. Er is sprake van een *crisis* als er te veel problemen aan het licht komen en die crisis kan uitmonden in een *wetenschappelijke revolutie*.⁴⁵ In de wetenschappelijke revolutie komt een nieuw paradigma tot

40 Chalmers 1999, p. 130.

41 Chalmers 1999, p. 130.

42 Chalmers 1999, p. 135.

43 Chalmers 1999, p. 134.

44 Chalmers 1999, p. 133.

45 Chalmers 1999, p. 133.

stand dat de problemen van het oude paradigma overwonnen heeft. In de constitutionele rechtswetenschap komen de grenzen van het oude paradigma die tot problemen en mislukkingen in de wetenschap hebben geleid in het decennium voor de Eerste Wereldoorlog aan het licht.

Het werk van Hugo Krabbe (1857-1936) en Hans Kelsen (1881-1973) getuigt van die crisis in de constitutionele rechtswetenschapsbeoefening. Krabbes in 1906 verschenen *Die Lehre der Rechtssouveränität* en zijn in 1915 verschenen *De moderne staatsidee* zijn felle aanvallen op de 'heersende staatsleer'.⁴⁶ Het paradigma van staatssoevereiniteit wordt door Krabbe vervangen door dat van de rechtssoevereiniteit.⁴⁷ De juridische gelding van het recht is niet – zoals de 'traditionele staatsleer' volgens Krabbe stelt⁴⁸ – op de staat terug te voeren, maar op het recht, dat zijn juridische gelding aan het rechtsbewustzijn ontleent. Volgens Krabbe hebben de regels die door staatsinstellingen worden uitgevaardigd geen gelding omdat zij terug te voeren zijn op de wil van de individuen die aan het recht onderworpen zijn, zoals in de contracttheorieën van Hugo de Groot of Jean-Jacques Rousseau,⁴⁹ of omdat zij op de wil van de overheid terug te voeren zijn,⁵⁰ maar omdat zij uitdrukking van het rechtsbewustzijn zijn.⁵¹ In Kelsens habilitatie *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* klinkt een zelfde crisis door.⁵² Achteraf merkte Kelsen over de periode in Heidelberg op waarin hij aan zijn habilitatie werkte: 'Ich war ganz berauscht von dem Gefühl, auf dem Gebiete meiner Wissenschaft einen neuen Weg zu gehen.'⁵³ De nieuwe weg die hij insloeg was ingegeven door de crisis in de constitutionele rechtswetenschap; er moest een einde gemaakt worden in de constitutionele rechtswetenschap aan de psychologische bevelstheorie en de al dan niet verkapte beoefening van het natuurrecht.

Het 19^e-eeuwse paradigma van de constitutionele rechtswetenschap is te kenschetsen aan de hand van het soevereiniteitsbegrip van John Austin,⁵⁴ zoals dit door Hart wordt besproken in *The Concept of Law*.⁵⁵ Dit soevereiniteitsbegrip

46 H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen: Wolters 1906; H. Krabbe, *De moderne staatsidee*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1915.

47 Krabbe 1915, p. 142.

48 Krabbe 1915, p. 142 e.v.

49 Krabbe 1915, p. 38.

50 Krabbe 1915, p. 39.

51 Onder 'rechtsbewustzijn' verstaat Krabbe een ontwikkelde vorm van rechtsgevoel, Krabbe 1915, p. 42.

52 Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 1911.

53 Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien: Deuticke 1969, p. 12.

54 De bevelstheorie van de Brit Austin heeft grote gelijkenis met de door Krabbe en Kelsen bekritiseerde bevelstheorie en kan daarom als typering van het 19^e eeuwse paradigma dienen.

55 Hier wordt gerefereerd aan de Austiniaanse rechtstheorie zoals voorgesteld door Hart in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford UK: Clarendon Press 1994, hoofdstuk II.

bood het toen geldende kader waarmee de gelding van recht kon worden verklaard en waarmee recht kon worden onderscheiden van moraal. Volgen we het Austiniaanse paradigma dan kunnen we zeggen dat het positieve recht zijn oorsprong vindt bij een soeverein die vanwege zijn *superieure* positie de macht heeft om bepaalde regels op te stellen en orders uit te geven. Die regels en orders die als zodanig worden opgesteld of uitgegeven vormen het positieve recht. De regels en orders die weliswaar opgesteld *kunnen* worden door een soeverein maar waarover deze geen superieure autoriteit *bezit* vormen niet het positieve recht maar zijn regels van moraal.⁵⁶

Op zich lijkt het soevereiniteitsbegrip van Austin een heldere verklaring te geven voor de gelding van recht en het onderscheid tussen recht en moraal. Echter, dit soevereiniteitsbegrip, zoals Hart het bespreekt, kan niet afdoende verklaren *waarom* wij ons aan de door de soeverein opgestelde wetten moeten houden. Het lijkt, met andere woorden, het 19^e-eeuwse paradigma te ontbreken aan een helder begrippenapparaat aan de hand waarvan over de *normativiteit* van recht kan worden gesproken. Binnen het Austiniaanse begrippenapparaat kan hooguit gezegd worden *dat* we ons aan de regels van de soeverein moeten houden omdat het de soeverein is die ze heeft opgesteld. Maar deze verklaring roept meer vragen op dan ze beantwoordt. Wie of wat bepaalt dat iemand de soevereine macht heeft om regels op te stellen? In de praktijk is iemand die een pistool op je gericht houdt in staat om jou regels op te leggen, bijvoorbeeld te eisen dat je hem je portemonnee overhandigt.⁵⁷ Maar is zo iemand 'soeverein'?

Dit 19^e-eeuwse paradigma van de rechtswetenschap is inmiddels achterhaald. Hart heeft in *The Concept of Law* haarfijn uiteengezet dat het soevereiniteitsbegrip vervangen moet worden door een *ultimate rule of recognition*.⁵⁸ De basisgedachte van deze *rule of recognition* leent Hart van Kelsen. Beide rechtsfilosofen geven op hun eigen manier uitdrukking aan de normativiteit van het recht. Volgens Hart houden mensen zich aan die regels die opgesteld zijn door een geaccepteerd gezag, d.w.z. een gezag dat geaccepteerd wordt door de mensen zelf (*interne perspectief*), dat geacht wordt bevoegd te zijn om regels op te stellen. Dat is dus niet zomaar iemand die met zijn pistool zwaait en dingen eist. Consensus over wie dit gezag hebben is een uitdrukking van de *ultimate rule of recognition*.

Kelsen noemt deze hoogste geldingsgrond, waaraan het recht zijn juridische gelding ontleent, de *Grundnorm*.⁵⁹ Deze *Grundnorm* kan zelf geen rechtsregel

56 Hart 1994, hoofdstuk IV.

57 Hart 1994, p. 6-7; 18-25.

58 Hart 1994, p 120.

59 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke 1960.

zijn omdat zij anders haar eigen juridische gelding weer zou moeten kunnen funderen. De *Grundnorm* fungeert juist als sluitsteen, als einde van de discussie over de juridische gelding van het recht. Kelsen heeft twee verschillende begrippen van de *Grundnorm* ontwikkeld. In zijn eerdere werk verstaat hij de *Grundnorm* als hypothese. De *Grundnorm* is de veronderstelling die aan de juridische gelding van het positieve recht voorafgaat. Op zich is de *Grundnorm* louter fictief, net zoals de wilshandeling waarop zij gebaseerd is. In zijn latere werk verstaat hij de *Grundnorm* als fictie in de zin van Hans Vaihingers ‘als-of’-filosofie.⁶⁰

Inzicht in de verandering van paradigma's in de constitutionele rechtswetenschap biedt een mogelijke verklaring voor de problematiek van verhullend argumenteren in de constitutionele rechtspraak. Een verklaring is dat de gebezigde argumentatie niet *passend* is; de veranderende theorie heeft een andere taal. Een verouderd paradigma biedt namelijk geen volledig en voldoende helder begrippenkader, maar werkt noodzakelijkerwijs verhullend. Pas met het gebruik van de woorden van ‘massa’ en ‘kracht’ in de betekenis van Newton konden de bewegingen van planeten of botsende biljartballen in het Newtoniaanse paradigma methodologisch worden beschreven.⁶¹ Het Austiniaanse paradigma schiet op een soortgelijke manier tekort. Zoals we hierboven al gelezen hebben, kan het Austiniaanse soevereiniteitsbegrip geen heldere verklaring geven voor de normativiteit van recht, al lijkt het wel iets zinvols te kunnen zeggen over wat recht is ten opzichte van moraal.⁶² Het Austiniaanse begrippenkader biedt geen mogelijkheid om over de normativiteit van recht te spreken en dientengevolge wordt dit kernelement van recht verhuld. De keuze voor het juiste, niet-verouderde, paradigma en bijbehorende begrippenapparaat is dus cruciaal voor heldere – onverhulde – argumentatie in de constitutionele rechtspraak. Een andere verklaring voor de problematiek van verhullend argumenteren wordt hieronder besproken.

5. DE BEGRIPPENBOUWKUNDIGE

Rosier beschouwt de rechtsfilosoof als begrippenbouwkundige,⁶³ maar we zouden de rechtsfilosoof hier in bredere zin kunnen opvatten als de rechtswetenschapper die zich bezighoudt met het systematisch ontwikkelen van de

60 Kelsen 1960, p. 206-207.

61 Chalmers 1999, p. 134.

62 Hoewel juist dit punt wordt betwist door andere rechtsfilosofen zoals Ronald Dworkin. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge M.A.: Harvard University Press 1986, hoofdstuk IV, p. 114-150.

63 T.E. Rosier, *Rechtsfilosofie en rechtstheorie. Inleiding op week 2 en 3 Perspectieven op recht*, Syllabus Perspectieven op recht, Universiteit Utrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid 2016, p. 5.

taal van recht. Het is de taak van de rechtswetenschap om te zorgen dat het juridische begrippenapparaat op orde is en bij de tijd. Met andere woorden, de rechtswetenschapper legt het fundament voor een bepaald rechtswetenschappelijk paradigma – zoals door Krabbe, Kelsen en Hart gedemonstreerd – waarbinnen de deelnemers aan de rechtspraktijk, zoals rechters, advocaten, juridisch adviseurs, zich kunnen bedienen van de passende begrippen voor hun juridische argumentatie. Dit is de andere verklaring voor de problematiek van verhullend argumenteren. Er ontbreekt een ontwikkeld rechtswetenschappelijk paradigma en een volwaardig begrippenapparaat. Bovenstaande casus tonen dit aan met het gebruik van verhullende termen zoals ‘de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’ of ‘de formule van de rechtsvormende taak’. Juist in het constitutionele recht dienen in vergelijking met het privaatrecht en strafrecht nog heel wat stevige ‘begripsbruggen’ gebouwd te worden opdat rechters zich duidelijker kunnen uitdrukken. En het is onzes inziens de taak van de constitutionele rechtswetenschapper om deze begripsbruggen te bouwen.

5.1. Hart als ontmaskeraar

Het zorgen voor een bruikbaar begrippenapparaat laat zich fraai illustreren aan de hand van het werk van Hart.⁶⁴ In *The Concept of Law* bouwt Hart een nieuw begrippenapparaat op waarmee zowel de gelding als de normativiteit van recht uitgedrukt kunnen worden. Zoals gezegd is volgens Hart de grondslag van recht een systeem van primaire en secundaire regels dat bijeengehouden wordt door een *ultimate rule of recognition*. Om tot dit begrippenapparaat te komen hanteert deze begrippenbouwkundige een bepaalde filosofische methode die te typeren is als een filosofie van opheldering of de ontmaskering van verhullingen. In het kader van de problematiek van verhullend argumenteren is het van belang om deze methode uitgebreider te bespreken. Aangezien taal het belangrijkste gereedschap is waarvan juristen en rechtswetenschappers zich bedienen is het van belang dat we dit gereedschap op orde hebben, en dit is precies waaraan Harts filosofische methode bijdraagt.

De methode die Hart gebruikt, is afgeleid van de taalfilosofie van de latere Ludwig Wittgenstein.⁶⁵ Deze filosofie heeft als doel de verhullingen bloot te

64 Ook aan de hand van het werk van Krabbe en Kelsen laat zich dit punt illustreren. Harts vernieuwing van het begrippenapparaat is bijzonder verfijnd en is derhalve een goede illustratie van dit punt.

65 Hart volgt in *The Concept of Law* o.a. het werk van de zogenoemd ‘latere Wittgenstein’ van L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Oxford UK: Basil Blackwell 1953. In zijn *notes* verwijst Hart soms direct naar dit werk, bijvoorbeeld om zijn notie van het concept *recht* te verduidelijken aan de hand van Wittgensteins notie van ‘*family resemblances*’, zie Hart 1994, p. 279-280. Hart verwijst ook naar het werk van Peter Winch die een aanhanger is van Wittgensteins latere werk. P. Winch, *The Idea of a Social*

leggen die mensen zelf gecreëerd hebben in en met onze taal. In de woorden van Wittgenstein: 'Aber es sind nur Luftgebäude, die wir zerstören, und wir legen den Grund der Sprache frei, auf dem sie standen.'⁶⁶ De basis voor deze filosofie ligt in het *gebruik* van taal. De methode is te kijken naar *hoe* we in bepaalde situaties woorden gebruiken zodat we kunnen zien *wat* we bedoelen en wat deze woorden in deze situatie voor ons betekenen.⁶⁷ Zoals het vragen naar het zout als je met je partner aan tafel zit normaal gesproken betekent dat je het potje zout door je partner wilt laten aanreiken. De woorden 'mag ik het zout' drukken in deze situatie deze betekenis uit. Nu kunnen er allerlei dingen misgaan in de communicatie van zo'n simpel verzoek. Als je partner je niet hoort omdat hij bezig is de krant te lezen of hij wil niet reageren omdat hij vindt dat extra zout niet nodig is of slecht voor je gezondheid. Dit zijn zeker problemen die een maaltijd en zelfs een relatie kunnen verstoren, maar betreffen niet het probleem van verhullend argumenteren.

De luchtkastelen waar Wittgenstein in het eerder aangehaalde citaat over spreekt, ontstaan door het niet juist gebruiken van taal in fundamentele zin. Dit is wanneer woorden gebruikt worden op een manier waarop we normaal gesproken zouden zeggen dat ze eigenlijk *niet* gebruikt *kunnen* worden. Dit betekent dat woorden op zich wel gebruikt worden – dus in zekere zin *kunnen* ze wel gebruikt worden –, maar ze worden niet gebruikt op een voor ons bekende, vertrouwde, aangeleerde of geaccepteerde manier.⁶⁸ Dit gebruik overschrijdt dan als het ware de grenzen van onze taal en ons verstand. Het gevolg van het gebruik van woorden op een manier waarop ze niet gebruikt kunnen worden, is dat wat iemand probeert te zeggen in feite betekenisloos is. Doel

Science and its Relation to Philosophy, London: Routledge 1958. Hart leunt in hoofdstuk IV sterk op Winch' Wittgensteiniaanse visie op het onderscheid tussen gedragingen volgens *regels* en gedraging volgens *gewoonte* om het Austiniaanse soevereiniteitsbegrip te ontmaskeren dat is gebaseerd op de gewoonte om te gehoorzamen en de notie van regels en regelgeleidgedrag te introduceren in de rechtstheorie. Hart 1994, p. 289.

66 Wittgenstein 1953, sectie 118. Engelse vertaling, p. 54e: 'But what we are destroying are only houses of cards, and we are clearing up the ground of language on which they stood.' L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford USA: Wiley-Blackwell 2009.

67 Deze methode van *kijken* naar een taalpraktijk om vervolgens te *zien* wat er wordt bedoeld, wordt door Wittgenstein o.a. besproken in sectie 66 als het gaat om het concept *spel*. Wittgenstein legt hier uit hoe dit concept moet worden begrepen aan de hand van de notie '*family resemblances*'. Hart verwijst naar deze methode in zijn *notes* op p 280 ter ondersteuning van het idee dat de betekenis van het concept *recht* net als de betekenis van *spel gezien* (begrepen) kan worden als men *kijkt* naar hoe – op welke verschillende maar gerelateerde manieren (*family resemblances*) – het woord recht (of spel) wordt gebruikt.

68 Deze acceptatie of bekendheid dient begrepen te worden op eenzelfde manier waarop Hart spreekt over de *acceptance of a social rule* en *the internal aspect of rules*, zie Hart 1994, p. 56-58.

van Wittgensteins taal filosofie is het aan het licht brengen, het ontmaskeren, van de fundamentele gevallen van onjuist taalgebruik en de daaraan verbonden betekenisproblemen.⁶⁹ Hij zegt: ‘Die Philosophie ist ein Kampf gegen die Verhexung unseres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache.’⁷⁰

Harts analyse van de Austiniaanse rechtstheorie is een goed voorbeeld van zo’n ontmaskering. Het eerdergenoemde soevereiniteitsbegrip vormt de kern van deze theorie: er is een soeverein gezag dat rechtsregels kan opstellen. Harts kritiek op dit soevereiniteitsbegrip was, zoals gezegd, gericht op de gebrekkige verklaring van de normativiteit van recht: de vraag waarom we ons aan rechtsregels zouden moeten houden wordt er niet door beantwoord. In het tweede hoofdstuk van *The Concept of Law* met de titel ‘Laws, Commands, and Orders’ is Harts kritiek dat er onduidelijkheid is over wie of wat een soeverein is en hoe die verschilt van een gewapende overvaller, een *gunman*. Maar in het vierde hoofdstuk met de titel ‘Sovereign and Subject’ treffen we een diepgaandere, Wittgensteiniaanse, analyse aan van het soevereiniteitsbegrip. In dit deel van *The Concept of Law* gaat Hart in op de aanname die ten grondslag ligt aan de Austiniaanse rechtstheorie dat er noodzakelijkerwijs een soeverein *is*, wil er sprake zijn van een rechtsstelsel.⁷¹ In termen van Wittgensteins filosofie zouden we kunnen zeggen dat hier naar het gebruik van het woord ‘soeverein’ wordt gevraagd en zal worden onderzocht welke betekenis aan dit woord *kan* worden gegeven. De belangrijke vraag waar het uiteindelijk voor Hart om draait is of soevereiniteit, gezien de betekenis die aan dit woord *kan* worden gegeven een geschikte grondslag vormt voor een rechtssysteem.

Volgen we nu de Wittgensteiniaanse ontmaskeringsmethode dan moeten we beginnen met kijken naar *hoe* een bepaald begrip wordt gebruikt in een bepaalde context of situatie en welke betekenis hiermee wordt uitgedrukt. Volgens Hart betekent het soevereiniteitsbegrip in de context van een Austiniaanse rechtstheorie de *gewoonte* om de persoon die soeverein is of personen die soeverein zijn te *gehoorzamen* (*habit of obedience*);⁷² tenminste de meerderheid van de leden van de samenleving heeft deze gewoonte en niet de gewoonte om iets of iemand anders te gehoorzamen. Vervolgens vergelijkt Hart deze betekenis of dit gebruik van soevereiniteit – de gewoonte om te gehoorzamen – met

69 Het belang van Wittgensteins taal filosofie voor de rechtsgeleerdheid wordt besproken door Joseph Fleuren in ‘Hoe komen juridische begrippen en regels aan hun betekenis? Het belang van de taal filosofie van de latere Wittgenstein voor de rechtsgeleerdheid’, *Ars Aequi* 2015, p. 569-584. Fleuren bespreekt o.a. hoe ogenschijnlijk zinledige formules zoals ‘de bedoeling van de (grond)wetgever’ toch zinvol gebruikt kunnen worden. Fleuren 2015, p. 578.

70 Wittgenstein 1953, sectie 109. In vertaling Wittgenstein 2009, p. 52: ‘Philosophy is a struggle against the bewitchment of our understanding by the resources of our language.’

71 Hart 1994, p. 50.

72 Hart 1994, p. 50.

kenmerken die volgens hem bij de meeste rechtsstelsels zijn terug te vinden. Hart noemt twee essentiële (*salient*) kenmerken, ten eerste ‘the *continuity* of the authority to make law possessed by a succession of different legislators’⁷³ en ten tweede ‘the *persistence* of laws long after their maker and those who rendered him habitual obedience have perished.’⁷⁴ Hij laat zien dat deze twee kenmerken niet *kunnen* worden uitgedrukt als we gebruikmaken van het soevereiniteitsbegrip.⁷⁵

De conclusie in Wittgensteiniaanse termen is dat als het recht verklaard wordt met behulp van het Austiniaanse soevereiniteitsbegrip er tenminste twee essentiële kenmerken van recht worden *verhuld* en bovendien het soevereiniteitsbegrip buiten de grenzen van zijn betekenis wordt ingezet, d.w.z. dit begrip *kan* ook geen uitdrukking geven aan deze kenmerken, met als gevolg dat het begrip aan betekenis inboet in een rechtstheorie die ziet op verklaring van het recht. Het begrip betekent nog wel iets, namelijk de gewoonte om te gehoorzamen, maar hiermee wordt niets zinnigs, niets van betekenis, gezegd als het om recht gaat. Dan zou het namelijk iets moeten zeggen over o.a. het vermogen van de wetgever om met de tijd zijn autoriteit te behouden en het voortbestaan van rechtsregels los van het gezag van een soeverein.

5.2. Hart als begrippenbouwkundige

Nu het luchtkasteel van Austiniaanse rechtstheorie is afgebroken, ofwel de beperkte betekenis van dat soevereiniteitsbegrip is opgehelderd, gaat Hart aan de slag als begrippenbouwer. In het vijfde hoofdstuk van *The Concept of Law* ‘Law as the Union of Primary and Secondary Rules’ formuleert hij de begrippen aan de hand waarvan hij denkt dat wél uitdrukking kan worden gegeven aan de eerder genoemde essentiële eigenschappen van een rechtsstelsel, namelijk in termen van een regel en in het bijzonder de idee van primaire en secundaire regels.⁷⁶

‘The root cause of failure [of the Austinian theory of law, JK & JvD] is that the elements of orders, obedience, habits, and threats, do not include, and cannot by their combination yield, the idea of a rule, without which we cannot hope to elucidate even the most elementary forms of law.’⁷⁷ (...) ‘[W]e shall make the general claim that in the combination of these two types of rule [primary and secondary rules, JK & JvD] there lies what Austin wrongly claimed to

73 Hart 1994, p 51.

74 Hart 1994, p 51.

75 Hart 1994, p 51-66.

76 Hart 1994, p 81.

77 Hart 1994, p 80.

*have found in the notion of coercive orders, namely, “the key to the science of jurisprudence.”*⁷⁸

Met deze nieuwe en vooral meer adequate en betekenisvolle begrippen – primaire en secundaire regels en de *ultimate rule of recognition* – wordt zowel de rechtstheorie als de juridische argumentatiepraktijk vooruit geholpen. Hart heeft zijn begrippenkader gebouwd in reactie op het door hem gediagnosticeerde falen van het Austiniaanse paradigma en hij biedt hiermee de mogelijkheid voor theoretici en juristen om uitdrukking te geven aan de door hem geformuleerde essentiële kenmerken van recht. Deze dubbele taak van het ontmaskeren van de betekenisloosheid van begrippen die geen uitdrukking kunnen geven aan interpretatieproblemen die zich voordoen als het recht onderbepaald is én het ontwikkelen van nieuwe meer adequate begrippen voor deze problematiek is onzes inziens de taak van de rechtswetenschapper. De wetenschapper dient hierbij wel gehoor te geven aan Wittgensteins waarschuwing en zich te weren tegen zijn neiging om taal buiten de grenzen van haar betekenis te willen gebruiken;⁷⁹ hij dient in plaats van luchtkastelen een adequaat begrippenkader te bouwen.

6. CONCLUSIE

Bij de bespreking van de casus hebben wij aan de hand van Vrankens notie van verhullend argumenteren gedemonstreerd dat de constitutionele rechtspraktijk in zulke moeilijke gevallen zich in een crisis bevindt. Opgemerkt moet worden dat constitutionele rechtsvinding niet altijd problematisch hoeft te zijn; het overgrote deel van constitutionele rechtspraak betreft eenvoudige gevallen waarin het recht *niet* onderbepaald is, denk aan de rechterlijke toepassing van de grondrechtenbepalingen, waarin de door ons gesignaleerde crisis zich niet of nauwelijks openbaart. Maar in moeilijke gevallen waarin het recht onderbepaald is, wordt constitutioneelrechtelijke problematiek verhuld omdat het de rechter ontbreekt aan gedeelde uitgangspunten en een helder begrippenkader. Een eerste oorzaak van deze crisis is het gebruik van een verouderd paradigma waardoor geen uitdrukking *kan* worden gegeven aan inzichten die voortkomen uit een nieuw paradigma. Een tweede oorzaak is het ontbreken van een adequaat begrippenkader. Dat laatste punt hebben we geïllustreerd aan de hand van Harts ontmaskering van Austins soevereiniteitsbegrip.

⁷⁸ Hart 1994, p 81.

⁷⁹ Wittgenstein 1953, sectie 109: ‘Diese [Probleme, JK & JvD] sind freilich keine empirischen, sondern sie werden durch eine Einsicht in das Arbeiten unserer Sprache gelöst, und zwar so, dass dieses erkannt wird: *entgegen* einem Trieb, es mißzuverstehen.’

De oorzaken van de crisis in de constitutionele rechtspraak zijn niet alleen aan de rechters toe te schrijven; zij kunnen soms niet anders dan verhullend argumenteren. Daarom hebben wij geen poging gedaan om, zoals Vranken bij het Weerspannige ruin-arrest deed,⁸⁰ de drie besproken uitspraken op niet-verhullende wijze te herschrijven. We zouden ons wellicht van helderdere formuleringen bedienen en al te vage termen vermijden, maar ook wij zouden er niet in slagen om op overtuigende wijze onverhullend te argumenteren. Er bestaat een nauw samenspel tussen de rechters die in de praktijk gebruik moeten maken van juridische argumenten en de rechtswetenschappers die het begrippenapparaat ontwikkelen. De rechtswetenschap dient een adequaat begrippenapparaat te ontwikkelen dat de rechters in gevallen waarin het recht onderbepaald is houvast geeft bij de interpretatie. Uiteraard is het uiteindelijk aan de rechters om het meest adequate begrippenapparaat binnen een geldend paradigma daadwerkelijk te gebruiken. De toepassing in de praktijk is dus de taak van de rechters, maar de taak van de rechtswetenschapper is fundamenteeler: hij heeft de taak om een adequaat begrippenapparaat te ontwikkelen waarin het constitutionele recht het beste kan worden uitgedrukt.

Zonder zo'n begrippenapparaat blijft de rechter onder vuur liggen omdat hij zijn taak niet goed kan uitvoeren; hij zal blijven verhullend argumenteren. Een einde aan die crisis kan alleen worden bewerkstelligd door de samenwerking tussen de rechtswetenschappers en de rechters. Het door de rechtswetenschap ontwikkelde begrippenapparaat zal uiteindelijk pas echt tot betekenis komen in de rechtspraak waarin het wordt toegepast. Voorop moet staan dat begripsontwikkeling in de rechtswetenschap en in de rechtspraak dient ter oplossing van reële interpretatieproblemen in gevallen waarin het recht onderbepaald is; aan het bouwen van luchtkastelen moet men zich niet bezondigen.

80 Vranken 2005, p. 34-41. Vranken herschreef het arrest Donkers/Scholten, HR 27 april 2001, *NJ* 2002/54.

RECHT EN OPENBAAR BESTUUR; RECHTSGELEERDHEID EN BESTUURSKUNDE: HAAT-LIEFDE VERHOUDINGEN?¹

Philip Langbroek en Dacian Dragos

1. INLEIDING

Juristen en beleidsmakers in het openbaar bestuur zijn uit elkaar gegroeid. Zij hebben verschillende opvattingen over de invulling van het werk van overheidsorganen. Deze verschillen in opvatting bestaan zowel in de academische discoursen van juristen en bestuurskundigen als binnen het openbaar bestuur. In deze bijdrage beschrijven we deze verschillen in grote lijnen en niet volledig, en we gaan daarbij ook in op de rol van de rechter en de kennelijk geëxternaliseerde rol van het recht in het openbaar bestuur. We dragen suggesties aan om deze verschillen van inzicht te overbruggen. Om dit te realiseren zullen we eerst de perspectieven van bestuurskundigen en van beleidsmakers in het openbaar bestuur enerzijds en juristen anderzijds uiteen. Vervolgens zullen de verschillen tussen deze opvattingen aan de orde komen. We baseren ons daarbij vooral op internationale literatuur, het gaat niet alleen om een Nederlands verschijnsel. Concluderend geven we aan hoe juridische invalshoeken een grotere rol zouden kunnen spelen zowel in de beleids- en bestuurspraktijk als in de van oorsprong multidisciplinaire bestuurswetenschap.

2. VERSCHILLENDE PERSPECTIEVEN

Beweerd kan worden dat bestuurskunde als een discipline zijn bestaan te danken heeft aan juristen. Zij hebben de grondslag gelegd voor het opkomen van bestuurskunde als een onderzoeksgebied in de 19^e en 20^e eeuw, met name in continentaal Europa, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, tezamen met politicologen. De grondlegger van het openbaar bestuur als onderzoeksgebied, Max Weber, was zowel jurist als socioloog. Pas vanaf

1 Dit essay is een vertaling en bewerking van een Engelstalig hoofdstuk onder de titel: 'Law and Public Administration: a Love-Hate Relationship?', in het 'Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe', dat wordt uitgegeven door Eduardo Ongaro en Sandra van Thiel, dat in 2017 zal verschijnen. Met dank aan Charlotte de Kluiver voor haar hulp bij de vertaling uit het Engels.

halverwege de 20^e eeuw kwam, in navolging van Herbert Simon,² de focus binnen sociologie en organisatiewetenschappen te liggen op het openbaar bestuur, met een groeiende nadruk op publiek management ten opzichte van openbaar bestuur. Als gevolg van deze ontwikkeling ontstonden er – met name op Amerikaanse Universiteiten – geschillen tussen de verschillende vakgebieden over deze concepten en over de superioriteit van recht of bestuurskunde in de bestuurspraktijk.³ Onderzoekers in het bestuursrecht en de bestuurskunde zien dat hun beider vakgebieden niet goed op elkaar aansluiten. Dat blijkt onder meer als de wijze van beoefening van deze wetenschappen en de beide doctrines met elkaar worden vergeleken,⁴ en ook uit de noodzaak van politieke verantwoording in het overheidsbestuur en het streven naar rechtszekerheid met algemene regels van bestuursrecht als juridische basis.⁵ Dat is in Nederland de Algemene wet bestuursrecht.

Binnen de rechtenfaculteiten van continentaal Europa is het dominante bestuursrechtelijke perspectief dat van de consistent rechtsprekende rechter. Het gaat voor academische bestuursrechtsjuristen daarbij minder om de wijzen waarop het bestuur omgaat met ontwikkelingen in de maatschappij, het afwegen van verschillende belangen bij besluitvorming, en om de vormgeving van wetgeving en de toepassing daarvan in maatschappelijk gevoelige of veel-eisende situaties, dan om het recht als systeem (een constructie) waarbinnen rechtszekerheid gewaarborgd wordt en het recht en rechten kunnen worden afgedwongen.

De termen effectiviteit en efficiëntie hebben in een juridische context een andere betekenis dan in de context van beleidsvorming. Voor juristen verwijzen effectiviteit en efficiency naar het bestaan van regelgeving, de verscheidene ambten en hun bevoegdheden om het recht toe te passen en zichtbaar af te dwingen. Juristen zien het recht als een op zichzelf staand en functionerend fenomeen, alleen gerelateerd aan menselijk gedrag in de zin dat het recht dat

2 Herbert Simon, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Vrije Pers 1997, beschikbaar via: <http://jespersimonsen.dk/Downloads/Simon-introduction.pdf>.

3 R.K. Christensen, H.T. Goerdel & S. Nicholson-Crotty, 'Management, Law, and the Pursuit of the Public Good in Public Administration', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2011, afl. 21, p. i125–i140; D.C. Dragos, M. Gellen, P. Kovac, P.M. Langbroek, 'Editorial', in: D.C. Dragos, M. Gellen, P. Kovac, P.M. Langbroek (eds.), *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 2011/2012, Afl. IV,2, Special Issue: Law and Public Management Revisited.

4 G. E. Metzger, 'Administrative Law, Public Administration, and the Administrative Conference of the United States (September 2014)' *George Washington Law Review*, in publicatie; Columbia Public Law Research Paper No. 14-413, Beschikbaar via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2501422>.

5 S. Zouridis, *De dynamiek van Bestuur en Recht*, Den Haag: Lemma 2009.

gedrag beoogt te reguleren. Voor beleidsmakers is menselijk gedrag vanuit het perspectief van effectiviteit en efficiëntie juist veel relevanter; het gaat voor hen om methoden en middelen om mensen te overtuigen, te stimuleren of te dwingen zich op een bepaalde manier te gedragen. Hier is vanuit een instrumenteel perspectief de proportionaliteit tussen inspanning en resultaat van belang.⁶ De focus ligt hier op effectiviteit, niet primair op het geldende recht. Managers in overheidsbestuur richten zich op kostenbesparing, externe perceptie, politieke haalbaarheid, resultaten en meer flexibiliteit bij het implementeren van regelgeving. Vanuit dit perspectief kan bestuursrecht worden gezien als beperkingen op de vrijheid en flexibiliteit om keuzes te maken, waardoor er trager gereageerd wordt op maatschappelijke ontwikkelingen. Dit heeft geleid tot misverstanden tussen juristen en bestuurders, waarbij de vraag is opgekomen of efficiëntie en effectiviteit binnen het bestuursrechtelijke domein betrokken kunnen worden.

Achter bestuurlijke beslissingen is er altijd recht, maar voor hedendaagse juristen is het perspectief dat van jurisprudentie het eventuele oordeel van de rechter over een bestuurlijke actie. Het wederzijdse onbegrip vindt zijn basis in het verschil tussen deze perspectieven; enerzijds richten juristen zich op legaliteit en juridische aansprakelijkheidsrisico's, anderzijds focussen beleidsmakers en bestuurders en bestuurskundigen zich op het creëren van oplossingen voor maatschappelijke problemen en politieke aansprakelijkheid. Je zou kunnen betogen dat het juridische perspectief de boventoon is gaan voeren binnen de overheid; de waarschijnlijkheid dat een actie in een rechtszaak standhoudt is belangrijker geworden dan de maatschappij en haar behoeften. In zijn boek *The Lost Lawyer*, waarschuwde Kronman nog voor deze ontwikkelingen, die nu werkelijkheid lijken te zijn geworden.⁷

Het gebrek aan samenwerking tussen bestuurders en juridische academici en de scheiding tussen juristen en bestuurskundigen is merkwaardig en opmerkelijk, vooral omdat de meerderheid van juridische normen ook gedragsnormen zijn.⁸ Deze normen beogen menselijk gedrag te sturen en wanneer dit gedrag niet binnen de juridisch gestelde grenzen blijft, kunnen bestuurders of burgers sancties uitoefenen, hetzij in de vorm van een straf oplegging, hetzij als aansprakelijk stelling. Het beïnvloeden van menselijk gedrag is ook een belangrijk onderwerp binnen openbaar bestuur. De nadruk ligt daar veel minder op het recht, en veel meer op instrumenten om mensen hun gedrag te laten veranderen in een politiek wenselijke, vooraf bepaalde richting, en op het creëren en onderhouden van een organisatiestructuur waarin deze instrumenten kunnen

6 J.B. Auby, *Key note bij de Trans European Dialogue conference*, Vienna 2011.

7 A. Kronman, *The Lost Lawyer, failing ideals of the legal profession*, Cambridge: Harvard University Press 1993.

8 Behalve gedragsnormen kent het recht ook institutie- vestigende normen.

worden ingezet. Neem bijvoorbeeld verkeersdrempels om snelheid te verlagen; het installeren van hondentoiletten om hondenpoep op de stoep te voorkomen; bijzondere surveillance om hennep te bestrijden; het bestrijden van terrorisme door het instellen van buurtwachten en extra surveillance; het vergroten van een vliegveld om meer werkgelegenheid te creëren; maar ook de reflex om maar weer een toezichthouder in het leven te roepen bij een maatschappelijk probleem. De lijst kan eindeloos worden uitgebreid.

Overigens is het de taak van overheidsorganen om de verschillende wensen, plannen en behoeften van ondernemingen, burgers en NGO's te kanaliseren in een richting die de vrede tussen hen bewaart en die risico's tot een aanvaardbare omvang beperkt. Die kanalisatie is voor de meeste bestuurlijke beslissingen de uitkomst van maatschappelijke en politieke onderhandelingen.

3. TRENDS

Tegenwoordig lijken juristen sterk de focus te leggen op de technische aspecten van het recht en van rechten en plichten van ondernemingen en burgers in hun relatie tot verschillende bestuursorganen, ambtsdragers, en ambtenaren.⁹ De beleidsinitiatieven van gekozen ambtsdragers, vooral op lokaal niveau, zijn zich steeds meer gaan richten op effectieve actie om beleidsdoelen te realiseren in plaats van op het recht.¹⁰ Juridische aansprakelijkheid en democratische verantwoordelijkheid lijken tegenover elkaar zijn te komen staan, waarbij het recht in toenemende mate wordt buitengesloten van het politieke proces. In bestuurlijke organisaties lijken project management, vergroting van de efficiency en politieke verantwoordelijkheid in de plaats te zijn gekomen van recht en rechtvaardigheid.

Toch gaan in de context van een rechtsstaat bestuurlijke acties gepaard met juridische aansprakelijkheden – zelfs als het bestuur geen andere fout heeft gemaakt dan het niet vergoeden van onvermijdbare schade voor burgers en bedrijven. Verhoudingen in de maatschappij zijn ingewikkeld geworden. Het bestuur, als bemiddelaar tussen belanghebbenden, en als verantwoordelijk handelend orgaan, moet onvermijdelijk keuzes maken die burgers of ondernemingen kunnen belasten. Als in het politieke domein niet in alle belangen en behoeften wordt voorzien, kan een juridisch geschil het gevolg zijn. Denk bijvoorbeeld aan de schade voor woningen achter een dijk, wanneer deze bezwijkt onder de druk van het water, of de claim tegen de Belgische staat,

9 Dragos, Gellen, Kovac & Langbroek 2011.

10 Bij voorbeeld de 'huisbezoeken' van de gemeente Rotterdam, onder burgemeester Opstelten, is een lelijk voorbeeld van ontsprekend openbaar bestuur. Zie het: *Rapport Baas in eigen huis*, Ombudsmanrapport, Rotterdam, 2 november 2007.

ingesteld door families van nabestaanden van de aanslagen in Zaventem, omdat de staat onvoldoende in het werk had gesteld om deze te voorkomen.¹¹ Gerechten en rechters gaan door met bestuursorganen, openbare lichamen, burgers, organisaties en bedrijven *rechtens* aansprakelijk te houden. Vanuit het perspectief van beleids-, bestuurs- en organisatieontwikkeling lijkt juridische aansprakelijkheid een vreemd fenomeen met externe oorzaken, of hooguit een element van management van (externe) risico's. Deze trend is overigens niet in alle Europese landen even sterk aanwezig. In sommige landen overheerst een strikt gereguleerd bestuur, ter bescherming van een recent teruggewonnen domein van de beschaafde maatschappij – de rechtsstaat – tegenover de overheid (Centraal en Oost-Europese landen zijn daar een voorbeeld van). Beleidsmakers en managers klagen dat de inflexibiliteit van het recht, procedures en aanspraken de totstandkoming van een effectieve en efficiënt openbaar bestuur verhinderen. In andere landen hebben beleidsmakers gezocht naar manieren om besluitvormingsprocedures meer flexibel te maken en om logge procedures te omzeilen, bijvoorbeeld door wetgeving voor te stellen om de gevolgen van juridische *NIMBY* (*not in my backyard*) claims te bestrijden die gericht zijn tegen bestemmingsplannenbesluiten of vergunningenbesluiten betreffende infrastructurele projecten (voornamelijk in West-Europese democratieën).

Tegelijkertijd signaleren we dat bestuursorganen steeds meer risicomijdend zijn geworden. Het managerialisme (een stroming die er vanuit gaat dat commercieel management oplossingen biedt voor alle organisatorische problemen) in de publieke sector, heeft geleid tot het op politieke afstand plaatsen (binnen en buiten de overheidsorganisatie) en het contractualiseren van publieke taken. Maar dit verzwakt ook de juridische controle op het bestuur. Als de staat alles uitbestedt, leidt dat uiteindelijk tot het uithollen van de staat, waarbij verantwoordelijkheden verdwijnen in een complex geheel van interacties met onduidelijke verdeling van bevoegdheden. De rechter kan dan alleen nog maar de rechtmatigheid van de uitkomst testen.¹² We onderschrijven dat juridische procedures betreffende de uitkomsten van politieke en bestuurlijke processen soms een storende factor kunnen vormen vanuit het perspectief van overheidsfinanciën. Maar zulke procedures houden het bestuur ook scherp, en vanuit een juridisch perspectief: het draagt eraan bij dat de juridische aansprakelijkheden duidelijk en overzichtelijk blijven: heeft het bestuur juridisch juist of onjuist van zijn bevoegdheden gebruik gemaakt?

Er zijn ook trends te signaleren ten aanzien van de structuur van regelgeving die de werkpatronen van juristen en openbare bestuurders beïnvloeden: gedetailleerde normen van dwingend recht lijken de logica van omgang

11 Vgl. Ook de juridische nasleep van de vuurwerkramp in Enschede.

12 Auby 2011.

met discretionaire bevoegdheden – te verdringen.¹³ Met andere woorden, belangrijke werkgebieden van de staat – bijvoorbeeld marktregulering, toezicht op gezondheidszorg, vervoer, onderwijs, etc. – zijn vaak zo georganiseerd dat ze niet meer direct vallen onder alledaagse politieke verantwoordelijkheden, maar onder semiautonome overheidslichamen, met eigen toezichhoudende en handhavende bevoegdheden. Dat past perfect binnen het juridische perspectief van bestuursrechtsjuristen en civilisten. Risico inschattingen van deze toezichhouders ondersteunen de instrumentele benadering in openbaar bestuur, en reduceren het compromissen sluiten en overleggen als hoofdonderdeel van bestuurlijke werkzaamheden.¹⁴ Derhalve lijkt het recht als ‘de kunst van wat redelijk en billijk is’, vervangen te worden door een min of meer mechanisch bouwspel van regels, breed ondersteund door een leger aan gespecialiseerde bestuursrecht advocaten met een focus op toezicht en rechtshandhaving.

Waar zelfs bestuursrechters het risico lopen om overbodig te worden (behalve dan in handhavingszaken en sociale verzekeringszaken),¹⁵ moeten bestuursrechtsjuristen laten zien dat ze meer in huis hebben dan het beheersen van jurisprudentie vanuit een juridisch perspectief. Een bestuursrechtelijke bezwaar of beroepsprocedure kan de uitvoering van beleid hinderen, maar het is niet effectief genoeg om overheidsoptreden in zijn geheel tot een halt te kunnen roepen. In die zin zijn individuele specifieke belangen onbeduidend geworden in de optiek van beleidsmakers. Burgerschap als ambt, met de daaraan verbonden bevoegdheid om voor je rechten op te komen met juridische acties is minder belangrijk geworden in het politieke domein. Deze rol lijkt gedeeltelijk te zijn overgenomen door social media, die in het politieke domein juist aan relevantie lijken te winnen, en gedeeltelijk door andere lokale en functionele platforms. Dit betekent ook dat grondrechtelijke *checks and balances* anders

13 Een vraag is, of daarmee ook de praktische ethiek uit het dagelijkse overheidsverkeer wordt gedrongen.

14 E. Fisher, *Risk Regulation and the constitutional state*, Oxford: Hart Publishing 2007.

15 In Nederland althans is de kans op succes in procedures bij de bestuursrechter klein: in 2011 werd 20% van de gewone beroepen gehonoreerd (<https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2012/47/in-2011-meer-zaken-bij-de-bestuursrechter>), in 2015 26% ([http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=70764NED&D1=9-12&D2=0&D3=\(1-11\)-l&VW=T](http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=70764NED&D1=9-12&D2=0&D3=(1-11)-l&VW=T)). En als je de zaak dan wint, en het besluit van het bestuursorgaan wordt vernietigd, tsja, dan mag het bestuursorgaan met inachtneming van de uitspraak en van alle nieuwe omstandigheden een nieuw besluit nemen. Vgl. K.A. van der Veer en A.T. Marseille, ‘Besluitvorming na een rechterlijke vernietiging: de achilleshiel van het bestuursrecht’, *NJB* 2006/38, p. 2168-2175. Bestuursrechters proberen daar met de nieuwe zaaksbehandeling wel wat aan te doen, door zich meer te richten op concrete geschiloplossing. Vgl. het project Prettig contact met de overheid: www.prettigcontactmetdeoverheid.nl; vgl. ook: D. Allewijn, *De transitie van autonoom naar responsief bestuursrecht*, Key note PCMO Conferentie Amsterdam 26 april 2016 – Verslag Lynn van der Velden.

worden ingevuld dan in de 18^e en 19^e eeuw het geval was. Het concept ‘vrijheid’ in de zin van vrijheid ten opzichte van de overheid is aan het wankelen gebracht door maatregelen die veiligheidsbedreigingen moeten bestrijden; burgers lopen niet alleen een risico dat overheidsinstellingen onvoldoende respect voor burgerrechten tonen wanneer deze instellingen eisen dat burgers hun plichten vervullen, bijvoorbeeld als ze gebruik maken van sociale voorzieningen. Ondernemingen¹⁶ schenden onze privacy en pogen ons consumptiegedrag te sturen. Het afwegen van de verschillende perspectieven, rollen en functies van de staat waar we gewend aan waren worden getransformeerd of zijn minder functioneel geworden – vanuit een rechtsstatelijk perspectief.

4. KRITIEK

Bestuurswetenschappers bekritiseren de ontstane kloof tussen bestuursrecht en openbaar bestuur. Zij bekritiseren in het bijzonder hun eigen onderzoeksgebied voor het onderschatten van de belangrijke rol die bestuursrecht moet spelen in het openbaar bestuur. Om een voorbeeld te noemen, Lynn wijst het idee af dat recht alleen maar beperkingen stelt aan de beweegruimte van openbaar bestuur. Volgens hem is het ook een bron van bevoegdheden, en ligt het daarom ten grondslag aan de handelingsbevoegdheid van het bestuur. Hij vindt dat het bestuur een ‘anti-juridische houding’ heeft. Het is evident dat bestuurders degenen zijn die bepalen wat de ‘rechtsstaat’ in praktijk inhoudt.¹⁷ Andere bestuurswetenschappers klagen over het gegeven dat het overheidsbestuur zich meer oriënteert op management principes dan op het publiekrecht.¹⁸ De spanning tussen recht en management in de Amerikaanse bestuurswetenschap is zichtbaar geworden tijdens de Minnowbrook-conferenties¹⁹ – een evenement dat elke twintig jaar wordt georganiseerd waarbij de beste wetenschappers in openbaar bestuur en openbaar management samenkomen om de staat en toekomst van het onderzoeksgebied te bespreken. Minnowbrook I (1968), II (1988) en III (2008) kunnen allen gezien worden als keerpunten

16 Google, Facebook, Instagram, Plaxo, Whatsapp, enz.

17 Lynn, Laurence E., Jr., ‘Restoring the Rule of Law to Public Administration: What Frank Goodnow Got Right and Leonard White Didn’t’, *Pub. Admin. Rev.* Sept/Oct 2009. Wellicht is het rapport: ‘Onverschilligheid is geen optie: de rechtsstaat maken we samen’. Advies van de maatschappelijke commissie ‘Uitdragen kernwaarden van de rechtsstaat’ in opdracht van de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag, 13 februari 2008, ook een Nederlands voorbeeld van alleen maar een bestuurlijke benadering van de rechtsstaat. Er wordt in dat rapport bijvoorbeeld niet gesproken over de rol van de rechtspraak in de rechtsstaat.

18 S. Moe Ronald & R.S. Gilmour, ‘Rediscovering the Principles of Public Administration: The Neglected Foundation of Public Law’, *Pub. Admin. Rev.* 1995/135, afl. 55, p. 135-136.

19 R. O’Leary, D.M. Van Slyke, S. Kim, *The Future of Public Administration around the World: The Minnowbrook Perspective*, Washington: Georgetown University Press 2010; Christensen, Goerdel & Nicholson-Crotty 2011.

in de ontwikkeling van openbaar bestuur. Minnowbrook I werd gekenmerkt door Dwight Waldo's²⁰ visies op de democratische en morele basis van het openbaar bestuur – het algemene wantrouwen in de overheid leidde tot een discussie over de (wenselijke) beperkingen van overheidsbevoegdheden. Overheidsbevoegdheden werden gezien als een potentiële, institutionele inbreuk op individuele rechten en burgerlijke vrijheden. Gerechtelijk toezicht was vereist om de bescherming van rechten zoals vastgesteld tijdens de sociale revolutie in de jaren 60, evenals andere wettelijke toezichthouders om burgers te beschermen tegen willekeur en misbruik van overheidsmacht. Minnowbrook II draaide om de visies van Herbert Simon over het systematiseren van bestuurlijk gedrag).²¹ De nadruk op productiviteit en prestaties zorgden er voor dat betrokkenheid van juristen en wetgever werd beschouwd als inefficiënt wegens bureaucratie, onwenselijke inmenging en de neiging om over van alles procedures aan te spannen. Tot slot vond Minnowbrook III plaats tijdens de jongste financiële crisis. De deelnemers uitten hun onvrede over de dominantie van marktmechanismen in het openbaar bestuur. Deelnemers benadrukten dat de democratische waarden zoals gelijkheid, transparantie en representativiteit herbevestigd zouden moeten worden in het openbaar bestuur en hebben ook ideeën geopperd over hoe managers het publiekrecht beter zouden kunnen toepassen.

5. VRAGEN

Nadenken over openbaar bestuur en recht brengt veel interessante aspecten van deze concepten aan het licht. Zij worden gekarakteriseerd als teleologisch tegenover deontologisch, politiek tegenover rechtspraak, responsief versus in zichzelf-gekeerd, grillig tegenover duurzaam, realiteit tegenover fantasie. Dit resulteert regelmatig in provocerende conclusies zoals dat zij beide in elkaar verstrikt zijn geraakt of zelfs 'dood' zijn.²² Is het dejuridiseren van openbaar bestuur en het depolitiseren van publiek recht de oplossing voor deze patstelling? Het idee om bestuursrecht te combineren met de instrumenten en waarden van het new public management (contractualiseren, uitbesteden van diensten naar private partijen of gespecialiseerde semipublieke instellingen, waarbij marktwaarden geïntroduceerd worden in de relatie tussen overheid en burger) kan vanuit die context benaderd worden.

20 Amerikaanse bestuurskundige, voorzitter van de Minnowbrook I conferentie.

21 Christensen, Goerdel and Nicholson-Crotty 2011.

22 S. Zouridis, 'Rule of Law or Law Overruled? Why the Rule of Law Should Be on the Public Administration Research Agenda', *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 2011/2012, afl. IV,2, p. 23-37.

Gezien de toenemende complexiteit van de samenleving is het de vraag of het terzijde zetten van recht als een obstakel, het terzijde zetten van juristen in het openbaar bestuur, het naar voren schuiven van managers en het openbaar bestuur te presenteren als probleemoplossende instantie, daadwerkelijk helpt om het functioneren van openbaar bestuur en de verhouding tussen burgers en ondernemingen te verbeteren. De onderliggende vraag is hoe een dialoog en samenwerking tussen recht en openbaar bestuur vormgegeven kan worden, waarbij de rechtstaatsprincipes gehandhaafd worden zonder ten koste te gaan van effectiviteit en efficiëntie. Hoe zouden bestuurders, bestuurswetenschappers en bestuurs- en staatsrechtsjuristen kunnen bijdragen aan het tot stand brengen van waarden als redelijk bestuur, zekerheid en betrouwbaar bestuur, probleemoplossend bestuur en een bestuur dat kan anticiperen op maatschappelijke ontwikkelingen? In het bijzonder gezien de toenemende complexiteit van de maatschappij: wat is de rol van de rechtsstaat in het openbaar bestuur? Hieronder beschrijven we een aantal ontwikkelingen die de verhouding tussen recht en openbaar bestuur beïnvloeden. We onderscheiden daarbij verschillende aspecten van regelgeving, besturen en rechterlijk toezicht, om te laten zien dat het constitutionele onderscheid tussen verschillende staatsfuncties ook in de context van het openbaar bestuur zinvol is.

6. DEREGULERING, BETERE REGULERING EN ADAPTIVE MANAGEMENT²³

De hoeveelheid regelgeving doet nieuwe vragen rijzen omdat wetgevers zich zijn gaan gedragen als massaproductanten van recht. Is dit hoe het zou moeten zijn? Dragen deze grote hoeveelheden aanpassingen bij aan het doel van de regelgeving? Vraagt deze aanhoudende dosis van nieuw recht om een nieuwe aanpak? Is er een 'New Law Management' nodig? Kortom, er lijkt een strijd te bestaan tussen verschillende talen, zienswijzen en doelen in het openbaar bestuur, tenminste tussen politieke en bestuurlijke rationaliteiten. Wat zou de focus moeten zijn van een dergelijk nieuw openbaar bestuur? Zouden we de-juridisering van het openbaar bestuur moeten nastreven of juist het depolitiseren van het bestuursrecht? Of allebei?

Het idee dat deregulering een noodzakelijke voorwaarde is voor een effectief openbaar bestuur heeft veel vragen opgeroepen. Hoe kan deregulering een vereiste zijn voor openbaar bestuur? Is het onvermijdelijk dat beleidsvorming en beleidsuitvoering door het openbaar bestuur een juridische basis en organisatie heeft? Is het juridische raamwerk daadwerkelijk de oorzaak van een teveel aan bureaucratie? Of is de oorzaak hiervan de toenemende vraag

²³ Eigenlijk: zich aanpassend management. We gebruiken hier verder de Engelse term 'adaptive management'.

naar verantwoording en alle metingen en controles ter uitvoering daarvan?²⁴ (Quasi)markten kunnen wellicht soms een oplossing vormen, maar de economische crisis laat zien dat dit wellicht niet de juiste oplossing voor alle problemen is. Sommigen hebben gesteld dat men er niet op kan vertrouwen dat grote markspelers (bijvoorbeeld banken, de farmaceutische industrie of de voedselindustrie) in het algemeen belang handelen.²⁵ Hoe beïnvloedt dit de verhouding tussen publiek recht en privaatrecht? Civiele aansprakelijkheid van het bestuur doet zich wel degelijk voor. Deze ziet voornamelijk op de uitkomsten van het bestuurlijke proces en hier kunnen hoge bedragen aan compensatie of schadevergoeding mee gemoeid zijn. Het zou alleen zinvol kunnen zijn om het bestuur aansprakelijk te houden voor schade, wanneer dat voor verbetering van het bestuur zorgt zodat toekomstige schadeclaims voorkomen kunnen worden. Maar het is helemaal niet vanzelfsprekend dat ook zo werkt, zekere niet indien bestuursrechtjuristen opzij geschoven zijn in het aan de aansprakelijkheid ten grondslag liggende bestuurlijk proces. Er is derhalve geen aanwijzing dat civiele aansprakelijkheden gebaseerd op externe resultaten van openbaar bestuur zonder meer verbetering van dit bestuur te weeg brengen. Ook technische overwegingen spelen een rol, bijvoorbeeld de normatieve verhouding tussen bestuursrecht en privaatrecht, en de gevolgen voor interne controle als taken uitbestede worden aan private partijen. Is bovendien de verhouding van management en beleidsmakers in het openbaar bestuur tot het privaatrecht anders dan hun verhouding tot het bestuursrecht? Zijn de initiatieven EU Betere Regelgeving,²⁶ Bertelsmann,²⁷ EIPA²⁸ en anderen echt zinvol? Is het verder bureaucratiseren van het wetgevingsproces de juiste benadering? Hoe meten we überhaupt vooruitgang en verbetering? Zijn de toegepaste methoden de juiste? Is effectbeoordeling van regelgeving de sleutel tot beter recht?

24 Vgl. W. van Dooren, G. Bouckaert & J. Halligan, *Performance Management in the Public Sector*, Londen: Routledge 2010, geven weliswaar aan dat performance metingen het openbaar bestuur kan helpen om beter te besturen, maar negatieve sancties voor tegenvallende resultaten zijn niet realistisch (p. 150-158); bovendien zijn er ook negatieve effecten, zoals een wildgroei aan performance indicators en ambtenaren en bestuurders die zich helemaal gaan richten op het produceren van indicator waarden (p. 159-164). Zie voor eenzelfde boodschap ook: John Seddon, *Systems thinking in the Public Sector*, Triarchy Press, Axminster, 2008.

25 Bij voorbeeld: J. Luyendijk, *Dit kan niet waar zijn. Onder bankiers*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas 2015; M. Angell, *The Truth about drug companies*, New York: Random House 2005.

26 https://www.europa-nu.nl/id/vjyqenw8m1ig/agenda_voor_betere_regelgeving.

27 Bertelsmann Stiftung (red.) (Jan Arpe), *To the Man with a Hammer...*, *Augmenting the Policymaker's Toolbox for a Complex World*, 2016, speciaal de bijdragen van Ian Golding en Dick Helbing.

28 www.eipa.eu.

Er zijn twee modellen het vaakst genoemd in de discussie over verbeteren van de regulering: markt-gebaseerde regulering²⁹ en adaptive management.³⁰ De eerste bepleit minimalisme en de tweede experimentalisme. Markt-gebaseerde regulering en adaptive management gaan beiden uit van dezelfde veronderstelling maar verschillen radicaal in de oplossing die zij pogen te bieden.

Markt-gebaseerde regulering poogt de klassieke bestuurlijke discretionaire bevoegdheden te vervangen door een dynamische organisatiemacht van markten en economische prikkels. Het openbaar bestuur heeft de minimalistische taak om een kader vorm te geven waarin er vrije marktwerking bestaat en de marktparticipatie in de gewenste richting wordt gestuurd.

Adaptive management is een gestructureerde besluitvormingsmethode, die wordt gekenmerkt door een iteratieve meerstappenprocedure voor het aanpassen van managementmaatregelen aan veranderende omstandigheden of voortschrijdende inzichten over de effectiviteit van eerdere maatregelen.³¹ Het is als *best practice* gebruikt voor waarschuwingen bij medicijnen of medische apparatuur, maatschappelijke welzijnsprogramma's, regulering van financiële systemen en bij management van natuurlijke hulpbronnen. Adaptive management ziet verscheidene eigenschappen van bestuursrecht zoals burgerparticipatie, rechterlijke toetsing en afdoening als een belemmering voor effectiviteit. Desalniettemin bestaan er wel oplossingen om bestuursrecht te conformeren aan dergelijk management; namelijk door een gespecialiseerd 'adaptive managementtrack' van bestuurlijke procedures, kunnen de kernwaarden van bestuursrecht zo geïmplementeerd worden dat er veel meer ruimte gecreëerd wordt voor adaptive management. De auteurs van dergelijke voorstellen gaan nog verder en hebben conceptwetgeving opgesteld waarmee een dergelijke track gecreëerd wordt voor specifieke typen van besluitvorming.³² Deregulering doet bestuurlijke controle afnemen: adaptive management doet bestuurlijke controle juist toenemen en schept gelegenheid voor burgerparticipatie in het besluitvormingsproces. Het laatste reduceert niet per definitie de omvang van de regulering, maar de regelgeving zal in elk geval beter aansluiten op de relevante ervaring. Er bestaat hier uiteraard ook een directe link met goed bestuur, afhankelijk van hoe het adaptive management en burgers en ondernemingen die belang hebben bij de uitkomsten van het bestuursproces in verhouding tot elkaar staan.

29 J. Freeman & C. D. Kolstad (red.), *Moving To Markets In Environmental Regulation* 3, Oxford: Oxford University Press 2007.

30 L.H. Gunderson & C.S. Holling (red.), *Panarchy: Understanding transformations in human and natural systems*, Washington: Island Press 2002.

31 C. Robin Kundis, J.B. Ruhl, 'Designing Administrative Law for Adaptive Management', *Vanderbilt Law Review* 2014, afl. 67(1), p. 1-63.

32 Idem.

7. GOED BESTUUR ALS EEN OVERKOEPELEND PRINCIPE VOOR BEIDE DISCIPLINES?

Deze bestuurlijke modellen en het idee van goed bestuur hebben veel nieuwe inzichten opgeleverd, in samen met bestuurswetenschappen als afzonderlijke discipline. Dit komt ook tot uitdrukking in de positie van juristen en managers in het openbaar bestuur. Een rechtenopleiding is in sommige landen (bijvoorbeeld Roemenië, Slowakije en Tsjechië) nog steeds een vereiste voor hoge bestuurlijke functies, waar dergelijke functies in andere landen (bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, Nederland, Italië en Portugal) door managers bekleed worden. Het concept van goed bestuur kan behulpzaam zijn om bestuurskunde en rechtsgeleerdheid samen te brengen. Onderstaand bespreken we het concept goed bestuur, het belang van procedurele normen en het eerste vereiste van transparantie voor betekenisvolle burgerparticipatie in het openbaar bestuur.

Goed bestuur

Goed bestuur is een populair onderzoeksonderwerp geworden in onderzoek naar het functioneren van het bestuur. De term werd gebezigd door economen,³³ politicologen (gebaseerd op *Politeia* van Aristoteles en de hervormingen onder Thatcher in de jaren 70 in het Verenigd Koninkrijk), bestuurswetenschappers (bij de ontwikkeling van de *new public management doctrine*), en ook door verscheidene internationale organisaties zoals de Wereldbank en het Internationaal Monetair Fonds bij het beoordelen van hun resultaten in de jaren 80, en vervolgens door de Verenigde Naties en de Europese Unie vanaf de jaren 90 (resultierend in de *White paper* en het *Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie*). De meest aangehaalde definitie van ‘goed bestuur’ wordt gebruikt door de Wereldbank. Deze bevat de concepten ‘rechtsstaat’ om de veiligheid van burgers te garanderen, ‘goed bestuur’ voor billijke besteding van publieke gelden, ‘verantwoordelijkheid’ voor diegene die publieke zaken managen, en ‘transparantie’.³⁴ Deze definitie is echter niet erg uitgebreid en refereert nauwelijks naar operationele normen van goed bestuur.

Johnson en Minis hebben gesteld dat de meeste auteurs de volgende kenmerken en principes erkennen als kenmerkend voor goed bestuur:

- Legitimiteit: De acceptatie van autoriteit van machthebbers door het publiek; het bestaan van een gesanctioneerd kader van regels, processen en procedures.

33 F. Arib, ‘Organisations économiques internationales et gouvernance’, *Problemes économiques* 2014/2839.

34 S. Agere, ‘Promoting good governance’ *Commonwealth Secretariat* 2000.

- Verantwoordelijkheid: Deze hangt samen met legitimiteit: de machthebbers worden als legitiem bestempeld wanneer zij verantwoordelijk gehouden kunnen worden door het volk. Deze verantwoordelijkheid is gewaarborgd door de selectieprocedures voor machthebbers en de procedures die erin voorzien dat besluitvorming onderzocht en bekritiseerd kan worden.
- Effectiviteit van management: Dit vereiste heeft een technische dimensie, en houdt in dat openbare bureaus efficiënt en kundig publieke middelen kunnen omzetten naar publieke diensten en infrastructuur, die aansluiten op de door het volk aangegeven bestaande behoeften en prioriteiten. Prestatieverbetering en transparante processen zijn de belangrijkste elementen hiervoor.
- Beschikbaarheid van informatie: De stroom van informatie is essentieel voor alle banden tussen de burgermaatschappij en de overheid. Het verschaft burgers de mogelijkheid om de effectiviteit van machthebbers te beoordelen. De mogelijkheid voor burgers om deel te nemen en machthebbers verantwoordelijk te kunnen houden is afhankelijk van de beschikbaarheid van informatie over wetten, procedures en resultaten.³⁵

Historisch gezien is het idee van goed bestuur in publiekrecht verbonden met de ontwikkeling van bestuursrecht gedurende de afgelopen 150 jaar samen met de juridisering van de verhouding tussen overheid en burger. Een fundamenteel concept binnen het publiekrecht is de rechtsstaat. Het centrale aspect binnen het idee van de rechtsstaat is rechtszekerheid, oorspronkelijk gebaseerd op een idee uit de Verlichting, dat wetten van de mens rationeel kenbaar moeten zijn als de wetten van de natuur. Dit was gebaseerd op een evenwicht tussen de wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke macht, welke als *conditio sine qua non* werd beschouwd voor het realiseren van rechtszekerheid. Gedurende de ontwikkeling van bestuursrecht – waar de relatie tussen de burger en het bestuur als uitgangspunt werd genomen – zijn veel principes voor goed bestuur ontwikkeld door rechters,³⁶ en door ombudsmannen³⁷ (Langbroek en Rijkema 2005), om de leemten in de wetgeving en de bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid in te vullen. Hierdoor is het mogelijk om besluitvormingsprocessen in termen van normen voor goed bestuur te

35 R.W. Johnson, H.P. Minis Jr., 'Toward Democratic Decentralization: Approaches to Promoting Good Governance', Research Triangle Institute, Juli 1996, beschikbaar via http://www.rti.org/pubs/Toward_demo_decen.pdf.

36 B. Kudrycka, Elaboration of legal principles of proper administration, in: B. Hessel and P. Hofmanski (red.), *Government policy and rule of law*, Bialystok/Utrecht 1997, p. 61-82; Langbroek, Philip, 'General principle of proper administration in Dutch administrative law', in: B. Hessel and P. Hofmanski (red.), *Government policy and rule of law*, Bialystok/Utrecht 1997, p. 83-106.

37 Langbroek, Philip and Peter Rijkema, 'Demands of proper administrative conduct: a research project into the Ombudsprudence of the Dutch National ombudsman', *Utrecht Law Review* December 2006.

beschrijven. Deze principes omvatten zowel procedurele aspecten, aspecten van het afwegen van belangen, mensenrechten en eisen waar besluiten aan moeten voldoen. Wetgeving over bestuurlijke processen is vaak gebaseerd op de implementatie van dergelijke normen in rechtspraak. De essentie is echter dat het bestuur altijd verschillende, vaak contrasterende belangen moeten afwegen, en daarbij ook moet voldoen aan normen van goed bestuur, zowel qua inhoud als in de interactie met de burgers.

Het belang van procedures

Binnen de context van goed bestuur is de voornaamste doelstelling van managers en politici in het openbaar bestuur geweest hoe bestuurlijke procedures te versnellen zonder dat dit ten koste gaat van de rechten en belangen van partijen. Procedures tegen staatsorganen kosten te veel tijd en vertragen de resultaten van bestuurlijke besluitvorming. Bij dit versnellen bestaat het risico dat mensenrechten en beginselen van goed bestuur in het gedrang komen. Recente ontwikkelingen in wetgeving (zoals de Crisis en Herstelwet in Nederland,³⁸ de Federal Emission Control Act in Duitsland, the Planning Act in het VK, de Onteigeningswet, en de nieuwe regels voor toegang tot rechtsbescherming bij de verlening van overheidsopdrachten in Roemenië³⁹), laten zien dat het streven om procedures te versnellen vaak de overhand heeft boven de bescherming van belangen en rechten van burgers. Dergelijke wetgevingsinitiatieven zijn in de literatuur veelal met kritiek ontvangen omdat ze procesrechten van burgers opofferen aan efficiëntie en snelheid.⁴⁰ Wij voegen hier aan nog aan toe dat zij ook de macht verschuiven van burgers en rechtbanken naar het politieke domein en naar het bestuur. Politici en overheidsmanagers zijn meer gericht op resultaten; aanpassingen van processen hebben vooral tot doel om betere resultaten te behalen. Dit is een scherp contrast met de principes van goed bestuur, die naast normen voor resultaten (effectiviteit en efficiëntie) ook normen bevatten over de interacties tussen de overheid en ambtenaren enerzijds, en burgers en ondernemers anderzijds. Goed bestuur draait niet alleen maar om resultaten, maar juist ook om deze interacties. Vanuit het perspectief van de burger – en dus het perspectief van legitimiteit van bestuurlijke beslissingen – zijn deze normen minstens zo belangrijk als de normen betreffende de resultaten. De boodschap van juristen dat billijkheid in procedures essenti-

38 J.M. Verschuuren, 'The Dutch Crisis and Recovery Act: Economic Recovery and Legal Crisis?', *Potchefstroom Electronic Law Journal* 2010, afl. 13, 5, Tilburg Law School Research Paper No. 04/2011; Vgl. C.W. Backes & S. Jansen, 'Quality and Speed of Administrative Decision-Making Proceedings: Tension or Balance?', *Environmental Law Network International ELNI review* 2010/1, p 23-29.

39 D.C. Dragos, B. Neamtu, R. Veliscu, 'Remedies in public procurement in Romania', in: S. Treumer & F. Lichere (red.), 'Enforcement of the EU Public Procurement Rules', *European Procurement Law Series*, Vol. 3, Copenhagen: DJOEF 2011.

40 Verschuuren 2011.

eel is voor de geloofwaardigheid en acceptatie van de uitkomst is herhaaldelijk empirisch onderzocht en bewezen in een onderzoekslijn gevestigd door Tom Tyler en E. Alan Lind en Joel Brockner.⁴¹ Participatie van burgers in procedures en door bestuurders en ambtenaren met respect behandeld worden is essentieel voor de legitimiteit van besluitvorming en van de instellingen die verantwoordelijk zijn voor zowel de procedure als de inhoud van de besluiten.⁴²

Transparantie, openheid

Het transparantiebeginsel is een onderdeel van goed bestuur dat is omarmd door zowel bestuurskundigen als door juristen. Transparantie tussen het bestuur en de burger is een voorwaarde voor daadwerkelijke burgerparticipatie in besluitvorming. In die zin is het zelfs een eerste vereiste voor redelijkheid en billijkheid in de interactie van de overheid met burgers. Het recht richt zich op aansprakelijkheid, en aansprakelijkheid zonder transparantie is onmogelijk. Management is eveneens geïnteresseerd in transparantie om besluiten te legitimeren en bij wijze van communicatie. Transparantie bevordert ook goed bestuur en verbetert de algehele kwaliteit van het openbare bestuur.⁴³ De uitoefening van publieke taken brengt een constante uitwisseling van informatie met zich mee tussen bestuurders en hen die bestuurd worden.⁴⁴ Naast de twee elementen van transparantie die bekend zijn en het meest ontwikkeld – transparantie in besluitvorming en toegang tot documenten – zijn er ook facetten van dit principe die vanuit een publiekrechtelijk perspectief bespreking verdienen: helderheid van procedures, helder ontwerpen van wetgeving, publicatie van regelgeving, motiveringsplicht.⁴⁵

Meer dan 30 jaar geleden bepleitte Richard Stewart, een vertegenwoordiger van de Critical Legal Studies stroming uit de Verenigde Staten, een omvangrijke hervorming van het bestuursrecht.⁴⁶ Bestuursrecht zou te zeer gefocust zijn op

41 E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum 1988; T.R. Tyler, *Why people obey the law: Procedural justice, legitimacy, and compliance*, New Haven: Yale University Press 1990; J. Brockner, *The process matters, Engaging and Equipping People for Success*, Princeton: Princeton University Press 2016.

42 Zie ook: K. van den Bos, L. van der Velden & E.A. Lind, 'On the Role of Perceived Procedural Justice in Citizens' Reactions to Government Decisions and the Handling of Conflicts', *Utrecht Law Review* 2014/10(4), p.1-26. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.287>.

43 Vgl. ook: A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Universiteit Utrecht) 2013, beschikbaar via: <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/269787>.

44 A. Fluckiger, 'Le projet de la loi fédérale sur la transparence: transparence de l'administration ou des citoyens?', in: Tanquerel T. and Bellanger F. (editors), *L'administration transparente*, Genève: Helbing&Lichtenhahn 2002.

45 S. Prechal & M. De Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', *Review of European Administrative Law* 2007/0, 1, p. 51-61.

46 R. Stewart, 'The Reformation of American Administrative Law', *Harvard Law Review* 1975, 88, p. 1667 e.v.

individuele rechten en belangen, waardoor het ideaal van een representatieve democratie werd ondergesneeuwd. Voor het bestuursrecht zou het de uitdaging zijn om nieuwe functies op zich te nemen, en te streven naar de belangen van de klassen in de samenleving die onvoldoende politiek vertegenwoordigd worden, en die zich daarom maar met moeite in het politieke domein kunnen laten gelden. Recht op participatie, toegang tot informatie en toegang tot de rechter voor groepen die een algemeen belang vertegenwoordigen (zoals bescherming van het milieu) waren belangrijke stappen in deze richting. Hoewel toentertijd deze hervorming niet helemaal succesvol was, is tegenwoordig in elk geval op internationaal en op Europees niveau het ontstaan van een bestuursrecht zichtbaar dat zich richt op participatie van burgers in besluitvormingsprocessen.⁴⁷ Transparantie en openheid veronderstellen twee kanten: zij kunnen gekenmerkt worden als een norm en als een middel. Transparantie en openheid als een norm zijn onderdeel van een waardensysteem van elke liberale democratie en van mensenrechten. In deze context verschaffen ze burgers de aanspraak om kennis te nemen van overheidszaken en ze liggen ook aan de basis van overheidsplichten en verantwoordelijkheden om deze principes te omarmen. Transparantie en openheid zijn ook middelen om efficiëntie en effectiviteit te vergroten, door de overheid onder druk te zetten zich te onderwerpen aan onderzoek en publieke oordeelsvorming.⁴⁸ De transparantie van het besluitvormingsproces is ook een van de belangrijkste ontwikkelingen die heeft plaatsgevonden in de context van het new public management,⁴⁹ welke uitgaat van een meer open en burgercentrale bestuurlijke organisatorische cultuur en praktijk, hoewel evenzeer georiënteerd op resultaten.

In de context van de discussie over public management versus publiekrecht is het interessant om de mogelijke spanningen te bezien tussen de verschillende technieken om transparantie te bevorderen, zoals toegepast door managers en wetgevers, en deze op hun effectiviteit te beoordelen. De discussie is zeer breed en wij kunnen in deze bijdrage geen recht doen aan alle inzichten die in die discussie naar voren zijn gebracht.

Nagenoeg alle overheden beschermen het besluitvormingsproces van hun instellingen door conceptwetsvoorstellen en conceptdocumenten uit te sluiten van het recht op informatie. Vanuit een puur publiekrechtelijk perspectief zou het vrijgeven van dergelijke informatie burgers informeren over de handelin-

47 C. Harlow, 'Law and public administration: convergence and symbiosis', *International Review of Administrative Sciences* 2005, afl. 71(2), p. 279-294.

48 Y. Dror, 'Transparency and openness of quality democracy', in: M. Kelly (red.) *Openness and transparency in Governance: challenges and opportunities*, Maastricht: NISPAce forum 1999.

49 J. V. Denhardt & R. B. Denhardt, *The New Public Service, Serving not Steering*, London/ New York: Sharpe 2003.

gen van de overheid voordat eventuele schade zich heeft voorgedaan (wanneer het gaat om wetten die rechten en belangen van partijen beïnvloeden). Het vrijgeven van die voorstellen zou dus een essentieel onderdeel van het recht op informatie zijn. Echter, vanuit het perspectief van openbaar bestuur moeten beleidsmakers genoeg vertrouwen kunnen hebben in het besluitvormingsproces om hun verschillende invalshoeken en visies aan het publiek en belanghebbenden kenbaar te maken. Als gevolg daarvan voorziet de regelgeving ook in bescherming van het besluitvormingsproces, ten minste tot een definitieve beslissing is gevallen. De uitzondering betreffende de openbaarmaking van interne besluitvorming bestaat in de meerderheid van westerse democratieën⁵⁰ en kan in drie componenten worden onderscheiden: a) advies aan beslissende instanties of ambtenaren; b) beraadslagingen van publieke autoriteiten; en c) interne regels en regulering door publieke autoriteiten betreffende hun werknemers en hun functioneren. De uitzondering is een lang bestaande praktijk dat advies aan de overheid niet openbaar wordt gemaakt. Het idee is dat openbaar gemaakte informatie afbreuk zou doen aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van ministers of andere ambtenaren, en een vrije en eerlijke advisering en beraadslagingen zou verhinderen. Hier bestaan drie redenen voor: het aanmoedigen van een open en eerlijke discussies over beleid tussen ondergeschikten en leidinggevenden; het beschermen van ambtenaren en bestuurders tegen het voortijdig openbaar maken van voorgesteld beleid voordat het feitelijk is besloten; en om burgers te beschermen tegen de verwarring die wellicht het resultaat kan zijn van het openbaar maken van redeneringen en overwegingen die uiteindelijk eigenlijk niet de doorslag gaven voor het handelen van een bestuursorgaan.⁵¹ Hoe dat ook zij, interne bestuurlijke belangen hebben in het traditionele perspectief voorrang boven genoemde argumenten voor openbaarmaking. Dit traditionele perspectief op transparantie gaat uit van een niet-participatie, representatieve democratie. Gezien de enorme zichtbaarheid van bestuurlijke voorbereidingen en besluitvorming, laat staan de verscheidene lekken op internet, zijn wij van mening dat de huidige situatie niet lang kan voortduren. Het lijkt onvermijdelijk dat op een gegeven moment politieke en bestuurlijke processen open komen te staan

50 P. Birkinshaw, *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, chapter 12; Open Society Justice Initiative, *Transparency and Silence: A survey of access to information laws and practices in fourteen countries* (2006), beschikbaar via: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/transparency-and-silence-survey-access-information-laws-and-practices-14-countries>; H. Kranenborg, W. Voermans, *Access to Information in the European Union: A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

51 Vgl. United States Department of Justice guide to freedom of information, zie: <https://www.justice.gov/oip/doj-guide-freedom-information-act>.

voor burgerparticipatie in verschillende vormen en kwaliteiten. Elektronische media maken dergelijke participatie mogelijk en dit betekent ook dat er een verandering plaatsvindt in de verhouding tussen de onvermijdelijke verborgenheid van voorbereiding van besluitvorming in het algemeen belang en de noodzaak om burgers een leidende stem te geven in hun bestuur. Het delen van informatie en verschillende wijzen van directe deelname van burgers in bestuurlijke besluitvorming zou het bestuur kunnen hervormen naar een situatie die beter past in het idee van de rechtsstaat waar de focus op de procedure ligt met een groter respect voor burgerschap dan in vanuit instrumentalistisch perspectief.

8. RECHTERLIJKE TOETSING VERSUS CONFLICTOPLOSSING

Het bestuur fungeert als tussenpersoon op verschillende overheidsniveaus. De functie van het bestuur is om burgerinitiatieven mogelijk te maken, en deze initiatieven af te wegen tegen belangen van andere personen en ondernemingen. Dat betekent concreet: Grenzen stellen, voorwaarden eisen, risico's op schade beperken, de wet te handhaven en ontelbare maatschappelijke activiteiten reguleren.

Rechterlijke toetsing van bestuurlijke handelingen verschilt aanzienlijk van een civiele rechterlijke procedure. Het bestuur fungeert als derde partij tussen burgerbelangen, waardoor het toetsen van bestuurlijk handelen vergelijkbaar is met hoger beroep in een civiele zaak. Het bestuur moet informatie verzamelen, belangen afwegen, beslissingen nemen, communiceren met belanghebbende burgers en bedrijven, naleving afdwingen, enzovoorts. De rechter wanneer hij daartoe wordt verzocht beoordeelt de rechtmatigheid van dergelijk handelen. Een klassieke vraag is hoe ver rechterlijke toetsing moet gaan: zouden rechters zich minder moeten richten op de vereisten van een eerlijk proces en meer op de inhoud? Zouden ze dichtbij de letterlijke bewoordingen van de regelgeving moeten blijven of zijn ook andere omstandigheden van belang? In elk geval zouden rechters ook moeten toezien op het gebruik van de discretionaire bevoegdheden door het bestuur, binnen de grenzen van hun bevoegdheid. Het is ook een taak van rechters om naar aanleiding van een zaak tegenwicht te bieden aan het bestuur, als dit het recht negeert of verkeerd toepast.

De organisatie van conflictoplossing tussen burgers en openbaar bestuur wordt verschillend gezien vanuit het recht en vanuit het openbaar bestuur. De traditionele wijze vanuit het bestuursrecht is de bestuursrechter een formele bevoegdheid toe te kennen op te beslissen of binnen de juridische grenzen gebruik is gemaakt van de bestuurlijke bevoegdheid, of niet. De doctrine van machtscheiding vereist dat bestuursrechters geen oordelen kunnen geven

die bestuurlijke besluiten kunnen vervangen. Daarom wordt een zaak als een besluit vernietigd wordt altijd teruggestuurd naar het betreffende bestuursorgaan, behalve wanneer het om schade gaat of wanneer een zaak overduidelijk is. Het bestuursorgaan moet dan een nieuw besluit nemen, het rechterlijke oordeel in overweging nemend. Dit heeft het voordeel dat het bestuur kan voortgaan, maar het nadeel – in het bijzonder in zaken met derden belanghebbenden – is dat appellanten het risico lopen om hun zaak alsnog te verliezen bij het bestuursorgaan, ook al hebben ze hun zaak bij de rechter ‘gewonnen’. Daarom hebben bestuursrechters meer een rol die gedefinieerd kan worden als juridische controle dan als conflictoplossing. Grotere ondernemingen kunnen zich veelal advocaten veroorloven die zich bewust zijn van dergelijke risico’s, ook als het toepasselijke recht ingewikkeld is, waar normale personen zich zulke advocaten vaak niet kunnen veroorloven. Bestuursrechtelijke procedures en uitspraken kunnen daarom een onaangename en dure ervaring zijn voor burgers en kleine ondernemingen, die het vertrouwen in de overheid niet bevorderen.⁵² Bestuursrechters dragen bij aan het opleggen van macht van de staat en weinig aan conflictoplossing, vanwege de terughoudendheid ingegeven door machtscheiding. In de laatste paar jaar zijn echter meer informele manieren van conflictoplossing ontwikkeld (mediation, ombudsman, arbitrage) welke zelfs de laatste formele publiekrechtelijke bolwerken hebben weten binnen te dringen.⁵³ In de formele bestuursrechtelijke rechtsbescherming lijkt Nederland daarmee in Europa voorop te lopen.

Traditioneel gezien gaat het bestuursrecht uit van een top-down benadering, bureaucratische delegatie en specifieke wetten van besluitvorming. Een nieuwe ontwikkeling in de verhouding tussen publiekrecht en openbaar management is de snelle toename van bottom-up benaderingen, die concurreren met de traditionele top-down modellen.⁵⁴ Mediation is hier een voorbeeld van, het gebruik hiervan is gegroeid vanuit privaatrecht naar publiekrecht, tot in het bestuur en bestuursrechtelijke procedures. In de afgelopen 25 jaar is mediation steeds belangrijker geworden in het oplossen van conflicten tussen burgers en bestuur, als snelle, goedkope en emotioneel minder stressvolle methode dan de complexe en formele juridische procedure. Het bevorderen van mediation in de bestuursrechtelijke procedure hangt samen met management principes: de betrekkelijke efficiëntie en effectiviteit van normale bestuursrechtelijke procedures, en het streven naar minder procedures. Een ander gebied waar

52 Martje Boekema laat zien dat burgers, maar ook advocaten hun kansen in bestuursrechtelijk hoger beroep systematisch te hoog inschatten. Vgl. M. Boekema, *De stap naar hoger beroep* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), 2014.

53 D.A. Verburg & B.S. Schueler, ‘Procedural Justice in Dutch Administrative Court Proceedings’, *Utrecht Law Review* 2014, afl. 10(4), p. 56-72; D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil...de bestuursrechter als geschilbeslechter*, Den Haag: Sdu 2011.

54 R. Caranta & A. Gerbrandy (red.), *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2011.

mediation ook een rol speelt is binnen de reeds bestaande beroepsprocedures, waar mediation kan leiden tot een betere acceptatie van beslissingen en betere verhoudingen en vertrouwen tussen overheid en burgers. In de laatste jaren hebben verscheidene Europese landen beleid geïmplementeerd om ambtenaren, juristen en rechter bewust te maken van de positieve invloed van mediation op het gebruik van mediation technieken (effectieve communicatie en conflictoplossing) tijdens bestuurlijke procedures. Nationale wetgevers hebben wetgeving geïntroduceerd over mediation in algemene zin en in sommige gevallen refereert deze wetgeving ook naar mediation in bestuursrechtzaken.⁵⁵ Dit is geheel in lijn met de onderzoeksresultaten van Tyler en Lind over ervaringen van partijen in procedures en acceptatie van de uitkomst door partijen.

Er zijn voorbeelden van dergelijke inspanningen om mediation te bevorderen: in Roemenië bestaat bijvoorbeeld een verplichting om partijen te informeren over mediation, en in Duitsland werken rechters en de overheid samen om in het bestuursrechtstelsel ruimte te maken voor mediation.⁵⁶ In Nederland bestaat een nieuwe aanpak in bestuursrechtprocedures waarbij het bestuur en de appellant onder druk kunnen worden gezet om flexibel te zijn en deel te nemen aan het onderhandelingsproces: de nieuwe zaaksbehandeling.⁵⁷ Daarnaast is ook verwijzing naar mediation mogelijk, blijkens de websites van de rechtsbanken op rechtspraak.nl.

Een ander instituut dat een uitdaging vormt voor de klassieke opvatting van machtscheiding en de legitimiteit van rechterlijke conflictoplossing is de Ombudsman. De erkenning van het problematische karakter van de verhouding tussen overheid en burger ligt aan de basis van het concept van de Ombudsman. In verschillende contexten vervult de Ombudsman verschillende functies. De Ombudsman vervult vaak een rol die complementair is aan de juridische bescherming van burgers tegen het bestuur en is daarom van belang voor het behoud van de rechtsstaat. Tegen de achtergrond van het New Public Management heeft de Ombudsman de burger in een nieuwe positie gezet binnen de representatieve democratie. Ombudsmannen functioneren als een nieuw soort vertegenwoordiger voor burgers in hun capaciteit als onderwerp en afnemer van publieke diensten. De rol van de Ombudsman is es-

55 K.J. De Graaf, A.T. Marseille, H.D. Tolsma, 'Mediation in administrative proceedings: a comparative perspective', in: D.C. Dragos, B. Neamtu (red.), *Alternative dispute resolution in European Administrative Law*, Londen: Springer 2014.

56 G. Zimmerer, 'Best Practices in ADR: Pilot Project in Bavaria for Administrative Courts, presentation at the TAIEX Workshop in Ankara', September 2015, available at [http://www.ejtn.eu/Documents/Administrative%20Law%202015/3\)%20ADR%208-9%20October/ZIMMERER_Gerda_Best_Practices_ADR_Bavaria_AD2015_03_Bautzen.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/Administrative%20Law%202015/3)%20ADR%208-9%20October/ZIMMERER_Gerda_Best_Practices_ADR_Bavaria_AD2015_03_Bautzen.pdf).

57 Verburg & Schueler, 2014.

sentieel in deze context. In relatie tot het concept van goed bestuur analyseren wetenschappen de verhouding tussen rechters en de Ombudsman als twee institutionele actoren die het meest direct verbonden zijn met deze notie.⁵⁸ In dit opzicht is de inter-institutionele verhouding tussen rechters en ombudsmannen cruciaal voor een coherente ontwikkeling van het begrip goed bestuur, in het bijzonder in gevallen van 'kruisbestuiving' tussen de twee instellingen in vormgeven en definiëren van het concept 'goed bestuur'.⁵⁹

Een algemene trend die wij kunnen signaleren ziet niet alleen op de toename in hoeveelheid en typen Ombudsman instituties, maar ook op aanzienlijke veranderingen in de functies die oorspronkelijk geassocieerd werden met het concept ervan.⁶⁰ Een eerste verschuiving ziet op de overgang van het bestraffen van ambtenaren die fouten hebben gemaakt naar het onderhouden van een goede behoorlijkheidsstandaard binnen publieke diensten en het voorzien in remedies in individuele gevallen. Aanvullende functies van deze instelling in verscheidene jurisdicties omvatten onder meer:

- Identificatie van systematische fouten in het functioneren van openbaar bestuur en het verschaffen van algemene aanbevelingen over goed bestuur;
- Bevorderen van een 'open overheid', in die zin dat de Ombudsman de autoriteit heeft om klachten te behandelen over de wijze waarop publieke lichamen zijn omgegaan met verzoeken onder toepassing van de gedragscode of relevante wetgeving;
- Nazien van verslagen van telefoontaps;
- Bescherming van klokkenluiders;
- Mediation en verzoening met als doel een bevredigende uitkomst te bewerkstelligen voor de klager en de instelling, zo snel mogelijk en zo informeel mogelijk; en
- Een onderwijzende rol, in het bijzonder in Oost-Europese landen en Latijns-Amerika.⁶¹

Overigens heeft ook in strafprocedures de afgelopen decennia een belangrijke ontwikkeling plaatsgevonden: het ontstaan van zogenaamde problem solving courts, het eerst in New York en Florida, later veelvuldig gecopiëerd tot in Australië aan toe. In het licht van deze uiteenzetting is vooral interessant dat dit volstrekt een bottom-up beweging is geweest, vanuit de constatering dat de gewone strafrechtelijke procedure niet werkte gezien de draaideur criminelen.

58 D. Dragos, B. Neamtu & R. Hamlin (red.), *Law in Action: Case Studies in Good Governance*, East Lansing, Michigan, USA: IPPSR 2012.

59 M. Remac, *Coordinating Ombudsmen and the Judiciary*, Antwerpen: Intersentia 2014.

60 R. Gregory & P. Giddings, 'The Ombudsman Institution: Growth and Development', in R. Gregory and P. Giddings (red.), *Righting Wrongs. The Ombudsmen in Six Continents*, Amsterdam: IOS Press 2000.

61 Idem.

Problem solving courts zijn oorspronkelijk opgezet vanuit lokale behoeften en niet gebaseerd op een beleidsontwerp, maar zijn door trial and error verder ontwikkeld vanuit de praktijk, door rechters, advocaten en hulpverleners.⁶²

9. KAN DE KLOOF TUSSEN RECHTSGELEERDHEID EN BESTUURSKUNDE, TUSSEN JURISTEN EN BESTUURDERS WORDEN OVERBRUGD?

De inspanningen van de bestuurskunde om zichzelf te onderscheiden van de rechtsgeleerdheid kan heel simpel uitgelegd worden als het beschermen van hun eigen belang. Maar juristen doen dat ook.⁶³ Juristen hebben bestuursrecht gedefinieerd in termen van rechterlijke controle en zo een relatief nieuw juridisch terrein gecreëerd, terwijl voor de bestuurskunde het lostrekken van het bestuur uit het juridische domein centraal stond om het bestaan van nieuwe scholen voor het openbaar bestuur en het bestaan van openbaar bestuur als afzonderlijk onderzoeksgebied te rechtvaardigen.⁶⁴ De bestaande scheiding komt voort uit diezelfde redenen die de scheiding ook ooit deden ontstaan. Die scheiding wordt verder aangezet door scepticisme over het vermogen van rechters om te oordelen over de complexiteit van het regelgevingsproces,⁶⁵ en over het vermogen van juristen om bestuurlijke oplossingen te genereren.⁶⁶ De interne handelingen van publieke lichamen worden in het algemeen niet beschouwd als extern opgelegd en dus niet als ‘recht’; het gevolg is dat deze handelingen niet worden onderworpen aan onderzoek en juridische verantwoording. Tegelijkertijd doet het management denken, geïnspireerd door de private sector, alsof zorgen over verantwoordelijkheid gedateerd of anachronistisch zijn.⁶⁷ Toch zijn er ook voorstanders van een nauwere samenwerking tussen juristen en bestuurswetenschappers.⁶⁸

62 G. Berman & J. Feinblatt, *Good Courts. The Case for Problem-Solving Justice*, New Orleans, Louisiana: Quid Pro Books 2015 (second edition). Er is nog heel veel meer literatuur. Problem Solving Justice is een van de thema's van onderzoek van het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing.

63 Metzger 2015.

64 W.C. Chase, ‘The American Law School and the Rise of Administrative Government’, *Colum. L. Rev.* 1982, p. 47-59; Lynn 2009.

65 Metzger 2015.

66 De houding van de juristen van de NAM bij de aanpak van de vergoeding van aardbevingsschade in Groningen is daarvan een negatief voorbeeld. Zie de lezing die Wallage op 15 december voor SBR gaf.

67 Lynn 2009.

68 Bijvoorbeeld: Jacques Ziller, ‘Public law: a tool for modern management, not an impediment to reform’, *International Review of Administrative Sciences* 2005, afl. 71(2), p. 267-277; Zouridis 2009, hoofdstuk 4.

De laatste 25 jaar worden ook gekenmerkt door een toegenomen belang van rechtspraak bij de verantwoording over uitkomsten, in samenhang met de neiging van politici en bestuurders om op uitkomsten te sturen. Onderzoek leert ons dat resultaten belangrijk zijn, maar dat het besluitvormingsproces, de interne en externe transparantie, de wijze waarop burgers behandeld worden door ambtenaren en politici en in hoeverre er naar hen geluisterd wordt in het besluitvormingsproces minstens even cruciaal zijn voor de acceptatie van beslissingen als resultaten. De gerichtheid op resultaten van managers in het openbaar bestuur kan wellicht meer goed dan kwaad doen voor de legitimiteit van het openbaar bestuur. Het overbruggen van de kloof lijkt daarom noodzakelijk, ook om het in de bestuurskunde en in het openbaar bestuur meer aandacht aan het recht te kunnen geven, en om de publieke dienstverlening te verbeteren.⁶⁹

Samenwerking van publiekrechtjuristen en bestuurders kan zowel vormgegeven worden door uitwisseling van informatie tussen rechters en openbaar bestuur, als door samenwerking tussen Ombudsmannen en organisaties in openbaar bestuur. Voor bestuursrechtjuristen is het noodzakelijk om te erkennen dat bestuursrecht meer doet dan rechtshandhaving en rechterlijke controle; het maakt ook bestuurlijk handelen mogelijk. Beleidsmakers zouden verplicht moeten worden om toe te lichten hoe hun instrumentalisme zich verhoudt tot het idee van de rechtsstaat en met de behoorlijkheidsnormen en rechtsnormen voor besluitvormingsprocessen, en hoe rechten en plichten van burgers een betekenisvolle rol kunnen spelen in besluitvormingsprocessen.⁷⁰

Een hindernis die genomen moet worden is dat in de wetenschap rechtsgeleerdheid en bestuurskunde methodologisch gezien onafhankelijk van elkaar zijn ontwikkeld. Juristen zijn gemiddeld genomen qua empirische methodologie niet sterk, maar kunnen aan alle maatschappelijke disciplines en ook aan het openbaar bestuur bijdragen met hun normatieve analyses. Bestuurswetenschappers voeren steeds vaker kwalitatief en kwantitatief empirisch onderzoek uit en negeren de rechtsgeleerdheid grotendeels, zoals andere sociale wetenschappen. Maar bestuurswetenschap versmalt zo tot een empirische sociologie van het openbaar bestuur. Dit wederzijds onbegrip oplossen zal in de wetenschap moeilijker zijn dan in praktijk. Het is daarom waarschijnlijker dat de kloof tussen juristen en bestuurswetenschappers overbrugd zal worden vanuit de praktijk dan vanuit de wetenschap. Als de kloof overbrugd wordt zou een continue uitwisseling van informatie tussen politici, openbare managers, ambtenaren en juristen, zelfs tussen bestuur

69 D.A. Farber & A.J. O'Connell, 'The Lost World of Administrative Law', *Tex. L. Rev.* 2014 92/1137, p. 1138-39, 1155-57; Christensen, Goedel & Nicholson-Crotty 2011.

70 J.L. Mashaw, *Creating The Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years Of American Administrative Law*, Yale University Press 2012.

en rechters moeten plaatsvinden. Machtenscheiding kan daarbij beschermd worden⁷¹ door de rollen van personen in dergelijke communicatieve functies als zodanig te definiëren, en hen weg te houden van rechterlijk werk. Van juristen en managers in het openbaar bestuur kan verwacht worden dat zij durven te werken met vage normen die het resultaat zijn van politieke beleidscompromissen. Een reflex zou dan niet moeten zijn om als eerste prioriteit rechtszekerheid te creëren (voor juristen) en risico's te beperken (voor managers), maar om een proces van interacties te ontwerpen dat de resultaten uiteindelijk ondersteunt. Ook hier dient het belang van de normen van goed bestuur van redelijkheid, transparantie en toegankelijkheid van het besluitvormingsproces voor burgers voorop te staan voor, tijdens en na de afronding van het voortdurende bestuurlijke proces. Intussen is er ook voor de academische juristen en bestuurskundigen werk aan de winkel, om na te gaan hoe samenwerking op een open manier vorm kan worden gegeven. Aan de Universiteit Utrecht biedt het strategische thema Instituties daartoe een platform. De vraag is hoe publiekrechtsjuristen en bestuurskundigen bij kunnen dragen aan elkaars' onderzoek.

71 D.H. Rosenbloom, *Public administration and law: Bench v. Bureau in the United States*, New York: Marcel Dekker 1983; W. Simon, 'The Organizational Premises of Administrative Law', *Law & Contemp. Probs.* 2014, 77.

NAAR MEER ERVAREN LEGITIMITEIT VAN DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

Hilke Grootelaar en Kees van den Bos

‘Vertrouwen in de rechtspraak, zo langzamerhand is het een gevleugeld begrip geworden, in de media maar zeker ook binnen de rechterlijke macht. Een begrip waarbij altijd zorgelijk wordt gekeken. Bestaat er voor een rechter iets meer vreselijks dan de gedachte aan een afbrokkelend vertrouwen, het verdwijnen van de legitimiteit van zijn uitspraken en daarmee, deze idee in het extreme doorgevoerd, de ondergang van de rechtsstaat zoals we die kennen? Het is een absoluut schrikbeeld en dat is waarschijnlijk de reden dat menig congres, symposium en discussiebijeenkomst ‘vertrouwen in de rechtspraak’ als thema heeft.’¹

1. INLEIDING

Met deze woorden begon voormalig president van de Hoge Raad Geert Corstens in 2011 zijn toespraak op de discussiebijeenkomst ‘Rechters bij de tijd’. Inderdaad, er bestaat voor individuele rechters en de rechtspraak als derde macht in onze democratische rechtsstaat niets dat meer vreselijk is dan het verdwijnen van het vertrouwen van burgers in haar functioneren en daarmee haar legitimiteit en bestaansrecht. Het belang van vertrouwen in de rechtspraak kan moeilijk worden overschat.² De rechtspraak heeft dan ook als plicht om het vertrouwen in haar functioneren te behouden en te bestendigen. Deze boodschap is de afgelopen jaren binnen de rechtspraak, de rechtswetenschap en onder opiniemakers niet onopgemerkt gebleven.

Volgens Corstens zijn er twee manieren om vertrouwen te doen toenemen: de aandacht meer naar buiten richten en zich meer laagdrempelig opstellen, of de aandacht juist meer naar binnen richten en zich afstandelijker opstellen, met boven de toga het liefst ook nog een pruik.³ Zoals wij in deze bijdrage aan de hand van verschillende initiatieven zullen laten zien, gaat de Nederlandse rechtspraak duidelijk voor het eerste. Maar voordat wij dat doen, gaan wij eerst in op de vraag waaraan de Nederlandse rechtspraak haar legitimiteit eigenlijk ontleent.

1 G.J.M. Corstens, ‘Vertrouwen in de rechtspraak’ in: *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*, nr. 10, 2011, p. 365.

2 C. Maas, M. Kallen-Morren, G. Knoops, R. Loeb, H. Nieuwenhuis en T. Zwart, *De legitimiteit van de rechterlijke macht. Ideeën voor behoud en versterking*, Den Haag: Prof. mr. B.M. Teldersstichting 2013, p. 1.

3 Corstens 2011, p. 365.

Het antwoord van een positiefrechtelijke jurist op deze vraag zal waarschijnlijk als volgt luiden. Het optreden van de rechter valt niet direct democratisch te legitimeren. De rechtsprekende macht dankt haar legitimiteit aan de mate van rechtmatigheid van haar handelen en haar bijzondere positie in onze samenleving. Een onafhankelijke, onpartijdige rechtspraak die handelt binnen de grenzen van de wet en rechtsbeginselen is immers een essentiële voorwaarde voor het bestaan van onze rechtsstaat.

Het gebruik van het begrip legitimiteit is niet enkel voorbehouden aan juristen. Zoals vaker met containerbegrippen, worden ze gretig in allerlei wetenschappelijke disciplines, met ieder een eigen begrippenkader en onderzoeksfocus, op een verschillende manier gebruikt. Dit heeft als gevolg dat het begrip legitimiteit meerdere betekenissen kan aannemen. In deze bijdrage betogen wij dat de Nederlandse rechtspraak de zogenoemde positiefrechtelijke definitie van legitimiteit steeds meer verbreed met een sociaalwetenschappelijke kijk op het begrip. Het gaat dan niet alleen meer om het handelen van rechters in overeenstemming met de wet en rechtsbeginselen, maar ook om de vraag of de Nederlandse rechtspraak door de burger als legitiem wordt ervaren.

2. LEGITIMITEIT

Juridisch perspectief op legitimiteit

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) definieert legitimiteit als de vrijwillige aanvaarding van het recht en democratische rechtsstaat door burgers, gestoeld op de wederkerige relatie die zij met de overheid hebben. Zowel de gezagsdragers als burgers onderwerpen zich aan de regels.⁴ Deze rechtsstatelijke benadering van legitimiteit komt overeen met de juridische benadering van legitimiteit. In het Nederlandse juridische spraakgebruik wordt legitimiteit van de overheid rechtstreeks in verband gebracht met 'recht'.⁵ Legitimiteit is dan ook afgeleid van het woord 'lex', hetgeen in het Latijn 'wet' betekent. In de positiefrechtelijke benadering van legitimiteit staat het rechtmatigheidsgehalte van overheidsdaden als grondslag voor het overheidsgezag centraal. Het gaat dan om zowel de wetmatigheid van dit handelen in het licht van de wet en de rechtmatigheid in het licht van ongeschreven en meer algemene rechtsbeginselen, zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en behoorlijk bestuur.⁶ Belangrijk om hierbij op te merken is dat het bij rechtmatigheid niet

4 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat, rapporten aan de regering* 63, Den Haag: Sdu uitgevers 2002, p. 248.

5 A.J. Hoekema, *Legitimiteit door legaliteit, over het recht van de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991, p. 7.

6 Hoekema 1991, p. 8.

gaat om de meer rechtsfilosofische vraag in hoeverre het overheidshandelen ook echt het recht dient en moreel gerechtvaardigd is.⁷

Juridische legitimiteit betekent vanuit dit perspectief dus dat het overheidshandelen de toets van rechtmatigheid doorstaat. Wanneer de overheid legitiem handelt in overeenstemming met de wet en rechtsbeginselen mag van burgers worden verwacht dat zij dit overheidshandelen aanvaarden. Binnen deze benadering wordt niet getoetst of burgers het overheidshandelen daadwerkelijk aanvaarden; dit is een objectieve normatieve veronderstelling.

Vanuit de rechtssociologie is veel kritiek geweest op deze normatieve veronderstelling en de dominante positie die de positiefrechtelijke legitimiteitsbenadering lange tijd heeft gehad. Al in 2000 wees Huls op de inzichten uit rechtssociologie en organisatiekunde die rechters uit hun gesloten juristenwereld halen en kunnen helpen met het veroveren van hun ondermijnde gezag. Rechters moeten inzicht hebben in de maatschappelijke context waarbinnen hun oordeel effect moet sorteren. Zij moeten reflexiever opereren.⁸ De juridische opvatting dat handelen volgens de normen van het recht voldoende is om legitimiteit te waarborgen, kan leiden tot een te beperkt zicht op wat burgers als rechtvaardig ervaren.⁹ Burgers verwarren bijvoorbeeld ‘het bevoegd gezag’ vaak met de dienstdoende ambtenaren die het gezag steunen, oftevel, de ambtenaren met wie zij direct persoonlijk contact hebben. Staatsrechtelijk zijn ze dan in de war, maar sociaalwetenschappelijk gesproken is die verwarring zo gek niet.¹⁰

Sociaalwetenschappelijk perspectief op legitimiteit

In de sociale wetenschappen wordt legitimiteit benaderd als een subjectief begrip; het gaat er om hoe overheidshandelen door burgers wordt *ervaren*. Niet alleen moet de overheid een normatieve basis hebben voor haar handelen, ook moet zij daadwerkelijk het vertrouwen van burgers genieten. Legitimiteit omvat het vertrouwen van burgers dat de overheid in staat en bereid is om, op correcte wijze, de voor het individu en de samenleving benodigde prestaties te leveren en daarop aanspreekbaar te zijn.¹¹ Als het gaat om interacties tussen overheid en burger, en meer specifiek rechter en rechtzoekende, heeft legitimiteit veelal betrekking op de waargenomen rechtvaardigheid van de beslissing

7 Hoekema 1991, p. 8-9.

8 N.J.H. Huls, ‘Enige rechtssociologische opmerkingen over effectiviteit in de rechtspleging’ in: J.M. Barendrecht e.a., *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 2000, p. 178-179.

9 Dit heeft ook te maken met de mate waarin burgers wettelijke normen die door de rechter worden toegepast als rechtvaardig ervaren. De ervaren rechtvaardigheid van wet en regelgeving laten wij in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing.

10 Hoekema 1991, p. 3.

11 A.K.J.M. van Steenberghe, *Legitimiteit en fiscale rechtshandhaving*, Den Haag: Centrum voor kennis en communicatie Belastingdienst 2013, p. 28.

– uitkomstrechtvaardigheid – en de waargenomen rechtvaardigheid waarmee de procedures zijn toegepast en hoe de rechter heeft gehandeld – procedurele rechtvaardigheid.¹²

De sociaalpsycholoog en *law school* professor Tom Tyler heeft veel geschreven over de sociaalwetenschappelijke betekenis van legitimiteit. In zijn belangwekkende boek ‘Why people obey the law’ uit 1990, zoekt Tyler een antwoord op de vraag waarom burgers de wet naleven. Hij maakt daarbij een onderscheid tussen een instrumentele en normatieve beantwoording van deze vraag. Vanuit een instrumenteel perspectief is de veronderstelling dat de naleving van regels vooral wordt bepaald door een rationele afweging van de persoonlijke voor- en nadelen die mensen ondervinden als gevolg van regelnaleving. Verhoging van de strafmaat en de pakkans zijn dan factoren die van invloed zijn op het gedrag van mensen. Het normatieve perspectief dat Tyler zelf voorstaat, gaat daarentegen uit van wat mensen legitiem en moreel vinden. Tyler redeneert dat wanneer mensen de regels rechtvaardig vinden, zij zich verplicht zullen voelen om de regels van de overheid te volgen, ongeacht of daar een sanctie aan is verbonden.¹³ Het gaat er bijvoorbeeld bij de naleving van rechterlijke uitspraken om dat ‘citizens believe that they ought to obey those decisions.’¹⁴

Tyler is niet alleen theoretisch, maar ook empirisch geïnteresseerd in het concept legitimiteit. Om legitimiteit te kunnen meten, operationaliseert hij het begrip op twee manieren. De eerste vrij directe manier van operationaliseren leidt met verwijzing naar Weber (1947) tot de ‘perceived obligation to comply with the directives of an authority, irrespective of the personal gains or losses associated with doing so.’¹⁵ Dan gaat het om vragen als ‘Als een politieagent je vraagt om iets te doen waarvan jij denkt dat het fout is, zou je het dan toch doen?’ die een conflict veronderstellen tussen iemands eigenbelang of persoonlijke moraliteit en de legitimiteit van de autoriteiten. De cruciale vraag is vervolgens of mensen gehoor geven aan het gehoorzamen aan de autoriteit ten koste van hun eigenbelang of moraal.

Een tweede manier om legitimiteit te meten is ‘to measure the extent to which authorities enjoy the public’s support, allegiance, and confidence’. Burgers wordt dan gevraagd om te reageren op stellingen als ‘De overheid kan in het algemeen vertrouwd worden te doen wat juist is’ en ‘De meeste

12 K. van den Bos, *Vertrouwen in de overheid: wanneer hebben burgers het, wanneer hebben ze het niet, en wanneer weten ze niet of de overheid te vertrouwen is? Een essay over de sociaalpsychologische werking van vertrouwen en de mens als informatievergevend individu*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011, p. 14.

13 T.R. Tyler, *Why people obey the law*, New Haven: Yale University Press 1990, p. 3.

14 T.R. Tyler en J.M. Darley, ‘Building a law-abiding society: taking public views about morality and the legitimacy of legal authorities into account when formulating substantive law’ in: *Hofstra Law Review*, vol. 28, 2000, p. 723.

15 Tyler 1990, p. 27.

politieagenten zijn eerlijk.¹⁶ Op deze manier wordt legitimiteit geoperationaliseerd als vertrouwen. Als burgers het gevoel hebben dat autoriteiten oprecht, welwillend en begaan zijn met hun welzijn, dan zullen zij erop vertrouwen dat deze autoriteiten handelen op een manier waarvan de mensen waarover zijn gezag uitoefenen zullen profiteren.¹⁷ Met andere woorden, burgers vertrouwen er op dat diegenen die macht over hen uitoefenen hun belangen in acht nemen en niet zullen schaden.

Het verschil tussen deze beide manieren voor het meten van legitimiteit is dus gelegen in het verschil tussen een ervaren *verplichting* om te gehoorzamen en een *vrijwillige* steun, loyaliteit en trouw aan de autoriteiten. De meeste empirische studies meten legitimiteit op deze tweede manier, waarbij het volgens Tyler gaat om 'a favorable, affective orientation toward an authority'.¹⁸

In de vele publicaties die volgden op zijn boek, gebruikt Tyler beide manieren om legitimiteit van autoriteiten zoals de politie en de rechter te meten.¹⁹ In veel van deze publicaties is het Tyler's werkhypothese dat legitimiteit ertoe leidt dat burgers zich coöperatief opstellen, vrijwillig meewerken met autoriteiten en zich houden aan de rechtsregels. In zijn zoektocht naar verklaringen voor door burgers ervaren legitimiteit, onderscheidt Tyler wederom instrumentele factoren van wat hij noemt 'relationele factoren'. Ervaren legitimiteit wordt niet alleen verklaard door instrumentele overwegingen, zoals een kosten-batenafweging of het bereiken van een voor de burger gunstig resultaat, maar ook – en vooral – door de manier waarop die burgers door autoriteiten worden behandeld.²⁰ Als burgers in hun contacten met autoriteiten eerlijk en respectvol worden behandeld, krijgen ze het gevoel dat ze worden gewaardeerd als lid van de samenleving of als lid van de groep waarvan zij onderdeel uitmaken.²¹ Deze door burgers ervaren procedurele rechtvaardigheid draagt dus bij aan de gepercipieerde legitimiteit van de autoriteiten.

16 Tyler 1990, p. 28.

17 Tyler en J. Jackson, Future challenges in the study of legitimacy and criminal justice' in: *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 89.

18 Tyler en J. Jackson 2013, p. 89.

19 Zie bijvoorbeeld T.R. Tyler en G. Mitchell, 'Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: the United States Supreme Court and abortion rights' in: *Duke Law Journal*, Vol. 43, nr. 4, 1994, p. 754; T.R. Tyler & Y.J. Huo, *Trust in the law*, New York: Russell Sage Foundation 2002, p. 78; J. Sunshine en T.R. Tyler, 'The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing' in: *Law & Society Review*, Vol. 37, 2003, p. 539.

20 T.R. Tyler, 'The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities' in: *Personality and Social Psychology Review*, 1, 1997, p. 335.

21 Tyler 1997, p. 336.

3. AANDACHT VOOR ERVAREN LEGITIMITEIT

Wij signaleren binnen de Nederlandse rechtspraak een trend waarbij er toenemende aandacht is voor de manier waarop haar legitimiteit ervaren wordt door ‘de burger’. Dit is onder meer een reactie op de voortdurende stroom van kritiek op haar functioneren. Deze kritiek komt in de kern neer op het verwijt dat de Rechtspraak onvoldoende georiënteerd is op de wereld om haar heen. Voormalig minister van Veiligheid en Justitie Opstelten zette dit nog wat scherper aan door de rechtspraak ‘in zichzelf gekeerd, onbereikbaar, ouderwets, misschien zelfs wereldvreemd’ te noemen.²² Hierdoor kan volgens velen een kloof ontstaan tussen de burger en de rechtspraak. Het is dan de vraag of instituties als de rechtspraak kunnen rekenen op een publiek dat hen herkent en erkent en steunt in de uitvoering van hun publieke taak.²³ Bovendien heeft een dergelijke houding gevolgen voor het toch al afbrokkelende vertrouwen in de rechtspraak. In talloze publicaties wordt gesproken over het gezag van rechters dat aan het uithollen, afbladderen, tanen of eroderen is.²⁴ Symptomen hiervan zijn bijvoorbeeld een toegenomen aantal wrakingsverzoeken, de aandacht voor rechterlijke dwalingen en negatieve publiciteit in de media.²⁵ Hierbij dient overigens te worden opgemerkt dat de rechtspraak zelf een belangrijke bron van deze kritiek is.²⁶

Tegelijkertijd wordt deze vermeende legitimiteitscrisis sterk gerelativeerd. Zo constateerde Griffiths bijvoorbeeld dat het beeld van een afbrokkelend ver-

22 Toespraak door minister Opstelten van Veiligheid en Justitie bij kennismaking met de nieuwe presidenten van de gerechtshoven, Den Haag, 15 oktober 2012. Volgens Broeders e.a. wordt van de rechtspraak geëist dat zij, evenals de andere twee staatsmachten, haar publieke gezicht laat zien. D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 26.

23 Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Stem geven aan verankering. Over de legitimering van maatschappelijke dienstverlening*, Den Haag, juni 2009, p. 8.

24 M. Bokhorst en W. Witteveen, ‘Als gezag verdiend moet worden...’ in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 127; F. Jensma, ‘Het gezag van de rechter bladdert af’, in: *NRC Handelsblad* 18 februari 2012; F. van Lookeren Campagne, ‘Hoe krijgt de rechter zijn gezag terug?’ in: *Intermediair* 13 januari 2010; C. Brinkgreve, ‘Het tanende gezag van de toga’ in: *De Groene Amsterdammer*, 20 februari 2013.

25 Bokhorst en Witteveen 2013, p. 127.

26 S. Dijkstra, ‘Beeldvorming in de rechtspraak: een kwestie van *claim-making*’ in: *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2014a, 5, p. 239, met verwijzing naar het onderzoek van Van Spanje en De Vreese die een weinig vrolijk beeld schetsen van de manier waarop over de rechtspraak in de periode 1992-2012 in de dagbladen wordt gesproken. Daaruit blijkt dat rechters elkaar en hun institutie relatief vaak bekritisieren. J. van Spanje en C. de Vreese, ‘De rechtspraak in de media: drie negatieve trends’, in D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 413-448.

trouwen in de rechtspraak bestaat omdat de media, politiek, vertegenwoordigers van de Rechtspraak en de wetenschap elkaar voortdurend napraten over het vertrouwensverlies en zo een virtuele werkelijkheid scheppen. In zijn artikel laat hij aan de hand van verschillende Europese en nationale onderzoeken zien dat de cijfers die iets zeggen over vertrouwen in de rechtspraak lastig te interpreteren zijn en dat het begrip ‘vertrouwen in rechtspraak’ daardoor als zodanig betekenisloos is.²⁷ Corstens stelt dat de publieke beeldvorming zich laat leiden door incidenten die weinig tot niets zeggen over het optreden van de rechterlijke macht in zijn totaliteit.²⁸ Dan gaat het bijvoorbeeld over de hardnekkige aanname dat Nederlandse rechters te laag straffen, met consequenties voor het imago van de rechtspraak als geheel.

Waarom de Nederlandse rechtspraak focust op ervaren legitimiteit

Wat is de reden voor de toenemende aandacht binnen de rechtspraak voor de door burgers ervaren legitimiteit, waarbij het specifiek gaat om het vertrouwen van de Nederlandse burger in de rechtspraak? Wij onderscheiden drie redenen.

Volgens Huls is de rechterlijke macht te beschouwen als één van de laatste bolwerken van traditioneel gezag in onze samenleving.²⁹ Net als bij de leraar, de arts, en de politicus lijkt het gezag van de rechter niet langer vanzelfsprekend te zijn. Daarbij speelt voor de rechtspraak in het bijzonder een belangrijke rol dat het optreden van de Nederlandse rechtspraak niet democratisch gelegitimeerd is. Het ontbreekt de rechtspraak aan zogenoemde *hard political accountability*, wat betekent dat geen verantwoording wordt afgelegd aan de wetgevende macht, dat men niet civiel en strafrechtelijk aansprakelijk is voor schade als gevolg van een beslissing en dat voor de uitvoerende macht de mogelijkheid ontbreekt om rechters uit het ambt zetten.³⁰

Het ontbreken van deze politieke verantwoordingsmechanismen leidt naast het reeds bestaande democratisch deficit tot een verantwoordingsdeficit. Immers, de rechtspraak heeft én geen direct democratisch mandaat om te handelen³¹ én hoeft voor haar handelen geen directe verantwoording af te leggen

27 J. Griffiths, ‘Vertrouwen in de rechtspraak?’ in: *Nederlands Juristenblad*, afl. 16, 2011a, p. 1028-1031.

28 Corstens 2011, p. 365.

29 N.J.H. Huls, *Rechter, ken uw rechtspolitieke positie!* Utrecht: Uitgeverij Lemma BV 2004, p. 69.

30 G.Y. Ng, *Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances*. Antwerpen: Intersentia 2007, p. 17.

31 Dit wordt volgens Chavannes in discussies vaak door politici als zwart konijn uit de hoge hoed gehaald: politici zijn gekozen en rechters slechts aangewezen. M. Chavannes, Rechtspraaklezing 2011 ‘Rechtspraak en publiek debat: van speelbal tot gids en baken’ in: *Rechtstreeks*. Den Haag: Sdu uitgevers 2011, p. 21.

aan de andere twee staatsmachten.³² Deze onafhankelijke positie brengt mee dat rechters relatief weinig prikkels van hun omgeving krijgen om hun werk goed te doen. Omdat de rechtspraak in feite een monopolie heeft op rechterlijke dienstverlening, is verantwoording aan de maatschappij als vorm van toezicht op zijn plek.³³ Rechtspraak kan zich met een beroep op de rechterlijke onafhankelijkheid niet langer volledig afschermen van de publieke controle en publieke verantwoordelijkheid.³⁴ Het gebrek aan transparantie en de afwezigheid van democratische legitimatie maken de rechtspraak kwetsbaar.³⁵

Daarnaast staan de klassieke manieren waarop de Rechtspraak verantwoording aflegt ter discussie. Van oudsher waren het de rechters zelf die bepaalden hoe goede rechtspraak eruit moest zien. Kwaliteitsnormen waren toen een grotendeels onuitgesproken en vanzelfsprekend onderdeel van de rechterlijke cultuur.³⁶ Juridische kwaliteit vormde de meetlat voor het rechterlijk functioneren en zaken als productie en doorlooptijd waren geen kwaliteitsbepalende factoren.³⁷ Deze kwaliteit werd gewaarborgd door verantwoordingsmechanismen als hoger beroep, cassatie en het volgen van procedureregels.

Deze juridische standaarden lijken thans ontoereikend geworden om de Rechtspraak goed te kunnen verantwoorden. Zo komt feedback van de hogere rechter pas lang na de uitspraak, vindt er vervolgens weinig dialoog plaats tussen lagere en hogere rechters en zijn er voor rechters nauwelijks gevolgen verbonden aan fouten.³⁸ Tegenwoordig geldt een steeds groter wordende verantwoordingsplicht van de rechtspraak naar het ministerie van Veiligheid en Justitie (voor het functioneren van de gerechten), naar het publiek (voor im-

32 Het is natuurlijk niet zo dat de rechtspraak geheel onbekend is met vormen van democratische controle en *checks* en *balances*. Hoewel er van politieke ministeriële verantwoordelijkheid over het rechtspreken door individuele rechters of een aanwijzingsbevoegdheid van de minister anders dan ten aanzien van de bedrijfsvoering geen sprake is, legt de rechter in die zin verantwoording af dat zittingen openbaar zijn en vonnissen gemotiveerd dienen te worden (beiden omschreven in art. 121 Grondwet). Die verantwoording vindt echter niet primair plaats tegenover de politiek maar veeleer tegenover de maatschappij. Ook de wetgever heeft de mogelijkheid de rechter te controleren en corrigeren door rechterlijke uitspraken met nieuwe wetgeving binnen de bestaande rechtsstatelijke randvoorwaarden te 'overrulen'. Zie F.A.M. Stroink, *De verantwoording voor rechtspraak aan de politiek*. Bijdrage aan een congres over kwaliteit van rechtspraak, 1998.

33 J.M. Barendrecht, 'Verantwoording van rechtspraak richting burger' in: *Justitiële Verkenningen*, jrg. 35, nr. 4, 2009, p. 18.

34 W.J.M. Voermans, 'Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries' in: *Utrecht Law Review*, Volume 3, Issue 1, 2007, p. 149.

35 Huls 2004, p. 69.

36 F. van Dijk en F. Lauwaars, 'De zittende magistratuur in verandering. Is moderniseren ook verbeteren?' in: *Justitiële Verkenningen*, jrg. 29, nr.1, 2003, p. 121.

37 Van Dijk en Lauwaars 2003, p. 125-126.

38 Barendrecht 2009, p. 19.

populaire en schijnbaar onrechtvaardige uitspraken), en naar hun rechterlijke en bestuurlijke collegae (voor het functioneren van individuele rechters).³⁹

Daarnaast is er een groeiende behoefte aan horizontale verantwoording richting ‘afnemers van rechtspraak’. Deze verantwoording richt zich niet alleen op de input en processen, maar ook op de resultaten en beoogde uitkomsten. Hierdoor groeien waarden als transparantie, responsiviteit en effectiviteit in belang.⁴⁰ Dit heeft te maken met het door Bokhorst en Witteveen op Scharpf (1970) geïnspireerde onderscheid tussen *input*-, *throughput*- en *output*legitimititeit. Input-legitimititeit bestaat uit de rechterlijke kernwaarden onafhankelijkheid en onpartijdigheid die als randvoorwaarden nodig zijn om het rechterlijk systeem goed te laten functioneren. Throughput-legitimititeit bestaat uit waarden als transparantie, responsiviteit en procedurele rechtvaardigheid, die tijdens het rechtsproces nodig zijn om het rechterlijk optreden te legitimeren. Output-legitimititeit tot slot bestaat uit effectiviteit, begrijpelijkheid en eenduidigheid; eisen waar resultaten zoals uitspraken en procedures aan moeten voldoen.⁴¹

Verschillende maatschappelijke ontwikkelingen zoals individualisering, globalisering en horizontalisering en de opkomst van de mondige burger in

39 G.Y. Ng, ‘A discipline of judicial governance?’ in: *Utrecht Law Review*, Volume 7, Issue 1, 2011, p. 103.

40 De term responsiviteit is bekend geworden door de Amerikaanse rechtswetenschappers Philippe Nonet en Philip Selznick in hun boek: *Law and Society in Transition. Toward responsive Law* (1978). Zij onderscheiden drie typen van recht en rechtsvinding: ‘autonomous’, ‘repressive’ en ‘responsive’. Autonomoos recht ontwikkelt zich volgens eigen juridische logica en doctrines. Het is de meest legistische variant van de drie, waarbij rechtszekerheid en formele gelijkheid belangrijke waarden zijn. Repressief recht stelt effectiviteit en algemeen belang boven procedurele gerechtigheid in het individuele geval stelt. Het derde type recht, het responsieve recht is het recht dat volgens de auteurs past bij de moderne democratische samenleving. Het responsieve recht biedt soelaas aan de maatschappelijke behoeftes en geeft gehoor aan de maatschappelijke verwachtingen. Uiteraard wel met inachtneming van belangrijke juridische waarden, zoals proportionaliteit en rechtmatigheid. In een systeem van responsief recht wordt geen genoegen genomen met rechtmatigheid, maar is *rechtvaardigheid* de maatstaf waaraan legitimititeit van het recht wordt afgemeten. Nonet en Selznick waren overigens niet de eersten die een maatschappelijk georiënteerde rechtspraak bepleitten. Stromingen zoals *sociological jurisprudence* en de hieraan verwante stroming *American legal realism* benadrukten de maatschappelijke context van het recht en stonden een vorm van rechtspraak voor die zich in belangrijke mate laat leiden door de (maatschappelijke) effecten ervan. Zie ook S. Verberk, *Probleemoplossend strafrecht en het ideaal van responsieve rechtspraak* (diss.), Den Haag: Sdu uitgevers 2011 en H.G. van de Bunt, J.W. de Keijser en H. Elffers, ‘Responsieve rechters’ in: *Rechtstreeks*, 2, 2004, p. 7-33.

41 M. Bokhorst, ‘Overvragende wetgever zet gezagsuitoefening van rechter onder druk’ in: *Recht der Werkelijkheid* 2014 (35)1, p. 14. Zie ook het proefschrift van Bokhorst: *Bronnen van legitimititeit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*. En M. Bokhorst en W. Witteveen 2013.

onze samenleving hebben tot gevolg dat er steeds meer belang wordt gehecht aan output-legitimiteit. Waar burgers eerder hun onvoorwaardelijke steun gaven op basis van de kernwaarden van de rechtspraak (*input*), gaan zij de rechtspraak steeds meer beoordelen op kwaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid (*output*).⁴² Deze ontwikkeling zien we trouwens overal in de publieke sector terug. Een permanente, toenemende schaarste aan middelen binnen de publieke sector heeft geleid tot processen van economisering en vermarkting. Een meer bedrijfsgerichte aanpak gaat de boventoon voeren; organisaties richten zich op het optimaliseren van de bedrijfsvoering.⁴³ Vermarkting van de publieke sector heeft vooral vorm gekregen door de komst van New Public Management (NPM), een filosofie die noodzaakt tot een overheid op afstand, verantwoording over prestaties en toezicht op het behalen van prestaties.⁴⁴ Dit heeft er onder andere toe geleid dat het speelveld waar veel publieke organisaties opereren, worden geduid in termen van een markt van vraag en aanbod, waarin dienstverlening als product werd gezien.⁴⁵ Volgens voormalig Nationale Ombudsman Brenninkmeijer verliest een overheid die koerst op maximalisatie van klanttevredenheid aan gezag. De burger wordt hierdoor uitgenodigd om consumentengedrag te vertonen.⁴⁶

4. DE LEGITIMITEITSSTRATEGIE VAN DE RECHTSPRAAK

Bovenstaande ontwikkelingen hebben gevolgen voor het handelen van de Nederlandse rechtspraak. De rechtspraak zoekt tegenwoordig actief aansluiting bij de samenleving. Haar huidige strategie is een maatschappijgeoriënteerde, waarin een centrale rol is weggelegd voor de rechtzoekende en hetgeen hij of zij van rechtspraak verlangt. Dijkstra spreekt wanneer we het hebben over de legitimiteitsstrategie van de rechtspraak ook wel van *claim-making* door de Rechtspraak. De sterk maatschappijgerichte boodschap die de rechtspraak uitzendt moet volgens haar worden begrepen als een claim die wordt ingezet om haar legitimiteit te vergoten en het vertrouwen van de burger te (her) winnen.⁴⁷

42 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 109-110; M. Bokhorst en W. Witteveen 2013, p. 133.

43 Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Stem geven aan verankering. Over de legitimering van maatschappelijke dienstverlening*, Den Haag, juni 2009, p. 21.

44 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 187.

45 J. van der Lans en S. Zouridis, 'Eisende consumenten of mondige burgers? Nieuw kabinet moet publieke sector moderniseren' in: P. Dekker (red.), *Particulier initiatief en publiek belang*. Beschouwingen over de aard en toekomst van de Nederlandse non-profit sector, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2002, p. 121.

46 Verslag Nationale Ombudsman over 2009, geraadpleegd via <https://www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2010/verslag-van-de-nationale-ombudsman-over-2009>.

47 Dijkstra 2014a, p. 239-240.

Deze legitimiteitsstrategie omvat talloze initiatieven gericht op de taakopvatting van de rechter, het primaire proces van rechtspreken, de beleving van de rechtzoekende van wat er op zitting gebeurt en het bieden van meer openheid over dit alles aan de burger, de samenleving en de media. Hieronder lichten wij kort drie ontwikkelingen uit die ons inziens illustratief zijn voor de maatschappijgeoriënteerde legitimiteitsstrategie van de rechtspraak.

De rechter nieuwe stijl

Als reactie op de kritiek uit de samenleving worden er binnen de rechtspraak nieuwe werkwijzen ontwikkeld om 'beter aan te sluiten bij de behoeften van partijen'.⁴⁸ Dit resulteert onder meer in de Nieuwe Zaaksbehandeling in het bestuursrecht, een betere benutting van de rolzitting bij de kantonrechter,⁴⁹ en de start van 'burenrechter.nl'.⁵⁰ Wat al deze nieuwe werkwijzen gemeen hebben, is hun sterke gerichtheid op het conflict achter het juridische geschil, waarbij de rechter in samenspraak met partijen op zoek gaat naar een praktische oplossing voor hun geschil.⁵¹ Dit moet leiden tot meer effectieve conflictoplossing. Dat wil zeggen: sneller, meer maatwerk, meer finale geschilbeslechting en het streven naar betere naleving en acceptatie van beslissingen.

De activiteiten van de rechtspraak zijn gericht op het ontwikkelen van een meer uniforme, responsieve en communicatieve werkwijze.⁵² Dit heeft consequenties voor het werk van de individuele rechter. Deze verandert tegen deze achtergrond idealiter in een rechter 'nieuwe stijl'; van juridische puzzelaar naar doelgerichte conflictoplosser.⁵³ Er worden dus nieuwe, moderne eisen aan de rechter gesteld die betrekking hebben op een actievere houding, verbeterde communicatieve vaardigheden en een verandering in de taakopvatting van de rechter. De pragmatische 'rechter nieuwe stijl' staat voor een vorm van geschilbeslechting waar de rechter samen met partijen op zoek gaat naar het 'echte probleem' achter het juridische geschil en waarbij informeel en oplossingsgericht te werk wordt gegaan.⁵⁴

Deze vernieuwende aanpak van de rechter staat internationaal bekend als Judicial Dispute Resolution (JDR). In tegenstelling tot *Alternative Dispute Resolution* (ADR), waarmee bedoeld wordt op alternatieve wijzen van geschi-

48 Agenda van de rechtspraak 2011-2014 'Gericht op de samenleving'.

49 K. van der Kraats, 'Een betere benutting van de rolzitting' in: *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*, nr. 7, 2013, p. 234.

50 <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Oost-Brabant/Regels-en-procedures/Paginas/de-burenrechter.aspx>.

51 S. Dijkstra, 'De 'rechter nieuwe stijl': De achterliggende filosofie en enkele kritische kanttekeningen' in: *Nederlands Juristenblad*, afl. 13, 2014b, p. 841.

52 Mak 2014, p. 5.

53 Rechtspraak Magazine, december 2013, p. 11, via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rechtspraak-magazine-december-2013.pdf>.

54 Dijkstra 2014b, p. 841-847.

loplossing *buiten* rechtspraak, gaat het bij JDR om alternatieve wijzen van geschiloplossing die gebruikt worden *binnen* rechtspraak. Ook moet de rechter nieuwe stijl in de internationale context worden geplaatst van ontwikkelingen als de *problem solving courts* en het *Network on Therapeutic Jurisprudence* in de Verenigde Staten en *Judicial Case Management* in het Verenigd Koninkrijk.⁵⁵

Ervaren procedurele rechtvaardigheid

Het hierboven besproken onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid van Tyler en collega's heeft binnen de Nederlandse rechtspraak aan terrein gewonnen. De afgelopen tien jaar hebben veel rechters oog gekregen voor deze procedurele rechtvaardigheid.⁵⁶

Brenninkmeijer stelde in 2009 dat het normatieve kader van artikel 6 EVRM verbonden kon worden met de empirische bevindingen van procedurele rechtvaardigheid.⁵⁷ Het vakmanschap van de rechter kan niet éénzijdig gericht zijn op de rechtmatigheid van het proces en de beslissing alléén.⁵⁸ De afgelopen jaren heeft de ervaren procedurele rechtvaardigheid veel aandacht gekregen in empirische juridische onderzoeken en publicaties.⁵⁹ Ook binnen de rechtspraak is hier door verschillende seniorrechters in startnotities en cursussen aandacht aan besteed.⁶⁰

Janneke van der Linden was één van de eersten die ervaren procedurele rechtvaardigheid een grote rol gaf in rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland. In haar goed ontvangen proefschrift laat zij onder andere zien hoe rechtvaardig de comparitie na antwoord door partijen is ontvangen.⁶¹

55 G. de Groot, *Rechtspraak met hart voor de zaak*. Oratie uitgesproken op 17 januari 2012. Vrije Universiteit Amsterdam 2012, p. 15-16.

56 Aldus Suzan Verberk van de Raad voor de rechtspraak in *Rechtspraak Magazine*, december 2013, via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rechtspraak-magazine-december-2013.pdf>. Zie ook P. Jonkers, 'Zet transparantie liever in voor bekritiseerbaarheid dan voor vertrouwen' in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 454.

57 A.F.M. Brenninkmeijer, 'Een eerlijk proces' in: *Nederlands Juristenblad*, afl. 32, 2009, p. 2050-2056.

58 Brenninkmeijer 2009, p. 2056.

59 Dit is mede door het bestaan van de projectgroep Prettig Contact Met de Overheid (PCMO) van het ministerie van BZK te verklaren. Deze projectgroep maakt veel gebruik van en stimuleert onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid. Daarnaast organiseert zij onder meer conferenties en workshops voor rechters en ambtenaren van bestuursorganen.

60 Zie bijvoorbeeld de Startnotitie van Verschoof, Van Ettehoven en Verburg, waarin gepleit wordt voor een standaardcursus procedurele rechtvaardigheid voor alle rechters en stafjuristen. R.J. Verschoof, B.J. van Ettehoven en D.A. Verburg, *Startnotitie Project Procedurele Rechtvaardigheid*. Maart 2013.

61 J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen, schikken*. Deventer: Kluwer 2010.

De oratie van Verschoof, uitgesproken in juni 2013 bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Rechtspraak, ging over de relevantie van ervaren procedurele rechtvaardigheid tijdens de civiele zitting. Niet alleen civiele rechters, maar ook bestuursrechters streven binnen de Nieuwe Zaaksbehandeling actief naar ervaren procedurele rechtvaardigheid bij rechtzoekenden.⁶² Verburg noemt procedurele rechtvaardigheid voor de Nieuwe zaaksbehandeling de overkoepelende norm. Dat partijen zich gehoord voelen en voorgelicht zijn over hun procespositie leidt tot een coöperatieve opstelling en betere acceptatie van de uitspraak.⁶³ Hierbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat uit het onderzoek van Marseille e.a. blijkt dat de term procedurele rechtvaardigheid als zodanig door bijna geen van de in zijn onderzoek geïnterviewde bestuursrechters wordt genoemd.⁶⁴ Desalniettemin vindt Marseille een positief verband tussen kenmerken van de rechter en de behandeling van de zaak ter zitting en de mate waarin de rechter volgens de onderzoekers inzet op procedurele rechtvaardigheidsaspecten.⁶⁵

Wat opvalt, is dat ervaren procedurele rechtvaardigheid ook steeds meer als ‘evaluatie-instrument’ wordt gebruikt om te bezien welke rechterlijke gedragingen en interventies door rechtzoekenden als eerlijk worden ervaren. Zo is er binnen het bestuursrecht pas recentelijk, sinds de Derde evaluatie van de Awb bijzondere aandacht voor de burger en de wijze waarop hij de procedure bij de rechter ervaart. Laemers e.a., die een deelonderzoek van de Derde evaluatie uitvoerden, hebben daarom naast een overzicht van empirische onderzoeken, aan de hand van rechtvaardigheidstheorieën, attributietheorieën en rationele-keuzetheorieën laten zien welke verschillende factoren bepalen hoe burgers de Awb *kunnen* ervaren. In deze context worden ook de procedurele rechtvaardigheidsonderzoeken van respectievelijk Thibaut en Walker, Lind, Tyler en Van den Bos aangehaald. Laemers e.a. achten de onderzoeken naar ervaren procedurele rechtvaardigheid zeer bruikbaar om ervaringen van burgers bloot te leggen, omdat zij alle aspecten van de procedure bestrijken. Daarnaast concluderen de onderzoekers dat het eerste aangrijpingspunt voor regelgeving en beleid voor het algemeen bestuursrecht ligt in de procedurele rechtvaardigheid; het laat zien wat burgers wensen ten aanzien van rechtsprocedures.⁶⁶

62 Interview met Verburg en Schaap, <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/sites/default/files/5-Interview-procedurele%20rechtvaardigheid-en-de-bestuursrechter.pdf>.

63 André Verburg, ‘De Nieuwe zaakbehandeling van de bestuursrechter’, *Tijdschrift voor Conflicthantering*, nr. 3, 2013, p. 19-23.

64 A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz en C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*. Den Haag: Ministerie van BZK 2015, p. 66.

65 Marseille e.a. 2015, p. 110.

66 M.T.A.B. Laemers L.E. de Groot-van Leeuwen en R. Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 80.

De rechter in de schijnwerpers

‘De Rechtspraak zal met het oog op het behoud van het publiek vertrouwen aan de hoogste eisen van integriteit en transparantie moeten voldoen’, aldus Bauw, Van Delden en Van Dijk in 2006.⁶⁷ In contact treden met de buitenwereld en de informatiefunctie naar burgers verstevigen, is een andere manier om het vertrouwen in de rechtspraak te vergroten.⁶⁸ De rechtspraak heeft dan ook allerhande maatregelen genomen om zich extern te oriënteren en te zorgen voor herkenning en erkenning. De rechtspraak is niet langer het gesloten bolwerk dat zij vele jaren geleden was, maar probeert gehoor te geven aan wensen en verwachtingen over openheid.⁶⁹ Traditioneel betekende communicatie met de samenleving voor de rechtspraak goede vonnissen schrijven en openbaarheid van zittingen. Met louter deze klassieke openbaarheid lijkt de rechtspraak echter de aansluiting met de samenleving te missen.⁷⁰

In het WRR-rapport ‘Speelruimte voor transparantere rechtspraak’ wordt uitvoerig ingegaan op de roep om meer transparantie, die zowel van buiten als van binnen de rechtspraak komt. Transparantie wordt door de auteurs gedefinieerd als doorzichtigheid, begrijpelijkheid en bekritisiseerbaarheid. Het gaat om openheid van processen, begrijpelijkheid van rechterlijke uitspraken en het discursief openbreken van het rechterlijke werk.⁷¹

De auteurs laten zien dat veel van de initiatieven die de rechtspraak neemt, gericht zijn op particulier vertrouwen en specifieke legitimiteit, namelijk van partijen in en om de rechtszaal. Te denken valt dan aan de verbetering van motivering van vonnissen en een minder formele bejegening van rechtszoekenden in de rechtszaal. Bij transparantie-initiatieven gericht op een breder publiek gaat het om generiek vertrouwen.⁷² Zo zit de Rechtspraak tegenwoordig op Facebook,⁷³ twittert bestuursrechter Judge Joyce er op los,⁷⁴ worden

67 E. Bauw, A.H. van Delden en F. Van Dijk, ‘De toekomst van de rechtspraak’ in: E.R. Muller en C.P.M. Cleiren (Eds.), *Rechterlijke Macht, Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*. Deventer: Kluwer 2006, p. 671.

68 Dit werd eerder geconstateerd door Lünemann, Moll en Ter Woerds in de rapportage over hun experiment waarin zij burgers om hun mening vroegen over de straftoemtingsrichtlijnen die gebruikt worden door het Openbaar Ministerie. K. Lünemann, M. Moll en S. ter Woerds, *Burgers geraadpleegd*. Experiment: burgers over straftoemtingsrichtlijnen. Januari 2008, p. 5. Ook Wagenaar deed een soortgelijk onderzoek naar strafrechtelijke oordelen van leken in vergelijking met die van rechters, ingegeven door de zorg over legitimiteit. W.A. Wagenaar, *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken. Bewijsbeslissingen, straffen en hun argumentatie*. *Research Memorandum*, nr. 2, 2008, p. 6.

69 Broeders e.a. 2013, p. 25.

70 Broeders e.a. 2013, p. 26.

71 Broeders e.a. 2013, p. 53-54.

72 Broeders e.a. 2013, p. 27.

73 <https://www.facebook.com/Rechtspraak>.

74 https://twitter.com/JudgeJoyce_.

rechterlijke uitspraken aan leken uitgelegd door gebruik te maken van *Vragen & Antwoorden*⁷⁵ en wordt middels tv-series als *De Rechtbank* en *Kijken in de ziel* de Nederlandse bevolking een kijkje in de keuken van de rechterlijke macht gegeven. Ook zijn meetbare prestaties en resultaten van klantwaarderingsonderzoeken steeds vaker via het internet te downloaden en verzamelt en publiceert de Raad voor de rechtspraak allerlei productiegegevens en kengetallen.⁷⁶

De ruimte voor de rechtspraak om aan meer transparantie gehoor te geven, kent echter wel zijn beperkingen. Deze zijn enerzijds gelegen in de structuur en vormgeving van het procesrechtelijke ‘papieren’ systeem dat weinig begrijpelijk is voor diegenen die zich in de rechtszaal bevinden. Zo is er maar weinig ruimte voor ‘theatrale transparantie’, die het proces op zitting interessant maakt om naar te kijken.⁷⁷ De beperkingen zijn anderzijds gelegen in de grenzen die rechters zelf stellen aan de reikwijdte van hun autonomie. Veranderingen vanuit een motief van transparantie gaan vaak ten koste van traditie en in het verlengde daarvan soms ook van autonomie. Individuele rechters moeten daarom op waarde zien te schatten welke tradities van levensbelang zijn voor de autonomie en het gezag van de rechter en welke tradities door de tijd zijn ingehaald en wellicht beter afgelegd kunnen worden in het licht van transparantie. Het feit dat iedere rechter hier individueel keuzes in maakt, maakt het lastig voor de rechtspraak als organisatie om hier eensgezind en duidelijk in te opereren.⁷⁸

5. LEIDT DIT ALLES NU TOT MEER ERVAREN LEGITIMITEIT?

Deze drie ontwikkelingen illustreren de zogenoemde maatschappijgeoriënteerde legitimiteitsstrategie van de rechtspraak die erop gericht is het vertrouwen van burgers in haar functioneren te behouden of te bestendigen. Kan de rechter nieuwe stijl met zijn streven naar ervaren procedurele rechtvaardigheid en meer transparantie nu ook het vertrouwen van burgers in de rechtspraak vergroten?

75 Zie bijvoorbeeld <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Vragen-en-antwoorden-over-supersnelrecht.aspx> en <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Vragen-en-antwoorden-over-de-zaak-Wilders.aspx>.

76 Broeders e.a. 2013, p. 63.

77 Broeders e.a. 2013, p. 64.

78 Broeders e.a. 2013, p. 65.

De rechter als botte bijl?

Dijkstra reflecteert kritisch op de rechter nieuwe stijl. Na haar constatering dat deze als nieuw gepresenteerde rechter een representant van de traditionele geschilbeslechters is, komt haar kritiek er in de kern op neer dat deze oplossingsgerichte, pragmatische en op efficiency gerichte insteek niet zonder meer te verenigen is met de positie van de rechter in een democratische rechtstaat.⁷⁹ De rechtsstatelijke positie van de rechter vereist dat hij de wet toepast in concrete situaties, waarbij de afwegingen zoals die door de wetgever zijn gemaakt, leidend zijn. Daarnaast vereist deze positie dat de rechter optreedt als beschermer van het individu door autonoom te waken over de rechtsorde die buiten de wet bestaat. Door als rechter de vrijheid te nemen en ‘achter’ het geschil te kijken, kan de oplossing gelegen zijn in een creatieve regeling die meer omvat dan het geschil zoals dit oorspronkelijk is voorgelegd.⁸⁰ Daarnaast kunnen procedures in zaken die sterk op elkaar lijken op deze manier tot sterk uiteenlopende uitkomsten leiden, waardoor waarborgen voor het individu als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in het geding komen. Een laatste kanteekening van een geheel andere orde is de vraag of de rechter nieuwe stijl de juiste oriëntatie van de rechtspraak is. Mogelijk worden de behoeften in de samenleving waarop deze rechter inspeelt verkeerd ingeschat, aldus Dijkstra.⁸¹ Zo blijkt uit onderzoek van de SSR naar de opvattingen van rechters en burgers over de positie van de rechter dat er een discrepantie bestaat tussen de ideeën bij rechters over wat burgers willen en wat deze burgers werkelijk willen.⁸²

Ook Griffiths laat zich kritisch uit over aspecten van de rechter nieuwe stijl. Hij betwijfelt of dit het juiste antwoord van de Rechtspraak is op de vermeende legitimiteitserosie.⁸³ Als er al sprake van een vertrouwensprobleem zou zijn, dient de rechtspraak in ieder geval niet de koers te varen zoals zij dit met de rechter nieuwe stijl doet. Volgens Griffiths is er geen empirische steun te vinden voor de veronderstelling dat rechtspraak effectief is als de rechter als bemiddelaar een op maat gesneden oplossing voor het onderliggende probleem vindt door middel van een informele setting en gelijkwaardigheid van gesprekspartners. Partijen verwachten niet dat de rechter een normaal gesprek met hen aangaat en ook niet dat hij meer inzicht in hun problemen heeft dan

79 Dijkstra 2014b, p. 844.

80 Dijkstra 2014b, p. 845.

81 Dijkstra 2014b, p. 846.

82 A. Klijn, *Rechters en burgers vis-à-vis: Percepties van elkaar en van elkaars meningen*, SSR 2014.

83 J. Griffiths, ‘Vertrouwen in de rechtspraak (vervolg)’, in: *Nederlands Juristenblad* 2011b, afl. 36, p. 2426 e.v. Deze naar eigen woorden ‘conservatieve’ opvatting kwam in 1996 ook al uitdrukkelijk naar voren toen Griffiths in een kort essay zijn licht liet schijnen over de uitdagingen waar de Nederlandse rechtspraak toen voor stond. Zie J. Griffiths, ‘Recht-spraak is geen gewoon-spraak’ in: A.W. Koers, P.M. Langbroek, J.A.M. Vennix en J.M.M. Austen (red.) *Waar staat de ZM?*. Utrecht: Brouwer Uithof 1996, p. 203-207.

zijzelf. Dat is immers niet de reden dat zij aankloppen bij de rechter als onafhankelijke derde.⁸⁴ Formele rechtspraak kan volgens Griffiths juist effectiever zijn dan een oplossingsgericht gesprek, getuige een door hem uitgevoerd onderzoek naar echtscheidingszaken. De perceptie van de rechterlijke functie als probleemoplosser staat volgens hem op gespannen voet met fundamentele waarden van de rechtsstaat.⁸⁵ Rechtspraak is volgens hem een *ultimum remedium*, een botte bijl voor die gevallen waarin partijen zelf geen op maat gesneden oplossing hebben gevonden.⁸⁶ ‘Naarmate de rechter gewoon doet, en dus minder herkenbaar is als rechter, valt te verwachten dat zijn of haar effectief gezag niet groter zal zijn dan dat van een gewone burger. (...) Wat wij in rechtsstatelijke zin nodig hebben, is formele, zo veel mogelijk gedepersonaliseerde beoefenaars van een belangrijke en gevaarlijke publieke functie. En omdat wij allemaal erg vatbaar zijn voor symboliek, moet de depersonalisering van de rechtspraak voor eenieder zichtbaar zijn: uitgedrukt in een formele – met ritueel omgeven – rechterlijke handelwijze. (...) Ze moeten in toga gekleed worden, hoger dan de rest zitten, zich van formele taal bedienen, afstand houden’ aldus Griffiths.⁸⁷

Corstens is het ten dele met Griffiths eens. De rechter staat niet naast, maar boven de procespartijen en is aangesteld om knopen door te hakken. Als de rechter begrip of empathie toont, is dat met gepaste afstand. Want als de persoon van de rechter te veel zichtbaar wordt, doet dit afbreuk aan het gezag van de rechter. Corstens is geen aanhanger van wat hij noemt het ‘mysterie-model’ van toga en pruik, waarbij de rechter zich mysterieus, afstandelijk en geheimzinnig opstelt, zodat de burger de indruk van grote wijsheid krijgt. Hij meent dat dit model in een samenleving waarin gezag niet langer vanzelfsprekend is niet meer werkt.⁸⁸

Dit zijn wij met Corstens eens. De manier waarop conflicten in onze huidige samenleving worden opgelost, vraagt om een flexibele rechter die zowel knopen kan doorhakken als het onderliggende conflict bespreekbaar kan maken. Griffiths en Dijkstra suggereren een gespannen verhouding tussen de rechtsstatelijke rechter en de probleemoplosser en schetsen daarmee een of-of situatie is. Ons inziens is het zeker niet in alle gevallen of-of, maar veeleer én-én. Als rechter moet je in geen geval op schoot zitten bij partijen en een horizontaal gesprek zal dan ook niet altijd het gezag van de rechter ten goede komen. Desalniettemin is een informelere aanpak in verschillende type zaken effectief gebleken.⁸⁹ Aan de rechter is de complexe uitdaging om per type zaak

84 Griffiths 2011b, p. 2427.

85 Griffiths 2011b, p. 2429.

86 Griffiths 2011b, p. 2430.

87 Idem.

88 Corstens 2011, p. 367.

89 De aan de pilots ‘Conflictoplossing op Maat’ deelnemende rechters volgden een cursus ‘Conflictdiagnose’, die hen leerde hoe de achterliggende belangen van partijen en kenmerken van het voorliggende conflict te inventariseren, hoe een samenvatting te

en type rechtzoekende te differentiëren: wanneer is er een geschilbeslechter nodig, wanneer een probleemoplosser en wanneer een procesbegeleider? En wat wekt meer gezag en vertrouwen? Meer empirisch onderzoek naar de verwachtingen van partijen voorafgaand aan en de waardering na afloop van de zitting kan hier inzicht in geven.

Procedurele rechtvaardigheid als panacee voor vertrouwen?

Eén van de meest herhaalde en robuuste bevindingen in de rechtvaardigheidsliteratuur is het zogenoemde *fair process effect*.⁹⁰ Dit is het positieve effect dat de door burgers ervaren procedurele rechtvaardigheid heeft op hun daaropvolgende reacties, zoals tevredenheid met de uitkomsten die zij ontvangen en acceptatie van beslissingen. Het effect werd aanvankelijk vooral veel onderzocht in laboratoriumonderzoek en organisatiecontexten. Werknemers die zich eerlijk behandeld voelen door hun leidinggevende, voelen zich bijvoorbeeld meer verbonden aan de organisatie, zullen meer hun best doen om conflicten te vermijden, presteren beter en zullen de instructies van hun leidinggevende eerder opvolgen. Mensen die zich oneerlijk behandeld voelen, zullen eerder geneigd zijn om hun baan op te zeggen, stellen zich minder coöperatief op, en zullen eerder instructies van hun leidinggevende ongehoorzamen.⁹¹

Walker, LaTour, Lind en Thibaut waren de eersten die in 1974 dit *fair process effect* vonden in een gesimuleerde rechtbankcontext. Zij vroegen 96 bachelorstudenten om mee te doen in een reclamespel, dat uiteindelijk zou uitmonden in een rechtszaak. Binnen hun experiment varieerden zij bijvoorbeeld tussen accusatoire en inquisitoire procedures. Uit hun experiment bleek

geven van wat er in het conflict speelt en hoe het conflict op een zodanige wijze op te lossen dat partijen zich niet langer gehinderd voelen door het conflict. Het doel van de pilots was dat rechters op basis van dit belangenonderzoek en conflictdiagnose ter zitting konden streven naar finale geschiloplossing. Ondanks het feit dat de resultaten van de deelonderzoeken een gemengd beeld opleveren van waardering van partijen van de methode en de effectiviteit ervan, zien de onderzoekers die deze pilots evalueerden een waarde voor de toekomst. Zie M. Pel en S. Verberk, *De pilots 'Conflictoplossing op maat. Reflectie op resultaten en ideeën voor de toekomst*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009. Uit het deelonderzoek van De Hoon en Verberk blijkt dat zeker niet alle partijen de zoektocht van de rechter naar het onderliggende conflict waarderen, maar het onderzoek biedt wel aanknopingspunten voor de stelling dat sommige zaken zich lenen voor een dergelijke aanpak. Zie M.W. de Hoon en S. Verberk, *Zutphen. COM. Een onderzoek naar de pilot 'Conflictoplossing op maat' bij de sector civiel van de rechtbank Zutphen*, oktober 2009.

90 R. Folger, D. Rosenfield, J. Grove en L. Corkran, 'Effects of "Voice" and Peer Opinions on Responses to Inequity' in: *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37, No. 12, 1979, p. 2253-2261.

91 K. van den Bos 'What is responsible for the fair process effect?' in: J. Greenberg & J.A. Colquitt (Eds.), *Handbook of organizational justice: Fundamental questions about fairness in the workplace*, Mahwah, NJ: Erlbaum, p. 276.

dat studenten de accusatoire procedure, waarbij beide partijen hun eigen advocaat mochten kiezen, eerlijker vonden. Dit resulteerde in meer vertrouwen in en tevredenheid met de procedure, ongeacht wat de uitkomst in dezen was.⁹²

Sinds dit onderzoek zijn er in de juridische context verschillende onderzoeken in het veld door Tyler en collega's gedaan. Uit deze onderzoeken blijkt niet alleen dat procedurele rechtvaardigheid belangrijk is, maar ook dat procedurele rechtvaardigheid de sleutel vormt tot draagvlak en steun voor gerechtelijke autoriteiten zoals rechtbanken.⁹³

Kunnen we hieruit afleiden dat ervaren procedurele rechtvaardigheid het panacee is voor ervaren legitimiteit van onze rechtspraak? Zo moeten we dat zeker niet zien. Er zijn bovendien tegengeluiden te horen. Zo stellen (rechts) economen vaak dat het uiteindelijk toch de uitkomsten zijn waar het mensen om gaat. Heeft procedurele rechtvaardigheid zoveel invloed dat het ongunstige uitspraken kan overstemmen? Illustratief is in dit licht de discussie tussen Van Velthoven en Brenninkmeijer, Van den Bos en Röell in *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* in 2012.⁹⁴ Van Velthoven vraagt zich af wat er eigenlijk bekend is over het relatieve belang van procedurele en distributieve rechtvaardigheid⁹⁵ in de geschilbeslechting in Nederland. Na behandeling van verschillende empirische onderzoeken in Nederland naar procedurele rechtvaardigheid tijdens onder meer rechtbankzittingen, klachtenafhandelingen en mediation, concludeert hij dat distributieve rechtvaardigheid van groter belang lijkt te zijn voor de acceptatie van de uitkomst in de specifieke, eigen zaak, en in het verlengde daarvan voor de mate van naleving, terwijl procedurele rechtvaardigheid meer invloed op het algemene oordeel over het juridisch bestel, en in het verlengde daarvan op de acceptatie van autoriteit.⁹⁶ Lind en Tyler kwamen in 1988 tot

92 L. Walker, S. LaTour, E.A. Lind, en J. Thibaut, 'Reactions of participants and observers to modes of adjudication' in: *Journal of Applied Social Psychology*, 4, 1974, p. 303.

93 T.R. Tyler, 'The role of perceived injustice in defendants' evaluations of their courtroom experience' in: *Law and Society Review*, 18, 1984, p. 70; T.R. Tyler, J.D. Casper en B. Fisher, 'Maintaining Allegiance toward Political Authorities: The role of prior attitudes and the use of fair procedures' in: *American Journal of Political Science*, Vol. 33, no. 3, 1989, p. 647.

94 B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland' in: *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2011-1, p. 7-16; A.F.M. Brenninkmeijer, K. van den Bos en E. Röell, 'Het grote belang van procedurele rechtvaardigheid in Nederland en daarbuiten' in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2012-4, p. 178-181; B.C.J. van Velthoven, 'Empirische kennis over de effecten van procedurele rechtvaardigheid geeft vooralsnog weinig houvast voor justitiële beleidsvorming' in: *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2012-4, p. 178-181.

95 Distributieve rechtvaardigheid heeft betrekking op de rechtvaardigheid van de uitkomsten die aan mensen worden toebedeeld of de rechtvaardigheid van de verdeling van uitkomsten over meerdere mensen. K. van den Bos, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid' in: *De menselijke beslisser: Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 89-114.

96 Van Velthoven 2011, p. 14.

dezelfde conclusie: ervaren procedurele rechtvaardigheid is belangrijker dan distributieve rechtvaardigheid als het gaat om *attitudes toward the court*, maar distributieve rechtvaardigheid is weer belangrijker als het gaat om iemands tevredenheid met de uitkomst.⁹⁷ Brenninkmeijer cum suis laten in hun reactie zien dat er juist stevig bewijs is dat procedurele rechtvaardigheid van invloed is op de acceptatie van uitkomsten. Het is wellicht op basis van vertrouwen in autoriteiten dat mensen een beslissing accepteren en meewerken, niet omdat zij het eens zijn met de individuele beslissing.⁹⁸

Het belang van procedurele rechtvaardigheid hangt dus ten dele af van welke reactie men wil voorspellen. Hoe zit het dan met vertrouwen in de Nederlandse rechter? Wij onderzochten in een Nederlandse rechtbank zowel de invloed van uitkomstgunstigheid als procedurele rechtvaardigheid op het vertrouwen dat rechtzoekenden op rechters hebben. Hiervoor namen wij vragenlijsten af bij 483 rechtzoekenden in drie verschillende zaken: Mulderzaken, politierechterzaken en bestuursrechtzaken. Uit onze analyses blijkt dat zowel ervaren procedurele rechtvaardigheid als de gunstigheid van de uitkomst een significant positief effect heeft op het vertrouwen in de rechter die de zaak van de rechtzoekende behandelt, zij het dat ervaren procedurele rechtvaardigheid een veel sterkere invloed heeft op dit vertrouwen.⁹⁹ Als het gaat om het vertrouwen van rechtzoekenden in de Nederlandse rechtspraak als instituut, heeft alleen ervaren procedurele rechtvaardigheid een significant positief effect.¹⁰⁰

Transparantie als 'hoera!'-woord

Jonkers gaat in haar essay in op de veronderstelling dat transparantie bijdraagt tot meer vertrouwen. De verwachting lijkt vaak te zijn dat mensen door transparantie zelf kunnen vaststellen dat een instituut goed functioneert, waardoor zij dit instituut meer zullen vertrouwen. Daaraan ten grondslag ligt het idee dat mensen informatie tot zich zullen nemen en verwerken, en vervolgens hun houding en gedrag hierop zullen aanpassen.¹⁰¹

Van den Bos en Brenninkmeijer gaan uit van de mens als informatievergarend individu dat zich regelmatig de vraag zal stellen of zij autoriteiten wel of niet kan vertrouwen. In hun artikel, waarin zij verder ingaan op de psychologie van vertrouwen, betogen zij dat burgers in de beantwoording van de

97 E.A. Lind en T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum Press 1988, p. 65.

98 Brenninkmeijer e.a. 2012, p. 180.

99 Samen voorspellen ervaren procedurele rechtvaardigheid en ervaren uitkomstgunstigheid 62,6% van de variantie in vertrouwen in de rechter, hoewel procedurele rechtvaardigheid 39,7% van deze variantie verklaart ($\beta = .63, t = 13.17, p < .01$), terwijl uitkomstgunstigheid 5,8% van deze variantie verklaart ($\beta = .24, t = 5.02, p < .01$).

100 Twintig procent van de variantie in vertrouwen in de Nederlandse rechtspraak kan worden verklaard door de ervaren procedurele rechtvaardigheid ($\beta = .49, t = 4.43, p < .01$).

101 Jonkers 2013, p. 452.

vraag of zij autoriteiten kunnen vertrouwen vaak hun toevlucht zullen nemen tot informatie die gemakkelijk beschikbaar is.¹⁰² Het uiteindelijke vertrouwen van de onzekere burger die niet weet of hij autoriteiten kan vertrouwen, hangt uiteindelijk af van factoren als de motivatie en tijd om informatie grondig te verwerken en de hoeveelheid informatie die beschikbaar is.¹⁰³

Dit zou betekenen dat een transparante rechtspraak die helder communiceert over haar eigen functioneren, over wat rechtszoekenden kunnen verwachten, en ga zo maar door, het vertrouwen van onzekere burgers vergroot. Deze veronderstelling is door Jonkers nader onderzocht aan de hand van bestaande experimenten en een eigen enquête gehouden onder een deel van de Nederlandse bevolking. Jonkers laat zien dat transparantie soms in beperkte mate en tijdelijk kan bijdragen aan meer vertrouwen, mits die transparantie een positieve boodschap betreft. Soms werkt transparantie ook averechts en neemt het vertrouwen af.¹⁰⁴ Grimmelikhuijsen komt tot dezelfde conclusie voor wat betreft overheidstransparantie in het algemeen. Hoewel het contra-intuïtief voelt, leidt meer transparantie niet automatisch tot meer vertrouwen. Transparantie kan het opbouwen van vertrouwen juist in de weg zitten.¹⁰⁵ Hij noemt hiervoor een paar redenen. Instituties die voortdurend onder een vergrootglas liggen – ook wel *fishbowl transparency* – leidt tot een uitvergroting van het falen van die instituties. Daarnaast geeft het de burger niet altijd vertrouwen om te zien hoe besluitvorming en dergelijke processen tot stand komen.¹⁰⁶

Grimmelikhuijsen en Klijn deden onderzoek naar de rol van transparantie op vertrouwen in de rechtspraak door te kijken naar het effect van televisieserie ‘De Rechtbank’ op het vertrouwen van burgers. Zij verwachtten dat mensen met weinig informatie over de rechtspraak eerder hun houding zullen veranderen als gevolg van transparantie dan mensen die al veel kennis over de rechtspraak hebben. Dit hangt af van hoe individuen nieuwe informatie relateren aan reeds bestaande informatie.¹⁰⁷ Daarnaast zullen mensen over het algemeen op zoek gaan naar informatie die hun bestaande opvattingen zal bevestigen. Bestaande opvattingen spelen daarom een rol in de relatie tussen transparantie en vertrouwen. Uit hun onderzoek, waar gebruik werd gemaakt van een controlegroep (niet-kijkers) en een experimentele groep (kijkers) blijkt dat transparantie in de vorm van de tv-serie een significant positief ef-

102 K. van den Bos en A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Vertrouwen in wetgeving, de overheid en rechtspraak’ in: *Nederlands Juristenblad*, afl. 21, 2012, p. 1451-1457.

103 Van den Bos 2011, p. 23.

104 Jonkers 2013, p. 450.

105 Grimmelikhuijsen, ‘Onbekend maakt onbemind? Over transparantie en vertrouwen’ in: *Idee*, april 2012, p. 36.

106 Grimmelikhuijsen 2012, p. 37.

107 S. Grimmelikhuijsen en A. Klijn, ‘The effects of judicial transparency on public trust: evidence from a field experiment’ in: *Public Administration*, Vol. 93, No. 4, 2015, p. 999.

fect heeft op het vertrouwen van burgers in de rechtspraak.¹⁰⁸ Zij concluderen dat transparantie het beste werkt voor mensen met basiskennis over de rechtspraak.¹⁰⁹

6. CONCLUSIE

Het ontbreken van democratische legitimatie en *hard political accountability*, het feit dat klassieke manieren van verantwoording afleggen niet langer volstaan en de opkomst van de mondige burger in onze samenleving die de rechtspraak steeds meer beoordeeld op kwaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid, hebben ertoe geleid dat de Nederlandse rechtspraak steeds meer aandacht heeft voor de vraag hoe burgers haar legitimiteit ervaren. Het gaat dan niet om de vraag of rechters behoorlijk handelen in overeenstemming met de wet en rechtsbeginselen, maar om de vraag of de Nederlandse rechtspraak het vertrouwen van burgers geniet.

Om het vertrouwen van de burger in haar functioneren te (her)winnen, zendt de rechtspraak een sterk maatschappijgerichte boodschap uit. De rechtspraak zoekt actief aansluiting bij de samenleving en hecht een centrale rol toe aan de rechtzoekende. Binnen haar maatschappijgeoriënteerde, responsieve strategie heeft de rechtspraak verschillende initiatieven ontplooid. In deze bijdrage hebben wij er drie beschreven: de rechter nieuwe stijl, het streven naar ervaren procedurele rechtvaardigheid en de toename van transparantie in de rechtspraak

Deze initiatieven dragen bij aan de ervaren legitimatie van de rechtspraak, zij het dat er enkele kanttekeningen te maken zijn. Zoals met meer ontwikkelingen binnen de rechtspraak, is het lastig voor een initiatief zoals de rechter nieuwe stijl om bij een gebrek aan gedegen empirisch onderzoek een uitspraak te doen over de wenselijkheid van de richting waarin de rechtspraak zich momenteel ontwikkelt. Bovendien toont onderzoek dat ons inzicht geeft in de responsiviteitskloof aan dat rechters denken dat burgers meer van hen verwachten dan burgers feitelijk doen. Juist de onafhankelijke positie van de rechter die staat voor juridisch vakmanschap wordt door hen toegejuicht. Meer onderzoek naar opvattingen van burgers en rechtzoekenden over de positie van de rechter is daarom belangrijk.

Uit ons eigen onderzoek blijkt inderdaad dat ervaren positieve rechtvaardigheid een belangrijke rol speelt in de ontwikkeling van vertrouwen in de rechter en rechtspraak. Dit wil echter niet zeggen dat andere factoren, zoals de uitspraak van de rechter, de proceservaring, het al dan niet hebben van een advocaat en ga zo maar door, geen effect sorteren op dit vertrouwen.

108 Grimmelikhuijsen en Klijn 2015, p. 1006.

109 Grimmelikhuijsen en Klijn 2015, p. 1007.

Voor wat betreft de relatie tussen transparantie en vertrouwen, heeft Grimmelikhuijsen laten zien dat meer transparantie niet zonder meer leidt tot meer vertrouwen. Zijn vervolgonderzoek is dan ook gericht op de vraag wanneer welke type transparantie voor de rechtspraak leidt tot meer ervaren legitimiteit.

Of er nu sprake is van daadwerkelijk afbrokkelend gezag of vermeende legitimiteitserosie, het belang van vertrouwen in de rechtspraak kan moeilijk worden overschat. De rechtspraak heeft als plicht om het vertrouwen in haar functioneren te behouden en te bestendigen. Dat zij zich hier de laatste jaren meer en meer voor inzet, juichen wij dan ook toe. De manier waarop de rechtspraak dit doet, waarbij zij een transitie lijkt door te maken van ambachtelijke expert naar open procesbegeleider, noopt tot het doen van meer empirisch onderzoek naar de gevolgen hiervan voor het vertrouwen van burgers in de Nederlandse rechtspraak.

HET *HANGMAT*-ARREST EN DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJKE RECHTSVORMING

Rolf Ortlep

1. INLEIDING

Zonder de pretentie om de vraag wat rechterlijke rechtsvorming is in overeenstemming met alle opvattingen in de literatuur te kunnen beantwoorden, kan worden aangehouden dat er van rechtsvorming door de rechter sprake is als in zijn rechterlijke uitspraak het geldende recht wordt vastgesteld en de betekenis ervan verder strekt dan het specifieke geschil dat met die uitspraak wordt beslecht.¹ In de literatuur is geopperd dat wanneer de rechter rechtsvormend (als wetgever-plaatsvervanger) optreedt, hij zich ook behoort te houden aan de algemene beginselen van behoorlijke regelgeving.² Aan deze beginselen is de wetgever tenslotte ook gebonden. Deze beginselen zijn vervolgens in de literatuur omgezet tot de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming.³ Het gaat daarbij niet alleen om beginselen die relevant zijn bij de rechterlijke beslissing om al dan niet rechtsvormend op te treden,⁴ maar tevens om beginselen die in acht (moeten) worden genomen wanneer de rechter rechtsvormend optreedt. De onderhavige bijdrage tracht opnieuw een lans te breken voor de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming en de vraag te beantwoorden of, en zo ja op welke wijze, deze algemene beginselen worden geëerbiedigd. Ter afbakening van deze bijdrage wordt deze vraag beantwoord aan de hand van het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad.⁵ De keuze voor dat arrest ligt in het feit dat het een van de spraakmakende arresten op het gebied van de rechterlijke rechtsvorming van de afgelopen jaren is. Deze

1 Vergelijk R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: BJu 2015, p. 59-160, i.h.b. p. 63 e.v., p. 73, p. 76 en p. 117 inclusief verwijzingen. Zie M.G. IJzermans, 'Legitimititeit door dialoog in de rechtszaal', *RMThemis* 2016, p. 13-25.

2 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 8.

3 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 8.

4 Vergelijk J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, Deventer: Kluwer 2013, p. 64 e.v.; J. Uzman en C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de (burgerlijke) rechter revisited', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht (Alkema-bundel)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 475-496.

5 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief.

bijdrage heeft de volgende opzet. In paragraaf 2 wordt in algemene zin ingegaan op de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming. Vervolgens zal in paragraaf 3 worden gezien of, en zo ja op welke wijze, deze algemene beginselen worden geëerbiedigd in het *Hangmat*-arrest. Deze bijdrage wordt in paragraaf 4 afgesloten met een conclusie.

2. ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJKE RECHTSVORMING

2.1. Inleiding

Zoals in de inleiding is opgemerkt, is in de literatuur geopperd dat wanneer de rechter rechtsvormend (als wetgever-plaatsvervanger) optreedt, hij zich ook behoort te houden aan de algemene beginselen van behoorlijke regelgeving.⁶ Aan deze beginselen is de wetgever tenslotte ook gebonden.⁷ Deze beginselen zijn vervolgens door A.O. Lubbers en H. Vording omgezet tot de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming.⁸ In de onderhavige paragraaf worden deze laatstgenoemde beginselen in algemene zin besproken en waar nodig nader toegelicht.⁹ Hier past de *disclaimer* dat de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming een werk in uitvoering zijn, in de zin dat zij nog nader in algemene zin uitgewerkt kunnen worden en zij deels overlappend zijn. Daarbij zal hieronder duidelijk worden dat niet over elk beginsel evenveel gezegd kan worden.

6 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 8.

7 Vergelijk over die beginselen M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2009, par. 4.4 inclusief vele verwijzingen.

8 Vergelijk A.O. Lubbers en H. Vording, 'Een eerste aanzet tot een toetsingskader voor de beoordeling van het werk van de belastingrechter waar deze optreedt als wetgever-plaatsvervanger', in: D.A. Albregtse en P. Kavelaars (red.), *Maatschappelijk heffen (Stevens-bundel)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 439-453. Zie J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers en H. Vording, 'De belastingrechter: rechtsbeschermer, rechtsvinder en wetgever-plaatsvervanger', in: E.R. Muller en C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 239-254; A.O. Lubbers, 'De belastingrechter als wetgever-plaatsvervanger: hoe kan hij zijn beslissing motiveren?', in: H. Gribnau (red.), *Principieel belastingrecht (Happe-bundel)*, Nijmegen: WLP 2011, p. 119-133; A.O. Lubbers, 'Hoe behoudt de belastingrechter op het punt van rechtsvinding en rechtsvorming het vertrouwen van de maatschappij?', *WFR* 2011, p. 62-67; A.O. Lubbers en M. Schaap, 'Wetgevingsdilemma's voor de belastingrechter, geïllustreerd aan de hand van de ruilgedachte', *WFR* 2011, p. 1302-1307.

9 De citaten in deze paragraaf zijn afkomstig uit A.O. Lubbers en H. Vording 2006, p. 446 e.v.

2.2. Algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming

Beginsel van het toelaatbare optreden

Voordat de rechter als rechtsvormer optreedt, dient hij zich te vergewissen of zijn optreden in die hoedanigheid aanvaardbaar is. Daar waar de wetgever uitdrukkelijk heeft bedoeld de rechtsvorming op een bepaald punt aan de rechter over te laten, is in de regel sprake van een toelaatbaar optreden van de rechter als rechtsvormer. Bestaat die uitdrukkelijke bedoeling niet, dan zou nog meer in de motivering van de rechter besloten moeten liggen ‘waarom hij de grenzen van zijn normale taakuitoefening – het aan de hand van de wet geven van een beslissing voor het onderliggende geval – overschrijdt door een rechtsregel te geven, en dus reeds op voorhand te kennen te geven op welke wijze hij gevallen zal beoordelen die nog niet aan hem zijn voorgelegd.’ De rechter moet daarbij streven naar een volledige inventarisatie en afweging van alle (mogelijke) belangen. In het kader van het streven naar die volledige inventarisatie en afweging moet de rechter zich afvragen ‘of hij alle relevante omstandigheden en maatschappelijke belangen kent. Is dat onvoldoende het geval (en ziet hij evenmin mogelijkheden om de hem ter beschikking staande informatie te vergroten), dan zal hij moeten vaststellen dat hij niet als regelgever kan optreden.’

Beginsel van een deugdelijke motivering

Rechtsregels die de rechter als rechtsvormer geeft, dienen deugdelijk gemotiveerd te worden. In veel gevallen vergroot een deugdelijke motivering de aanvaardbaarheid van de rechterlijke uitspraak en zij zal er toe bijdragen dat er uiteindelijk minder nieuwe discussie ontstaat. Als de visie van de rechter tenslotte ‘met betrekking tot een bepaald vraagstuk helder wordt – en dit kan door het gebruik van goede argumenten – stelt dit de praktijk in staat om gefundeerde verwachtingen te vormen over hoe [de rechter] zal oordelen in naastliggende kwesties. Dit kan ertoe leiden dat er uiteindelijk minder zaken worden aangebracht.’ Het belang van een deugdelijke motivering in relatie tot rechterlijke rechtsvorming krijgt in de recente jaren steeds meer de aandacht.¹⁰ Tevens is in de rechtspraak van (voornamelijk) de Hoge Raad de trend waarneembaar dat hij bij rechtsvormende uitspraken discursief motiveert.¹¹

10 Vergelijk R. Ortlep 2015, p. 119 e.v.; G. de Groot, ‘Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening’, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden. Bijdragen aan de samenleving*, Den Haag: BJu 2014, p. 113-178.

11 Vergelijk bijvoorbeeld HR 26 februari 2016, *AB* 2016/175, m.nt. R. Ortlep; HR 16 oktober 2015, *AB* 2016/113, m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven. Zie C.E. Drion, ‘Een Grote Kamer voor de Hoge Raad?’, *NJB* 2016/12, p. 785; R. Ortlep 2015, p. 122 e.v.; L.J.A. Pieterse, ‘Duiding van rechterlijke uitspraken, een suggestie’, *NTRF* 2013/572, p. 1-3.

Daarmee is een kentering gekomen in het – door S.K. Martens in 1993 geformuleerde – uitgangspunt dat de Hoge Raad zich betrekkelijk zelden van een betoogtrant bedient die wikt en weegt, voors en tegens bespreekt en dan ten slotte voorzichtig een keuze maakt: de motiveringsmodellen, in zijn woorden van destijds, ‘redeneren veeleer van meet af, zoals een goede pleitnota, aan op het in raadkamer besloten resultaat: dat betekent veel plaats voor argumenten die voor dat resultaat pleiten, en slechts aandacht voor tegenargumenten als dat voor de overtuigende kracht dan wel voor de duidelijkheid onontbeerlijk is en ze in kort bestek weerlegd kunnen worden.’¹² Deze kentering wordt toegejuicht, alsmede om in het kader van een discursief opgezette motivering in te gaan op bijvoorbeeld de rechtspraak van andere rechters en de literatuur. Van met name het laatste zijn evenwel relatief weinig voorbeelden te vinden.¹³ Mijn aanname is dat dit te maken heeft met het standpunt dat ook soms wordt ingebracht tegen een discursief opgezette motivering, namelijk dat het zou afdoen aan het gezag van een rechterlijke uitspraak. Met E. Korthals Altes en H.A. Groen kan worden nagezegd dat dit ‘getuigt van een zekere kortzichtigheid: een uitspraak wint juist aan gezag, indien de Hoge Raad aan de in de literatuur tegen de door hem gekozen oplossing aangevoerde argumenten niet stilzwijgend voorbijgaat, maar deze – mits goed gemotiveerd – weerlegt.’¹⁴

Beginsel van de uitvoerbaarheid

De rechter is niet in staat alle uitvoeringsaspecten van zijn uitspraak te overzien en dit kan en mag ook niet van hem worden verwacht. Evenwel mag van de rechter ‘worden verwacht (en in die zin vervult dit beginsel de functie van een marginale toets) dat hij geen rechtsregels geeft die voorzienbare uitvoeringsmoeilijkheden opleveren.’ Gelet op het laatste is in de literatuur – ook in het kader van de rechterlijke rechtsvorming – het pleidooi gehouden dat de rechter meer oog moet hebben voor de (mogelijke) macro-effecten van zijn rechterlijke beslissing.¹⁵ Met deze effecten wordt bedoeld op de potentiële niet

12 S.K. Martens, ‘Motivering van uitspraken van de cassatierechter’, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd (Van Boeschoten-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 133-153, i.h.b. p. 142-143. Vergelijk J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, nrs. 169, 182 en 247. Zie J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, nrs. 33, 91, 115.

13 Vergelijk hierover mijn annotatie onder HR 26 februari 2016, *AB* 2016/175. Zie L.J.A. Pieterse, ‘Rechtspraak en literatuur’, *NTFR* 2016/1008.

14 E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 309.

15 Vergelijk E.R. de Jong, ‘De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten’, in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 51-67; C. Mak, ‘Do justice, Justice. Over rechterlijke rechtsvorming in het Europees consumentencontractenrecht’, *TvCH* 2015, p. 175-180; R. Ortlep 2015, p. 118-119. Zie J.C.A. de Poorter, ‘Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een

juridische effecten van een rechterlijke beslissing en/of de effecten die zij heeft voor de niet bij het geding betrokken partijen. Er wordt erkend dat indien de rechter daadwerkelijk rekenschap moet kunnen afleggen van de (mogelijke) macro-effecten van zijn rechterlijke beslissing, hij dienaangaande een zo volledig mogelijk beeld moet kunnen krijgen. Het is noodzakelijk dat de rechter meer zicht kan krijgen op dergelijke macro-effecten door het (meer actief) inwinnen van informatie en dat vereist een (deels) andere inrichting van het proces. Dienaangaande wordt gewezen op de ‘Wet versterking cassatierecht-spraak’, waarmee artikel 81a van de Wet op de Rechterlijke Organisatie is geïntroduceerd.¹⁶ In dat artikel is bepaald dat de Hoge Raad kennis neemt van de door de rechtbanken en de gerechtshoven gestelde prejudiciële vragen. De artikelen 392 tot en met 394 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevatten een nadere regeling van deze procedure, waaronder de mogelijkheid om ook anderen dan partijen – zogeheten *amicus curiae* – de gelegenheid te bieden om schriftelijke opmerkingen te maken, teneinde een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van de juridische en maatschappelijke context van een bepaald geschil.¹⁷

Beginsel van een duidelijke terminologie en duidelijke systematiek

Wat betreft het aspect van een duidelijke terminologie is vereist dat deze dus duidelijk is en bovendien op een consequente wijze wordt toegepast. Hiermee wordt de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid bevorderd. Als de rechter voortbouwt op rechtsregels die hij in het verleden heeft gegeven, is het ‘van belang dat hij teruggrijpt op de termen en formuleringen die hij in die voorgaande [uitspraken] op dat punt heeft gebruikt. Wijzigingen in het gebruik van bepaalde termen of formuleringen – bedoeld of onbedoeld – geven immers al snel aanleiding tot speculaties over een koerswijziging [...] en leiden tot rechtsonzekerheid.’ Het aspect van een duidelijke systematiek ziet er op dat de door de rechter gegeven regels een logisch en samenhangend geheel vormen. In dat licht doet de rechter er goed aan om wanneer hij rechtsvormend optreedt, een overzicht te geven van hetgeen tot dan toe op het betreffende terrein is beslist. Hiermee ‘kan het onderlinge verband tussen de in de loop van de tijd gegeven rechtsregels duidelijk worden gemaakt.’

regeling van de *amicus curiae* in de Algemene wet bestuursrecht’, *NTB* 2015, p. 40-49.

¹⁶ Wet van 15 maart 2012, *Stb.* 2012, 116.

¹⁷ Vergelijk I. Giesen en A.M. Overheul, ‘Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand’, *AA* 2015, p. 825-834; C.A. Streefkerk, ‘De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad’, *Trema* 2015, p. 248-255.

Beginsel van de kenbaarheid

Om een uitspraak met een rechtsvormend element te kennen, moet zij gepubliceerd worden. Het forum dat daarvoor in aanmerking komt is rechtspraak.nl. Vanwege het ‘Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012’¹⁸ is er een wettelijke verzekering dat het beginsel van de kenbaarheid wordt nageleefd. Zo volgt uit artikel 5, onder e, van dat besluit dat rechtsvormende uitspraken altijd worden gepubliceerd, zij het dat een dergelijke uitspraak wel als zodanig moet worden gelabeld. In de toelichting dienaangaande staat dan ook: ‘Omdat de selecteur niet altijd de gelegenheid heeft om te onderzoeken in hoeverre er inderdaad sprake is van een jurisprudentievormend karakter, is een ruime interpretatie van deze regel op zijn plaats: twijfel over het juridisch belang van een uitspraak is op zichzelf eigenlijk reeds voldoende om tot publicatie te besluiten.’

Beginsel van de rechtsgelijkheid

Treedt de rechter op als rechtsvormer, dan dient hij ook het rechtsgelijkheidsbeginsel in acht te nemen. ‘De rechtsregels die in dat kader tot stand komen dienen geen onderscheid te maken tussen groepen van gelijke gevallen, tenzij [...] daarvoor een goede rechtvaardiging [bestaat].’

Beginsel van een individuele rechtsbedeling

Dit beginsel ziet op de eigenlijke taak van de rechter, hetgeen hij verlaat als hij optreedt als rechtsvormer. ‘Hij formuleert dan immers reeds bij voorbaat op welke wijze hij toekomstige gevallen zal beoordelen. Door bij het formuleren van rechtsregels voorzichtig te werk te gaan, houdt de rechter ruimte om gevallen die net iets anders liggen, anders te behandelen. De rechter staat hier voor dezelfde afweging die de wetgever voortdurend moet maken; hoe kunnen rechtsregels duidelijk worden geformuleerd en ruimte laten voor afwegingen in nog niet voorziene gevallen?’

Beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd

Het beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd ziet er op dat de rechter ook als rechtsvormer niet zomaar van koers wijzigt. Als de rechter de ene keer x beslist en de andere keer weer y, dan kan dat *lawfulness* tot gevolg hebben.¹⁹ Het zojuist genoemde beginsel sluit evenwel niet in dat de rechter niet van koers mag wijzigen, maar als hij dat doet dan dient het te geschieden met een uitdrukkelijke motivering. Het wijzigen van

¹⁸ Te vinden op www.rechtspraak.nl.

¹⁹ Vergelijk P.J. Wattel, ‘The Continuity Girl’, *NJB* 2016/24, p. 1671.

de koers kan gepaard gaan met het zogeheten *prospective overruling*, dat wil zeggen dat die wijziging pas vanaf een moment in de toekomst geldt. Hiermee wordt recht gedaan aan het vertrouwen dat de maatschappij aan de tot dan toe heersende rechtspraak mocht ontlenuen.²⁰

3. *HANGMAT*-ARREST

3.1. Inleiding

In de vorige paragraaf is in algemene zin ingegaan op de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming. Hieronder zal worden bezien of, en zo ja op welke wijze, deze algemene beginselen worden geëerbiedigd in het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad.²¹ Zoals in de inleiding is opgemerkt, is dat arrest een van de spraakmakende arresten op het gebied van de rechterlijke rechtsvorming van de afgelopen jaren. In de zaak die tot het *Hangmat*-arrest heeft geleid gaat het om de feitelijke situatie dat een vrouw een hangmat bevestigt aan een gemetselde pilaar die deel uitmaakt van het huis dat zij met haar partner in eigendom heeft. Deze pilaar bezwijkt door het gewicht en valt op de vrouw die daardoor een zogeheten hoge dwarslaesie heeft. Als gevolg daarvan kan zij haar armen en benen nooit meer gebruiken, is zij voor de rest van haar leven rolstoelgebonden en volledig afhankelijk van de hulp van derden. De vrouw spreekt haar partner, als medebezitter van de pilaar, aan voor de schade, meer in het bijzonder hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar. De aangesprokene betogen dat de vrouw, gelijk als haar partner medebezitter van de opstal (pilaar), haar partner niet met recht kan aanspreken, omdat artikel 6:174 van

20 Vergelijk M.R.T. Pauwels, 'Enige aspecten van het weerbarstige leerstuk van rechterlijk overgangsrecht in het belastingrecht', in: Th. Groeneveld en L.J.A. Pieterse (red.), *Met oog voor detail (Van den Berge-bundel)*, Den Haag: Sdu 2013, p. 239-259.

21 HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief. Vergelijk P.A. Fruytier, 'Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmatjurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte', *MvV* 2016, p. 152-158; F.T. Oldenhuis onder HR 29 januari 2016, JA 2016/41; M. Overheul & K. van Vught, 'De Hoge Raad als vrije rechtsvinder. Noemt hij man en paard?', *AA* 2016, p. 323; I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor dieren jegens medebezitters revisited: de Hoge Raad wijst af!', *AV&S* 2016/12, p. 74-76; J.M. van Dunné, 'De bijdragen van een slapende gemeente, een hangmat, een souteneur en een subsidiejager aan een verkalkt leerstuk', *TGMA* 2016/1. Verder R.J.P. Kottenhagen, 'Het Hangmat-arrest (Verheijen Achmea-Van Oss): een nieuwe route naar schadevergoeding', *NTBR* 2011/33; J.L. Smeehuijzen, 'Waarom het hangmatarrest onjuist is; over artikel 6:174 BW als koekoeksjong in het contractenrecht', *VRA* 2011/66; R.D. Lubach, 'Opstalaansprakelijkheid tegenover de medebezitter: een nieuwe loot aan de stam van het aansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2010, p. 317-320; F.T. Oldenhuis, 'De Hangmatzaak, HR 8 oktober 2010, LJN BM6095', *NJB* 2010/38, p. 2456-2460; F. Leopold, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitter', *TvP* 2010/4, p. 107-113.

het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) in zijn beschermingsbereik zou zijn beperkt tot derden (personen buiten de kring der bezitters). De rechtsvraag die concreet voorligt is de reikwijdte van de bescherming van artikel 6:174 van het BW, dat ziet op de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen: vestigt dat artikel uitsluitend een risicoaansprakelijkheid jegens derden (personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter van die opstal hebben)?

3.2. Relevante rechtsoverwegingen

In paragraaf 3.3 worden de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming besproken aan de hand van het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad. Hiervoor is het allereerst noodzakelijk om, voor zover voor de onderhavige bijdrage van belang, in te gaan op de rechtsoverwegingen van dat arrest.²² De Hoge Raad formuleert de te beantwoorden rechtsvraag als volgt: ‘is de (mede) bezitter – hier: [eiser 1] – van een gebrekkige opstal uit hoofde van artikel 6:174 aansprakelijk voor de schade die een andere medebezitter – hier: [verweerster] – als gevolg van dat gebrek lijdt?’ En hij vervolgt:

‘Ter beantwoording van de vraag of artikel 6:174 uitsluitend een risicoaansprakelijkheid vestigt jegens derden, dat wil zeggen jegens personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter van die opstal hebben, moet in het bijzonder worden onderzocht of het relativiteitsvereiste aan vergoeding van de schade in de weg staat. Of aan het in artikel 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, hangt naar vaste rechtspraak ervan af wat het doel en de strekking is van de aansprakelijkheidsnorm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.’

Dienaangaande geldt in de woorden van de Hoge Raad het volgende:

‘In de tekst van artikel 6:174 is de reikwijdte van de risicoaansprakelijkheid van de bezitter van de gebrekkige opstal niet beperkt, dus ook niet tot derden (in de zojuist omschreven betekenis) die als gevolg van het gebrek schade lijden. Dat de artikelen 6:169-172 BW, die wel uitdrukkelijk zien op schade aan derden, zijn opgenomen in dezelfde afdeling als artikel 6:174, pleit eerder tegen de opvatting dat ook artikel 6:174 alleen derden op het oog heeft dan ervoor. De regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van medebezitters (artikel 6:180 lid 1 BW) past bij een op benadeelde derden gerichte aansprakelijkheid, maar is niet van belang voor de beantwoording van de vraag of onderlinge aansprakelijkheid van medebezitters van een gebrekkige opstal mogelijk is. De bewoordingen van artikel 6:174 en het wettelijk stelsel staan

²² Degene die deze rechtsoverwegingen (permanent) op zijn of haar netvlies heeft, kan deze paragraaf verder overslaan.

dan ook op zichzelf niet in de weg aan de door [verweerster] verdedigde opvatting.’

Vervolgens gaat de Hoge Raad aangaande de grondslag van de aansprakelijkheid van artikel 6:174 van het BW in op de parlementaire geschiedenis ervan en citeert daaruit:

‘Het ontwerp heeft de afzonderlijke regel voor schade door bouwwerken veroorzaakt, gehandhaafd [...]. Wat de rechtsgrond is van deze bijzondere aansprakelijkheid, is zowel hier te lande als in het buitenland betwist. De reden waarom in het ontwerp het onderhavige artikel is opgenomen, is de volgende. Gebouwen en andere met de grond verenigde werken plegen een lange levensduur te hebben. Wanneer wellicht vele tientallen jaren na het bouwen van het werk door de gebrekkige toestand daarvan een ongeluk plaatsvindt, zou het voor de benadeelde vaak moeilijk, zo niet ondoenlijk zijn om uit te zoeken of dat gebrek is teweeggebracht door een fout bij de bouw of door een onderhoudsverzuim en zo ja, aan wie die fout of dat verzuim kan worden toegerekend. Vandaar dat de wetboeken van ouds aan de benadeelde het recht geven zich voor schadevergoeding te wenden tot degene tot wiens vermogen het bouwwerk behoort, zodat deze persoon het risico krijgt te dragen, dat het gebrek niet of niet bewijsbaar is terug te voeren tot de fout van een ander op wie hij regres kan nemen. Er is thans te minder reden om op deze gedachtengang terug te komen, nu de eigenaar of bezitter van het bouwwerk zich voor een geringe premie kan verzekeren tegen de gevolgen van deze wettelijke aansprakelijkheid. (T.M., Parl. Gesch. Boek 6, blz. 753).’

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van deze passage uit de parlementaire geschiedenis het volgende:

‘Het in deze passage genoemde primaire argument betreft het belang van benadeelden niet te worden belast met het vaak moeilijke onderzoek (waaraan valt toe te voegen: en bewijslevering) of het gebrek aan een fout is te wijten, en, zo ja, aan wiens fout, hetgeen zeker voor derden zal gelden. Andere passages uit de parlementaire geschiedenis (vermeld in de conclusie van de advocaat-generaal onder 4.8.2, 4.9.3 en 4.9.5) passen bij het beeld dat de wetgever vooral aan dit belang van derden heeft gedacht. Ook de Hoge Raad heeft voormeld belang genoemd in HR 13 juni 1975, LJN AC3080, NJ 1975/509, waar het ging om de strekking van artikel 1405 (oud) BW.

Aan de wetsgeschiedenis kan echter geen (voldoende) houvast worden ontleend ten gunste van het standpunt dat de wetgever de risicoaansprakelijkheid van de bezitter heeft willen beperken tot die jegens derden en dat hij aanspraken in situaties als de onderhavige heeft willen uitsluiten. De wetgever heeft immers bij de totstandkoming van artikel 6:174 niet kenbaar aandacht besteed aan de onderhavige situatie van aanspraken van de ene

medebezitter tegen de andere en de parlementaire stukken bieden omtrent de strekking van artikel 6:174 niet meer duidelijkheid dan dat met die bepaling in ieder geval is beoogd het bedoelde belang van derden te beschermen.'

Nadat de Hoge Raad hiermee heeft vastgesteld dat de tekst en de parlementaire geschiedenis van artikel 6:174 van het BW ter zake geen uitsluitel bieden, kiest hij voor wat 'naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van artikel 6:174.' Naar het oordeel van de Hoge Raad valt die keuze uit ten gunste van het standpunt van verweerster (de vrouw) en hij neemt daarbij het volgende in aanmerking:

'Het behoort tot de algemene doelstelling van de kwalitatieve aansprakelijkheid van artikel 6:174 dat op de benadeelden niet het risico wordt afgewenteld dat niet of niet eenvoudig kan worden bepaald en bewezen wie voor de door het gebrek veroorzaakte schade eventueel aansprakelijk kan worden gehouden op grond van de schuldaansprakelijkheid van artikel 6:162 BW. Deze beschermingsgedachte gaat evenzeer op voor de benadeelde medebezitter.

Het behoeft geen betoog dat het belang van de benadeelde medebezitter, die zijn schade niet (eenvoudig) elders vergoed kan krijgen, om te worden beschermd door het aannemen van aansprakelijkheid van de (mede)bezitter en de daardoor geboden mogelijkheid van verhaal onder de aansprakelijkheidsverzekering van de andere medebezitter, een zwaarwegend belang is. Zoals in de [...] opgenomen passage uit de wetsgeschiedenis is vermeld, wordt vanouds aan de benadeelde het recht gegeven zich voor schadevergoeding te wenden tot degene tot wiens vermogen het bouwwerk behoort. Met dit uitgangspunt strookt niet elke aanspraak jegens de bezitter aan de medebezitter te onthouden op de enkele grond dat deze opstal ook tot het vermogen van de medebezitter behoort. Het feit dat degene die als (enig) bezitter schade ondervindt als gevolg van een gebrek in de opstal niet zichzelf of zijn aansprakelijkheidsverzekeraar kan aanspreken en de eigen schade zelf moet dragen, is geen voldoende klemmende reden de benadeelde medebezitter geen enkele aanspraak jegens de andere bezitter(s) toe te kennen.

Een benadeelde derde kan voor de door hem als gevolg van het gebrek geleden schade iedere bezitter van de opstal, die tegenover hem hoofdelijk aansprakelijk is (artikel 6:180 lid 1), voor het geheel aanspreken. In hun onderlinge verhouding zijn de bezitters in beginsel verplicht in de schuld en in de kosten bij te dragen voor het gedeelte van de schuld dat hun in hun onderlinge verhouding aangaat (artikel 6:10 lid 1 BW). Dit gedeelte moet in het algemeen worden gesteld op het gedeelte dat overeenkomt met ieders aandeel in de opstal. Dit heeft tot effect dat de schade in zo'n geval wordt gedragen door de bezitters gezamenlijk. Indien de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek geen enkele aanspraak zou hebben tegenover andere bezitters van

de opstal, zou hij de schade volledig zelf moeten dragen en zouden de andere bezitters niets behoeven bij te dragen, hoewel ook zij in dezelfde relatie tot de gebrekkige opstal staan als de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek. Het is, vorenbedoeld uitgangspunt in aanmerking genomen, uit maatschappelijk oogpunt redelijker de schade van de benadeelde over alle bezitters te verdelen dan uitsluitend de benadeelde medebezitter de schade te laten dragen.

Dat de onderhavige aanspraak zich binnen een samenlevingsverband afspeelt, vormt geen reden om een aanspraak van de medebezitter niet te honoreren. Ook in gevallen waarin aansprakelijkheid in samenlevingsverband wordt aanvaard, zoals in die waarin aanspraken tussen ouders en kinderen ontstaan, gelden in beginsel de gewone aansprakelijkheidsregels (vgl. HR 11 april 1975, LJN AC1932, NJ 1975/373).

De bezitters van een opstal plegen zich te verzekeren tegen de risico's van de in artikel 6:174 bedoelde aansprakelijkheid. Deze relatief eenvoudige verzekeringsmogelijkheid was ook voor de wetgever een niet onbelangrijk argument ten gunste van de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174. Door [eiser 1] en Achmea is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van artikel 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstallen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor een onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaarheid zal worden. In de polisvoorwaarden en door middel van de premiestelling zal de verzekeraar bovendien met de hier bedoelde aanspraken van medebezitters rekening kunnen houden.'

Zoals in paragraaf 3.1 is opgemerkt, betreft de concrete rechtsvraag in het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad die naar de reikwijdte van de bescherming van artikel 6:174 van het BW, dat ziet op de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen: vestigt dat artikel uitsluitend een risicoaansprakelijkheid jegens derden (personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter van die opstal hebben)? De Hoge Raad concludeert, nadat hij heeft vastgesteld dat de tekst en de parlementaire geschiedenis van artikel 6:174 van het BW ter zake geen uitsluitel bieden en hij kiest voor wat 'naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van artikel 6:174', dat de geschonden norm (een gebrek aan de opstal) strekt tot bescherming van de schade van de vrouw, die tevens medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal (de pilaar), zodat de vrouw met recht haar partner (en hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar) kan aanspreken tot vergoeding van de schade. Aan de zijde van de vrouw speelt voor de Hoge Raad voornamelijk een rol dat zij ernstige schade heeft en haar schade niet op andere wijze vergoed kan krijgen. Met betrekking tot haar partner

(als medebezitter) (en hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar) wordt het door de Hoge Raad met name van belang geacht dat bezitters zich plegen te verzekeren, een argument dat in de parlementaire geschiedenis een belangrijke grond vormde voor de invoering van artikel 6:174 van het BW. Dat artikel strekt daarmee naar het oordeel van de Hoge Raad tot bescherming van de benadeelde (de vrouw). Dat de vrouw dezelfde hoedanigheid als medebezitter heeft, leidt er naar het oordeel van de Hoge Raad slechts toe dat de vergoeding maximaal 50% van haar schade betreft. De rechtsvormende rechtsregel die uit het *Hangmat*-arrest voortvloeit is daarmee in het kort: artikel 6:174 van het BW vestigt niet alleen een risicoaansprakelijkheid jegens derden maar ook jegens medebezitters.

3.3. Algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming: getoetst

Inleiding

De in paragraaf 2 in algemene zin besproken algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming zijn kort gezegd de volgende:

- Beginsel van het toelaatbare optreden
- Beginsel van een deugdelijke motivering
- Beginsel van de uitvoerbaarheid
- Beginsel van een duidelijke terminologie en duidelijke systematiek
- Beginsel van de kenbaarheid
- Beginsel van de rechtsgelijkheid
- Beginsel van een individuele rechtsbedeling
- Beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd

Deze algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming worden hieronder in het licht van het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad, meer in het bijzonder de in de vorige paragraaf weergegeven rechtsoverweging, besproken. Daarmee wordt tot een beantwoording gekomen van de vraag of, en zo ja op welke wijze, deze algemene beginselen in dat arrest worden geëerbiedigd. Niet over elk algemeen beginsel van behoorlijke rechtsvorming kan ter zake evenveel gezegd worden en een verdere bespreking wordt in dat geval achterwege gelaten.

Met de publicatie van het *Hangmat*-arrest op rechtspraak.nl is voldaan aan het beginsel van de kenbaarheid, zodat dat beginsel niet verder besproken wordt. Evenmin kan over het beginsel van de rechtsgelijkheid veel gezegd worden. Het *Hangmat*-arrest geeft geen aanleiding voor de constatering dat de Hoge Raad dat beginsel niet heeft nageleefd, in de zin dat met de rechtsvormende rechtsregel – te weten: artikel 6:174 van het BW vestigt niet alleen een risicoaansprakelijkheid jegens derden maar ook jegens medebezitters – een (niet te rechtvaardigen) onderscheid is gemaakt tussen groepen van gelijke gevallen.

Hooguit kan ter zake worden geconstateerd dat het *Hangmat*-arrest in de literatuur de discussie heeft uitgelokt over de beantwoording van de vraag of de redenering die ten grondslag ligt aan die rechtsvormende rechtsregel tevens van toepassing is op bijvoorbeeld de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:173 van het BW (gebrekkige roerende zaken) en/of artikel 6:179 van het BW (dieren). Uit een later arrest van de Hoge Raad²³ is gebleken dat die redenering *niet* wordt gevolgd voor het laatstgenoemde, waarover hieronder meer, terwijl dat in de literatuur wel (voorzichtig) was voorspeld.²⁴ Voorts wordt hieronder het beginsel van een individuele rechtsbedeling verder buiten beschouwing gelaten. Met betrekking dat beginsel is in paragraaf 2.2 – in andere bewoordingen – opgemerkt dat in het geven van een rechtsvormende regel besloten ligt dat de rechter niet alleen recht doet aan de omstandigheden van het bijzondere geval. Het komt er op neer dat een rechter duidelijk beslist en ruimte laat voor afwegingen in nog niet voorziene gevallen. Het *Hangmat*-arrest geeft in die zin geen aanknopingspunten voor de constatering dat de Hoge Raad het beginsel van een individuele rechtsbedeling niet heeft nageleefd. Het laatste beginsel dat hieronder niet verder wordt besproken is het beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd. Dat beginsel ziet er, vergelijk paragraaf 2.2, op dat de rechter ook als rechtsvormer niet zomaar van koers wijzigt. Het sluit dus niet in dat de rechter niet van koers mag wijzigen, maar als hij dat doet dan dient het te geschieden met een uitdrukkelijke motivering. In het *Hangmat*-arrest is er geen sprake van een koerswijziging, aangezien de Hoge Raad niet eerder de concrete rechtsvraag heeft beantwoord of artikel 6:174 van het BW alleen een risicoaansprakelijkheid jegens derden of ook jegens medebezitters vestigt. Vanwege het feit dat dienaangaande van een koerswijziging geen sprake is, was er voor de Hoge Raad ook geen aanleiding om een overweging te wijden aan rechterlijk overgangsrecht, bijvoorbeeld in termen van een *prospective overruling*.

Gelet op het bovenstaande wordt hieronder alleen nog nader ingegaan op de volgende algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming:

- Beginsel van het toelaatbare optreden
- Beginsel van een deugdelijke motivering
- Beginsel van de uitvoerbaarheid
- Beginsel van een duidelijke terminologie en duidelijke systematiek

23 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162. Zie Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443; Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:868.

24 Vergelijk I. Giesen 2016, p. 74-76; A.C. van Schaick, 'De rechter als tegenstander', *NTBR* 2015/5; R.J.P. Kottenhagen 2011, par. 5; J.L. Smeehuijzen 2011, par. 3; F.T. Oldenhuis 2010, p. 2457 e.v.; F. Leopold 2010, p. 112 e.v.

Beginsel van het toelaatbare optreden

Bij dit beginsel is van belang dat voordat de rechter als rechtsvormer optreedt, hij zich dient te vergewissen of zijn optreden in die hoedanigheid aanvaardbaar is. De Hoge Raad motiveert in het *Hangmat*-arrest expliciet dat de tekst en de parlementaire geschiedenis van artikel 6:174 van het BW geen uitsluitel bieden voor de beantwoording van de vraag of dat artikel uitsluitend een risicoaansprakelijkheid jegens derden (personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter van die opstal hebben) vestigt. Zo overweegt de Hoge Raad over de parlementaire geschiedenis:

‘De wetgever heeft [...] bij de totstandkoming van artikel 6:174 niet kenbaar aandacht besteed aan de onderhavige situatie van aanspraken van de ene medebezitter tegen de andere en de parlementaire stukken bieden omtrent de strekking van artikel 6:174 niet meer duidelijkheid dan dat met die bepaling in ieder geval is beoogd het bedoelde belang van derden te beschermen.’

De constatering dat de tekst en de parlementaire geschiedenis van artikel 6:174 van het BW geen uitsluitel bieden voor de beantwoording van de vraag of dat artikel uitsluitend een risicoaansprakelijkheid jegens derden (personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter van die opstal hebben) vestigt, is de reden waarom de Hoge Raad kiest voor wat ‘naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van artikel 6:174.’ Uit het beginsel van het toelaatbare optreden volgt dat de rechter moet streven naar een volledige inventarisatie en afweging van alle (mogelijke) belangen. Wat betreft het streven naar die volledige inventarisatie en afweging kan een kanttekening worden geplaatst, hetgeen hieronder wordt besproken in het kader van het beginsel van de uitvoerbaarheid.

Beginsel van een deugdelijke motivering

Rechtsregels die de rechter als rechtsvormer geeft, dienen deugdelijk gemotiveerd te worden. In veel gevallen vergroot een deugdelijke motivering de aanvaardbaarheid van de rechterlijke uitspraak en zij zal er toe bijdragen dat er uiteindelijk minder nieuwe discussie ontstaat, aldus de korte bespreking van het beginsel van een deugdelijke motivering in paragraaf 2.2. Wanneer er uitsluitend gelet wordt op de gevormde discussie in de literatuur naar aanleiding van het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad en de daarvoor gewezen uitspraak van de rechtbank ‘s-Hertogenbosch,²⁵ dan zou geconcludeerd kunnen worden dat de Hoge Raad zijn beslissing niet deugdelijk heeft gemotiveerd. Immers, bij zo veel discussie is er toch per definitie geen sprake van een deugdelijke

25 Rb. ‘s-Hertogenbosch 21 januari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH0728.

motivering? Dit zou evenwel een miskening zijn van het feit dat bij voornamelijk rechtsvormende uitspraken tot uitdrukking komt dat recht – in de bekende woorden van J.B.M. Vranken – een discursieve grootheid is, dat wil zeggen: ‘het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto.’²⁶ Waar het om gaat is dat een rechter die een rechtsregel als rechtsvormer geeft, de (mogelijke) discussie over die rechtsregel tot uitdrukking brengt en bespreekt. In paragraaf 2.2 is besproken dat er in de rechtspraak van (voornamelijk) de Hoge Raad een trend waarneembaar is dat hij bij rechtsvormende uitspraken discursief motiveert. Wat betreft het *Hangmat*-arrest is het opvallend dat de Hoge Raad in mindere mate een betoogtrant bedient die wikt en weegt, voors en tegens bespreekt en dan ten slotte voorzichtig een keuze maakt. Dit terwijl daarvoor wel alle aanleiding bestond. Naar aanleiding van de daarvoor gewezen uitspraak van de rechtbank ’s-Hertogenbosch is reeds in de literatuur de discussie ontstaan over de rechtsvormende rechtsregel dat artikel 6:174 van het BW niet alleen een risicoaansprakelijkheid jegens derden maar ook jegens medebezitters vestigt, maar de Hoge Raad gaat daar niet op in en de vraag rijst: waarom niet.²⁷

In de situatie dat afgevraagd kan worden wat precies de grondgedachte van de rechtsvormende regel is en welke discussie daarover kan bestaan, kan de conclusie van de advocaat-generaal vaak uitkomst bieden.²⁸ De conclusie van de advocaat-generaal J. Spier bij het *Hangmat*-arrest is weliswaar uitvoerig opgezet, maar de Hoge Raad verwijst daar beperkt naar. Uiteindelijk wordt door de advocaat-generaal J. Spier zelf de volgende conclusie getrokken:

‘Wat dan? Welnu, ik heb uitvoerig geschetst dat men over de onderhavige problematiek verschillend kan denken. Echt overtuigende argumenten ten gunste van een van beide standpunten zijn er niet. Een aanzienlijke complicatie is dat het, als ik het goed zie, onmogelijk is om een regel te formuleren die steeds een aansprekend resultaat oplevert.

Het in mijn ogen minst slechte resultaat, waarmee de uiteenlopende belangen in mijn ogen zo goed mogelijk met elkaar worden verzoend, is in zekere zin

26 J.B.M. Vranken 1995, nr. 105 en nrs. 112 e.v., 169, 182, 217 e.v. en 246 e.v. Zie J.B.M. Vranken 2014, nr. 4; H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 16.

27 Vergelijk T. Hartlief, ‘Een eenvoudige casus stelt het recht voor problemen’, *NJB* 2010/32, p. 2071; F. Leopold, ‘Aansprakelijkheid bij medebezit: een ‘relatief’ complex vraagstuk’, *TvP* 2009, p. 49-62.

28 Vergelijk R. den Ouden, ‘De A-G wacht op antwoord!’, *NTFR* 2016/1307; A.G.F. Ancery en C.S. Avendano Canto, ‘Een List van Themis. De bijdrage van het parket en het wetenschappelijk bureau bij de Hoge Raad aan rechtsvorming in cassatie’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, *Ars Aequi Libri* 2016, p. 25-40, i.h.b. p. 26 e.v.

*een machtswoord. Ik draai daar niet omheen. Maar datzelfde zou het geval zijn bij iedere andere keuze.*²⁹

Dat het ook bij een rechterlijke beslissing uiteindelijk neerkomt op een keuze, is een bekend fenomeen.³⁰ Het maken van een keuze sluit een bepaalde subjectiviteit in. Voorkomen dient te worden dat deze ontaardt in willekeur of anderszins oncontroleerbaar is. De waarborgen ter voorkoming daarvan liggen niet alleen in de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de rechtsvormende regel, waar de Hoge Raad in het *Hangmat*-arrest ook naar verwijst, maar ook in de verantwoording die de rechter daarvan aflegt in zijn motivering. In de literatuur wordt dienaangaande gesproken dat een rechterlijke beslissing werfkracht moet hebben, dat wil zeggen de kracht om naar maatschappelijke opvattingen consensus met zijn beslissing te verwerven.³¹ Daarvoor is een discursief opgezette motivering van belang.³² Het stelt de praktijk tevens in staat om gefundeerde verwachtingen te vormen over hoe een rechter zal oordelen in soortgelijke kwesties, vergelijk hieronder, hetgeen er toe kan leiden dat er uiteindelijk minder zaken worden aangebracht en daarmee een kostenbesparing als resultaat kan hebben.

Beginsel van de uitvoerbaarheid

Hierboven is besproken dat uit het beginsel van het toelaatbare optreden volgt dat de rechter moet streven naar een volledige inventarisatie en afweging van alle (mogelijke) belangen. Dit valt vanzelfsprekend niet alleen samen met het beginsel van een deugdelijke motivering maar in het bijzonder ook met het beginsel van de uitvoerbaarheid. Over dat beginsel is in paragraaf 2.2 opgemerkt dat van de rechter in elk geval mag worden verwacht dat hij geen (rechtsvormende) rechtsregels geeft die voorzienbare uitvoeringsmoeilijkheden opleveren. Zoals in die paragraaf is aangegeven, is in de literatuur het pleidooi gehouden dat de rechter meer oog moet hebben voor de (mogelijke) macro-effecten van zijn rechterlijke beslissing. Met deze effecten wordt bedoeld op de potentiële niet juridische effecten van een rechterlijke beslissing

29 Conclusie van advocaat-generaal J. Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BM6095. Vergelijk tevens de conclusie van advocaat-generaal J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:2307; R.J.P. Kottenhagen 2011, par. 4.

30 Vergelijk J.B.M. Vranken 1995, nr. 217 e.v. Zie W.D.H. Asser, 'Proces en verantwoording van de rechter', in: G. van Dijk (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik (Vranken-bundel)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 23-29.

31 Vergelijk J.B.M. Vranken 2014, nrs. 77-78; J.B.M. Vranken, 'Het forum van de rechter en van de rechtswetenschappelijke onderzoeker: een vergelijking', in: W.G.M. Plessen e.a. (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing (Jacobs-bundel)*, Zutphen: Paris 2011, p. 43-57, i.h.b. p. 51. Verder H.C.F. Schoordijk 2014, p. 25, p. 31-32, p. 51, p. 60, p. 132 en p. 255 e.v.

32 Vergelijk tevens voor dit betoog R. Ortlep 2015, p. 119 e.v.

en/of de effecten die zij heeft voor de niet bij het geding betrokken partijen. Het voorgaande speelt in het bijzonder in het *Hangmat*-arrest, dat wil zeggen de (mogelijke) gevolgen voor de aansprakelijkheidsverzekeringen.³³ De Hoge Raad overweegt ter zake het volgende:

‘Door [eiser 1] en Achmea is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van artikel 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstallen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor een onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaarheid zal worden. In de polisvoorwaarden en door middel van de premiestelling zal de verzekeraar bovendien met de hier bedoelde aanspraken van medebezitters rekening kunnen houden.’

Het is interessant om in dit verband kort in te gaan op het ‘vervolgarrest’ van de Hoge Raad van 29 januari 2016.³⁴ In de zaak die tot dat arrest heeft geleid gaat het – kort gezegd – om een vrouw die samen met haar partner een manege in de vorm van een vennootschap onder firma exploiteert. Tijdens een door haar gegeven paardrijles wordt zij door een paard omver gelopen. Als gevolg daarvan heeft zij haar rechterdijbeenspier gescheurd en haar rechterheup gebroken. De vrouw is daardoor beperkt geraakt in – onder meer – de uitoefening van diverse voorkomende kerntaken binnen het manegebedrijf. De vrouw stelt haar partner (en hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar) aansprakelijk. De concrete rechtsvraag die vervolgens, na prejudiciële vragen van de rechtbank Noord-Holland,³⁵ voorligt is of de redenering die ten grondslag ligt aan de rechtsvormende regel van het *Hangmat*-arrest, dat artikel 6:174 van het BW niet alleen een risicoaansprakelijkheid jegens derden maar ook jegens medebezitters vestigt, tevens van toepassing is op de risicoaansprakelijkheid inzake dieren (artikel 6:179 van het BW). De Hoge Raad heeft deze vraag in zijn arrest van 29 januari 2016, haaks op de (voorzichtige) voorspelling in de literatuur,³⁶ ontkennend beantwoord en daarbij, voor zover voor deze bijdrage van belang, het volgende overwogen:

‘Voorts zijn de gevolgen voor verzekering van de aansprakelijkheid groter en minder overzichtelijk bij de aanvaarding van kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitters voor schade veroorzaakt door dieren, dan bij aanvaarding van een zodanige aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door

33 Vergelijk de conclusie van advocaat-generaal J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:2307; R.J.P. Kottenhagen 2011, par. 5.

34 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162.

35 Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, nr. C/14/150856/HA ZA 13-364.

36 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 24.

gebrekkige opstallen. In verband met het onberekenbare element dat in de eigen energie van (ook) huisdieren is gelegen, ligt voor de hand dat schade veroorzaakt door dieren regelmatig zal voor- komen. Indien medebezitters daaraan aanspraken jegens elkaar kunnen ontlenen, kan dit leiden tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn.'

Het is in deze rechtsoverweging waarin de Hoge Raad in de woorden van I. Giesen:

*'[...] enkele uitspraken [doet] over een empirisch waarneembare werkelijkheid zonder aan te geven waar hij die wijsheid vandaan heeft. Zijn die gevolgen écht groter, écht onoverzichtelijker? En hoezo ligt het voor de hand dat dieren regelmatig schade veroorzaken? Ik geloof de Raad graag, daar niet van, en deze uitspraken appelleren op zichzelf aan wat ieder weldenkend mens bedenken kan. Maar toch... Zijn deze overwegingen gebaseerd op valide empirisch onderzoek? Van wie dan? Waar is dat gepubliceerd?'*³⁷

Naast de aanname dat dieren regelmatig schade veroorzaken, betreft het de aanname dat de aanvaarding van kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitters voor schade veroorzaakt door dieren kan leiden tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn. Bij het *Hangmat*-arrest viel de feitelijke onzekerheid omtrent de (gevolgen voor de) aansprakelijkheidsverzekeringen nog in het voordeel uit van het slachtoffer (de vrouw), terwijl in het arrest van 29 januari 2016 de feitelijke onzekerheid omtrent de (gevolgen voor de) aansprakelijkheidsverzekeringen in het nadeel van het slachtoffer valt. Het gegeven blijft dat in beide arresten de Hoge Raad uitspraken doet over empirische waarneembare werkelijkheden zonder aan te geven waar hij dat op baseert. Daarbij had de Hoge Raad in het arrest van 29 januari 2016, aangezien het ging om prejudiciële vragen van de rechtbank Noord-Holland, gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om ook anderen dan partijen – zogeheten *amicus curiae* – de gelegenheid te bieden om schriftelijke opmerkingen te maken, teneinde een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van de juridische en maatschappelijke context van een bepaald geschil (artikel 393, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Uit het arrest van 29 januari 2016 blijkt niet dat hij dat gedaan heeft en de vraag rijst: waarom niet.³⁸

Beginsel van een duidelijke terminologie en duidelijke systematiek

Binnen het beginsel van een duidelijke terminologie en duidelijke systematiek is niet veel te zeggen over het aspect van een duidelijke terminologie. Het

37 I. Giesen 2016, p. 76. Vergelijk P.A. Fruytier 2016, p. 156. Ook in de conclusie van advocaat-generaal J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:2307, is ter zake geen informatie te vinden.

38 Vergelijk I. Giesen 2016, p. 76.

Hangmat-arrest geeft geen aanleiding voor de constatering dat de gehanteerde terminologie niet duidelijk is of op een inconsequente wijze is toegepast. Sterker nog, in dat arrest bouwt de Hoge Raad deels voort op rechtsregels die hij in het verleden heeft gegeven, zoals tot uitdrukking komt in bijvoorbeeld de volgende rechtsoverweging:

‘Dat de onderhavige aanspraak zich binnen een samenlevingsverband afspeelt, vormt geen reden om een aanspraak van de medebezitter niet te honoreren. Ook in gevallen waarin aansprakelijkheid in samenlevingsverband wordt aanvaard, zoals in die waarin aanspraken tussen ouders en kinderen ontstaan, gelden in beginsel de gewone aansprakelijkheidsregels (vgl. HR 11 april 1975, LJN AC1932, NJ 1975/373).’

Wat betreft het vereiste van een duidelijke systematiek, is geen aanleiding dat de Hoge Raad dat niet heeft nageleefd. De Hoge Raad geeft niet alleen een overzicht, vergelijk bijvoorbeeld hierboven, van hetgeen tot dan toe op het betreffende terrein is beslist, ook gaat hij in op de systematiek van de wet, bijvoorbeeld door bij zijn beslissing in te gaan op de regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van medebezitters (artikel 6:180, eerste lid, van het BW) en de schuldaansprakelijkheid (artikel 6:162 van het BW).

4. CONCLUSIE

In de literatuur is geopperd dat wanneer de rechter rechtsvormend (als wetgever-plaatsvervanger) optreedt, hij zich ook behoort te houden aan de algemene beginselen van behoorlijke regelgeving. Aan deze beginselen is de wetgever tenslotte ook gebonden. Deze beginselen zijn vervolgens in de literatuur omgezet tot de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming. De onderhavige bijdrage tracht opnieuw een lans te breken voor de laatstgenoemde beginselen en de vraag te beantwoorden of, en zo ja op welke wijze, deze algemene beginselen worden geëerbiedigd. Om de redenen zoals genoemd in de inleidende paragraaf is die vraag in verband gebracht met het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad.

Niet over elk algemeen beginsel van behoorlijke rechtsvorming kan in relatie tot het *Hangmat*-arrest evenveel gezegd worden. Het gaat ter zake om de volgende beginselen:

- Beginsel van de kenbaarheid
- Beginsel van de rechtsgelijkheid
- Beginsel van een individuele rechtsbedeling
- Beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd

Ten aanzien van de bovengenoemde beginselen is er geen aanleiding voor de conclusie dat de Hoge Raad deze in het *Hangmat*-arrest niet heeft nageleefd. Over de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming waar wel meer over is op te merken naar aanleiding van dat arrest, is de beantwoording van de in deze bijdrage centrale vraag zowel positief als negatief. Deze beginselen zijn:

- Beginsel van het toelaatbare optreden
- Beginsel van een deugdelijke motivering
- Beginsel van de uitvoerbaarheid
- Beginsel van een duidelijke terminologie en duidelijke systematiek

Van de bovengenoemde beginselen is er ten aanzien van het laatstgenoemde beginsel geen aanleiding voor de conclusie dat de Hoge Raad deze in het *Hangmat*-arrest niet heeft nageleefd. Voor de eerstgenoemde beginselen ligt dat anders. Wat betreft het beginsel van een deugdelijke motivering is het opvallend dat de Hoge Raad in het *Hangmat*-arrest in mindere mate een betoogtrant bedient die wikt en weegt, voors en tegens bespreekt en dan ten slotte voorzichtig een keuze maakt. Dit terwijl daarvoor wel alle aanleiding bestond en het ook niet in lijn ligt met de trend in de rechtspraak van de Hoge Raad dat hij bij rechtsvormende uitspraken discursief motiveert. Het beginsel van een deugdelijke motivering wordt daarmee niet (in de zin van naar huidige maatstaven) in het *Hangmat*-arrest geëerbiedigd. Dit is ook het geval voor het beginsel van het toelaatbare optreden en het beginsel van de uitvoerbaarheid. Uit het beginsel van het toelaatbare optreden volgt dat de rechter moet streven naar een volledige inventarisatie en afweging van alle (mogelijke) belangen. Wat betreft het streven naar die volledige inventarisatie en afweging is naar aanleiding van het *Hangmat*-arrest een kanttekening geplaatst, hetgeen is besproken in het licht van het beginsel van de uitvoerbaarheid. Het betreft het gegeven dat de Hoge Raad in dat arrest – en in het ‘vervolgarrest’ van 29 januari 2016 – uitspraken doet over empirische waarneembare werkelijkheden zonder aan te geven waar hij dat op baseert. Zowel het beginsel van het toelaatbare optreden als het beginsel van de uitvoerbaarheid worden daarmee niet geëerbiedigd. Die conclusie kan ook worden opgevat als zijnde een aansporing voor het denken over hoe de rechter wel met toetsbare gegevens uitspraken kan doen over empirische waarneembare werkelijkheden. Maar dat is weer stof voor een volgende bijdrage.

DE VERKLARING VAN GRONDWETTELIJKE ONVERENIGBAARHEID

Britse inspiratie voor het vastgelopen Nederlandse
debat inzake constitutionele toetsing

Remco Nehmelman en Max Vetzo

1. INLEIDING

Als bekend beschikt de Nederlandse rechter niet over het middel van constitutionele toetsing: artikel 120 Grondwet (hierna ook: Gw) verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten. Een belangrijk argument voor het verbod van constitutionele toetsing is altijd een argument geweest vanuit democratisch perspectief. Wie dient uiteindelijk de Grondwet te bewaken? Is dat de niet-gekozen rechter of is dat de rechtstreeks gekozen wetgever (in het bijzonder de volksvertegenwoordiging). Dit argument is altijd zeer sterk aanwezig geweest in het debat. Sinds 1848 zijn er diverse pogingen gedaan om toch enigerlei vorm van constitutionele toetsing in Nederland te introduceren, maar tot op heden heeft dat niet geresulteerd in een wijziging van artikel 120 Gw. Het debat over dit belangrijke staatsrechtelijke thema is daarmee dan ook vastgelopen. De recente poging van Tweede Kamerlid Van Tongeren (GroenLinks, in navolging (en oorspronkelijk) van haar voormalig collega Halsema) om een vorm van beperkte, gespreide toetsing in te voeren zal (hoogstwaarschijnlijk) in de tweede lezing van deze Grondwetsherziening stranden. Wat opvalt is dat het debat veelal in alles-of-niets-termen wordt gevoerd. Óf de rechter beschikt over de mogelijkheid om wetten te toetsen op hun verenigbaarheid met de Grondwet én krijgt de bevoegdheid om hier, in geval van onverenigbaarheid, een juridische sanctie aan te verbinden. Óf de rechter krijgt van dit alles niets. Vraag is of dit vastgelopen debat nieuw leven in kan worden geblazen. Een blik over de grens biedt mogelijk een interessant perspectief. Op grond van artikel 4 van de *Human Rights Act 1998* (hierna: Human Rights Act of HRA) hebben specifiek aangewezen rechtscolleges in het Verenigd Koninkrijk de mogelijkheid om, indien zij een *Act of Parliament* strijdig achten met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), een zogeheten juridisch niet-bindende *declaration of incompatibility* uit te vaardigen. Het betreft hier een declaratoire uitspraak waarmee de rechter de wetgever te kennen geeft dat bepaalde formele wetgeving niet overeenkomstig het EVRM is. De wetgeving blijft hierbij onaangetaast, maar de wetgever wordt 'uitgenodigd' tot een wetswijziging over te gaan.

Over dergelijke zogeheten *open remedies* en de constitutionele dialoog tussen wetgever en rechter die deze teweg zouden brengen, is de afgelopen jaren, zowel in Nederland als in ons omringende landen, veel geschreven.¹ Wij pretenderen in deze bijdrage dan ook zeker niet het wiel (opnieuw) uit te vinden. Deze bijdrage is erop gericht een aanzet te geven om te bezien in hoeverre een Nederlandse variant van een *verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid* door de rechter, een interessant perspectief zou kunnen bieden voor het staatsrechtelijk bestel alhier. Hiertoe schetsen wij in paragraaf 2 eerst op hoofdlijnen de contouren van het debat betreffende constitutionele toetsing in Nederland. Vervolgens staan wij in paragraaf 3 stil bij de werking van de verklaring van onverenigbaarheid in het Britse staatsbestel. Vervolgens zullen wij in paragraaf 4 ingaan op de vraag of een Nederlandse variant van een *verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid* wellicht een nieuw perspectief biedt voor het vastgelopen Nederlandse debat inzake constitutionele toetsing waarna vervolgens enkele conclusies zullen worden getrokken.

2. HET TOETSINGSVERBOD: CONTOUREN VAN EEN VASTGELOPEN DEBAT

2.1. De discussie voor 2000

Het Nederlandse debat over de toelaatbaarheid van toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet kent een lange geschiedenis.² Reeds in 1848 werd hieromtrent een stevige discussie gevoerd waarbij de toenmalige voor-
aanstaande staatsrechtkenner Thorbecke een voorstander was van invoering van constitutionele toetsing.³ Wat zou de betekenis van de Grondwet zijn als de wetgever zelf niet gecontroleerd kon worden op de grondwettigheid van formele wetten? Thorbecke's oproep op dit punt mocht uiteindelijk niet baten. De toenmalige minister van Justitie Donker Curtius 'won' de strijd uiteindelijk

-
- 1 Zie o.a. het proefschrift van G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, Oisterwijk: Wolff Legal Publishers 2013, p. 84-90, het proefschrift van J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, Deventer: Kluwer 2013; M. Tushnet, *Weak courts, Strong rights: Judicial Review and Social Welfare rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press 2008; M. Dawson, 'Constitutional Dialogue between Courts and Legislatures in the European Union: Prospects and Limits', *European Public Law* 2013/2, p. 369-396.
 - 2 De discussie voert eigenlijk al terug tot 1795 na de Franse inval en de instelling van de Bataafse Republiek, zie *Kamerstukken II* 2013/2014, 28 355, nr. 2 (nota constitutionele toetsing). Zie uitvoerig over de historische discussies omtrent constitutionele toetsing: M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, diss. UvT (Tilburg), 1997.
 - 3 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/2014, 32 334, nr. 8, p. 1.

door de korte en befaamde (of zo men wil beruchte) zinsnede in de Grondwet van 1848 te laten opnemen waarin werd bepaald dat de wetten onschendbaar zijn. Deze zinsnede werd tijdens de laatste grote Grondwetsherziening in 1983 gewijzigd in de huidige woorden van artikel 120 Grondwet: *de rechter treedt niet in de beoordeling van wetten en verdragen*. In aanloop naar de Grondwetsherziening van 1983 is evenwel tevens uitvoerig gedebatteerd over de mogelijkheid tot invoering van constitutionele toetsing. Een meerderheid in de Staatscommissie Cals-Donner (volledig: de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet) was van opvatting dat invoering van een vorm van beperkte toetsing, inhoudende dat de wet in formele zin alleen aan de klassieke grondwetsartikelen zou kunnen worden getoetst, aanbeveling zou verdienen. Die Staatscommissie stelde de volgende bepaling hieromtrent voor: *‘Wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met de bepalingen van deze afdeling.’*⁴ Dit voorstel werd door de regering reeds in 1969 afgewezen. Uiteindelijk bleek ook het parlement dit standpunt van de regering te volgen, waardoor wederom de deur gesloten bleef voor de invoering van constitutionele toetsing.⁵ In 1989 ontstond een nieuw debat over het onderwerp. Nu was de aanleiding het fameuze Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad.⁶ In dat arrest stond de vraag centraal of het toetsingsverbod zich ook uitstreckte tot de vraag of de wet onschendbaar is voor bepalingen in het Statuut en ongeschreven rechtsbeginselen. De Hoge Raad oordeelde dat dat inderdaad het geval is. Hij liet één kier open voor de mogelijkheid van een vorm van constitutionele toetsing (aan beginselen), namelijk indien de wetgever een mogelijke schending van een dergelijk beginsel over het hoofd zou hebben gezien. Dat was in de casus van het Harmonisatiewet-arrest evident niet het geval en ook deze zaak leidde daarom ook niet tot een ommekeer in het constitutionele toetsingsvraagstuk.

Belangrijk is hier bovendien op te merken dat sinds eind jaren zeventig van de vorige eeuw de rechter steeds meer gebruik is gaan maken van de sinds 1953 bestaande mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan een ieder verbindende bepalingen in verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties zoals vervat in het (huidige) artikel 94 Grondwet.⁷ Dit gegeven deed ook de wetgever en in het bijzonder de toenmalige regering (derde kabinet Lubbers) realiseren dat het wellicht tijd werd voor een beperkte vorm van constitutionele toetsing. Eind 1991 verscheen vervolgens een nota van dit kabinet waarin de mogelijkheid van een bevoegdheid van elke Nederlandse

4 Vgl. *Kamerstukken II 1975/1976*, 13 872, nr. 3, p. 13. Zie voor het rapport van de Staatscommissie Cals-Donner, Tweede rapport, p. 34-41.

5 *Kamerstukken II 2013/2014*, 28 355, nr. 8.

6 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

7 Zie uitvoerig over artikel 94 Grondwet: J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, diss. RUN, 2004.

rechter tot toetsing werd voorgesteld met de in de Grondwet neergelegde direct werkende grondwetsbepalingen. Indien de rechter zou overwegen de vraag naar strijdigheid met de Grondwet bevestigend te beantwoorden, zou hij hierover een prejudiciële vraag moeten voorleggen aan de Hoge Raad.⁸ Na consultatie van vijf externe staatsrechtelijke adviseurs, begon het toenmalige kabinet alsnog te twijfelen aan het invoeren van voornoemde toetsingsmogelijkheid. Vervolgens kwam het onderwerp nog enkele malen aan de orde in het parlement en in het rapport van de vraagpuntencommissie-staatkundige vernieuwing (commissie Deetman).⁹ Deze commissie stelde een standpunt hierover uit totdat het (toenmalige) kabinet een standpunt hierover zou hebben bepaald. Zo ver is dat nooit gekomen, hoewel in het eerste kabinet Kok in 1997 aan de Hoge Raad advies werd gevraagd over het toetsingsvraagstuk.¹⁰ De tot 2000 uitgebrachte adviezen wijzen in de richting van invoering van een rechterlijk toetsingsrecht aan de in de Grondwet neergelegde klassieke grondrechten. Dit op een manier gelijkend op de wijze waarop rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen – op grond van artikel 94 Gw – en toetsing van lagere regelgeving geschiedt. Ook wezen de adviezen in die tijd allemaal op gespreide toetsing en werd daarmee geconcentreerde toetsing bij één instantie (constitutioneel hof) van de hand gewezen.¹¹

2.2. De discussies na 2000

Een volgende belangrijke stap in het toetsingsdebat werd gezet in 2002. In dat jaar werd een initiatiefwetsvoorstel aanhangig gemaakt door toenmalig Tweede Kamerlid Halsema (GroenLinks).¹² Het initiatiefvoorstel introduceert eveneens een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing van wetten aan klassieke grondwettelijke grondrechten voor alle Nederlandse rechters. Indien de rechter oordeelt dat een wettelijke bepaling in strijd is met één van de limitatief aangewezen grondwettelijke grondrechten, dan kan de rechter de wettelijke bepalingen buiten toepassing te laten. Het voorstel betreft derhalve een wijziging van artikel 120 Grondwet. Verrassend genoeg haalde de eerste lezing van dit initiatiefvoorstel tot Grondwetswijziging een (gewone) meerderheid in het parlement.¹³ Halsema verliet in 2011 de Tweede Kamer

8 Zie voor verwijzingen naar deze mogelijkheden tot toetsing tevens: *Kamerstukken II* 2000/2001, 28355, nr. 2, p. 2.

9 *Handelingen II* 1989/90, p. 319, 353, 432, 1179, 1331-1332; *Kamerstukken II* 1989/90, 21 427, p. 38-40; *Handelingen II* 1990/91, p. 253-254, 362-363.

10 *Kamerstukken II* 2000/2001, 28355, nr. 2, p. 2.

11 *Kamerstukken II* 2000/2001, 28355, nr. 2, p. 2.

12 *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 331, nr. 2.

13 In de Tweede Kamer stemden PvdA, VVD, SP, GroenLinks, LPF, D66, ChristenUnie, SGP en de Groep-Wilders voor het initiatief-Halsema. De Groep-Lazrak was afwezig bij de stemmingen en het CDA was tegen. In de Eerste Kamer stemden CDA, VVD en SGP tegen. *Stb.* 2009, nr. 120.

en momenteel heeft als gezegd Tweede Kamerlid Van Tongeren (GroenLinks) het wetsvoorstel overgenomen. Op 5 maart 2015 werd in de Tweede Kamer het debat over de tweede lezing van dit wetsvoorstel gevoerd. In dat debat bleek echter dat de VVD-fractie een andere mening was toegedaan dan in de eerste lezing en daarmee is de kans dat dit grondwetswijzigingsvoorstel de eindstreep haalt (waarvoor een tweederde meerderheid in beide Kamers noodzakelijk is) nihil geworden.¹⁴ De definitieve stemming heeft overigens nog niet plaatsgevonden in de Tweede Kamer.

Voor de volledigheid moet hier ook gewezen worden op twee belangrijke ‘commissies’ van na het jaar 2000 die eveneens voorstander waren van de invoering van constitutionele toetsing. Allereerst was dat de Nationale Conventie die op 1 januari 2006 werd ingesteld door minister Pechtold (D66) om de vraag te beantwoorden of belangrijke elementen uit het huidige staatsbestel nog voldeden.¹⁵ Hoekstra (CDA) was voorzitter van een commissie die verder bestond uit personen werkzaam in diverse functies, vooral in de academische wereld. In september 2006 verscheen het eindrapport van de Conventie waarin een groot aantal vernieuwingen op het gebied van de staatsrechtelijke inrichting werden gedaan waaronder de oproep om te komen tot een vorm van constitutionele toetsing. In de tweede plaats riep ook de Staatscommissie Grondwet, ingesteld in 2010 en bestaande uit vrijwel alleen academici, op om (een vorm van) constitutionele toetsing in te voeren.¹⁶ Dat was overigens een opmerkelijke oproep van deze Staatscommissie aangezien advisering over het onderwerp inzake constitutionele toetsing uitdrukkelijk buiten de opdracht van deze commissie was gehouden. Niettemin blijkt uit het eindrapport van deze laatst ingestelde Staatscommissie dat veel voorstellen die in het eindrapport werden gedaan onlosmakelijk verknoot zijn met het leerstuk van constitutionele toetsing.¹⁷

Het voorgaande geeft in vogelvlucht weer waar het debat inzake de mogelijkheid tot invoering van een al dan niet beperkte vorm van constitutionele toetsing anno 2016 staat. Als tussenconclusie kan hier worden gezegd dat al deze voorstellen tot geen enkele wijziging op dit dossier hebben geleid. Er kan dan ook met recht gesteld worden dat het hier een vastgelopen debat betreft. Toetsing van wetten aan de Grondwet door de rechter zal dan ook voorlopig geen reële mogelijkheid zijn in Nederland.

14 Zie voor de beeldregistratie van dit debat: <https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/toetsing-van-wetten-aan-de-grondwet> (laatst geraadpleegd op 17 juni 2016).

15 Zie het eindrapport van de Nationale Conventie: <http://www.parlement.com/9291000/d/natconv.pdf> (laatst geraadpleegd op 17 juni 2016).

16 Zie het eindrapport van de Staatscommissie Grondwet (2010) <https://www.rijks-overheid.nl/documenten/rapporten/2010/11/11/rapport-staatscommissie-grondwet> (laatst geraadpleegd op 17 juni 2016).

17 Eindrapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 15.

3. DE VERKLARING VAN ONVERENIGBAARHEID IN HET VERENIGD KONINKRIJK

3.1. Inleiding

Het doel van onze bijdrage is te bezien of het Nederlandse debat inzake constitutionele toetsing kan worden losgetrokken door eens naar het vrij recent ingevoerde systeem van toetsing in het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (hierna ook Verenigd Koninkrijk of VK) te kijken. Wellicht biedt dit systeem interessante inzichten voor het Nederlandse debat inzake constitutionele toetsing. Op voorhand wordt hier kort ingegaan op de wet waarin het instrument van de verklaring van onverenigbaarheid vervat ligt: de Human Rights Act 1998. Evenals in Nederland kende men in het Verenigd Koninkrijk lange tijd geen vorm van constitutionele toetsing. Het was bovendien veel Britten een doorn in het oog dat die toetsing wel kon plaatsvinden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg (waarin bovendien maar één Britse rechter is vertegenwoordigd). Dit punt van een 'buitenlands' rechtscollege (aldus sommige Britse criticasters) dat oordeelt over Britse wettelijke aangelegenheden ligt nog steeds gevoelig. Aan het einde van de vorige eeuw, bij het aantreden van het eerste kabinet Blair, werden er voor het eerst voorstellen gedaan om enigerlei vorm van toetsing te gaan bewerkstelligen onder het motto van '*Bringing Rights Home*'. De HRA vormde één van de kernelementen van het constitutionele hervormingsprogramma van het kabinet van Blair. In oktober 1997 vaardigde dit kabinet een paper uit, getiteld *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* waarin de hoofdlijnen van de Human Rights Act uiteen worden gezet.¹⁸ De HRA is de Britse vertaling van het EVRM. Het terugbrengen van de fundamentele rechten in het eigen rechtsbestel op een manier inpasbaar in de eeuwenoude doctrine van de 'Sovereignty of Parliament' was een voorname doelstelling van de invoering van de HRA. De *declaration of incompatibility* (verklaring van onverenigbaarheid) is één van de in de wet neergelegde instrumenten waarmee deze doelstelling verwezenlijkt dient te worden.

Artikel 4 HRA biedt rechters de mogelijkheid om een zogeheten *declaration of incompatibility* uit te vaardigen. Deze bevoegdheid komt toe aan specifiek aangewezen rechtscolleges. De verklaring van onverenigbaarheid kan enkel dan worden afgegeven indien (formele) wetgeving in strijd is met het EVRM. Artikel 4 HRA opereert niet in een isolement. Het artikel is nauw verbonden met de overige artikelen in de Human Rights Act, met name de artikelen 2 en 3, waarover zo dadelijk meer. Bovendien vormt artikel 4 HRA slechts een klein onderdeel van een bredere constitutioneelrechtelijke ordening waarin het

¹⁸ *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*, October 1997.

leerstuk van *parliamentary sovereignty* en de bescherming van grondrechten een belangrijke rol spelen. Om goed zicht te kunnen krijgen op het instrument van de verklaring van onverenigbaarheid schetsen wij eerst (kort) de context waarin artikel 4 HRA figureert (paragraaf 3.2-3.3). Hierbij zal op sommige punten een vergelijking met het Nederlandse staatsrecht gemaakt worden. Dit om op voorhand al duidelijk te maken dat de Britse en Nederlandse situatie van elkaar verschillen.¹⁹ Paragraaf 3.4 richt zich op artikel 4 HRA.

3.2. Constitutionele achtergronden bij de Human Rights Act 1998

Het logische vertrekpunt bij welhaast iedere beschouwing van constitutioneelrechtelijke aard in het Verenigd Koninkrijk is het leerstuk van parlementaire soevereiniteit. In de orthodoxe conceptie van dit leerstuk, als verwoord door de vooraanstaande negentiende-eeuwse Britse staatsrechtjurist A.V. Dicey, heeft het parlement in Westminster *'the right to make or unmake any law whatever'* en geldt dat *'no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.'*²⁰ Er zijn, op grond van deze opvatting, geen juridische begrenzings aan de wetgevende macht van het parlement. Het verstrekkende karakter van deze opvatting wordt geïllustreerd door Lesleys beroemd geworden voorbeeld: *'If a legislature decided that all blue-eyed babies should be murdered, the preservation of all blue-eyed babies would be illegal.'*²¹ Slechts het gezonde verstand van de wetgever in het politieke proces kan hem ervan weerhouden een dergelijke wet te maken.²² Het verstrekkende karakter van deze conceptie van parlementaire soevereiniteit behoeft nauwelijks verdere uitleg. Deze conservatieve opvatting over het leerstuk is in de loop der jaren bekritiseerd. De meest vergaande tegengestelde

19 Dit mede in het licht van Sathanapally's constatering dat: 'Background conditions are also important and will differ in other jurisdictions (...) this may mean that the type of cooperative interaction that has occurred in the UK would not occur if this type of open remedy were transferred elsewhere'. Zie Aruna Sathanapally, *Beyond disagreement – Open Remedies in Human Rights Adjudication*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 223.

20 A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Indianapolis: Liberty Classics 1982, p. 3-4.

21 Een door Dicey aangehaald citaat van Leslie Stephen. *Idem*, p. 33.

22 Dit wordt ook wel aangeduid met de term *'political constitutionalism'*. Deze notie kan zowel descriptief als normatief gebruikt worden en houdt – kort gezegd – in dat in de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk bescherming van de Rule of Law en grondrechten voornamelijk in handen ligt (of zou moeten liggen) van de politieke actoren die fungeren in haar constitutionele landschap (regering en parlement). Zie o.a. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2005. De logische tegenhanger van dit begrip is *'legal constitutionalism'*. Naar oordeel van de proponenten van deze visie ligt bescherming van de rechtsstaat (idealiter) in handen van de rechter die deze bescherming in juridisch bindende uitspraken kan verwezenlijken. Het in de volgende voetnoot aangehaalde werk van Allan vormt hiervan een goed voorbeeld.

opvatting is dat de wetgever wel degelijk juridisch wordt ingeperkt: de *rule of law* zou uiteindelijk de beslissende factor zijn bij beoordeling van de legaliteit van primaire wetgeving.²³ Wat resteert in de veelvoud aan (juridische) opinies over de beperkingen aan de soevereiniteit van het parlement is in ieder geval het feit dat rechters nooit openlijk, ondubbelzinnig een wet buiten toepassing hebben gelaten.²⁴ Primaire (in Nederland formele) wetgeving komt aldus zeer sterke werking toe. Dergelijke wetgeving kan niet op grond van toetsing aan juridische normen buiten werking worden gesteld.²⁵ Dit gaat verder dan de situatie die wordt bewerkstelligd door onze Grondwet. Artikel 120 Gw sluit als gezegd toetsing aan de Grondwet uit. Maar als eveneens eerder aangegeven kent artikel 94 Gw (in combinatie met artikel 93 Gw) voorrang toe aan een ieder verbindende verdragsbepalingen die strijdig zijn met formele wetgeving.

Een tweede belangrijk element dat hier moet worden besproken is de meer algemene houding tegenover de notie van grondrechten in de Verenigd Koninkrijk.²⁶ Inperking van staatsmacht en daarmee bescherming van het individu door middel van grondrechten was lange tijd geen vanzelfsprekendheid in het Verenigd Koninkrijk. Feldman stelt: ‘*British suspicion of rights, even of the classical liberal variety runs deep because of their capacity to derail important social values*’.²⁷ Lange tijd waren de Britten aangewezen op de notie van *civil liberties*. Deze burgerlijke vrijheden waren residueel van aard en hielden niet meer in dan dat burgers handelingen mochten verrichten die niet bij wet verboden waren.²⁸ Weliswaar start vanaf 1969 een ontwikkeling die leidt tot het ontstaan van een catalogus aan constitutionele rechten gebaseerd

23 Zie met name het werk van T.R.S. Allan o.a. ‘Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism’, *Cambridge Law Journal* 1985, p. 111-143, *Law, Liberty and Justice*, Oxford: Clarendon Press 1993 en *Constitutional Justice*, Oxford: Oxford University Press 2001. Ook Heuston en Jennings hebben met hun conceptie van *parliamentary sovereignty* – die inhoudt dat het parlement zichzelf wel naar vorm, maar niet naar inhoud zou kunnen binden – een belangrijke bijdrage aan het debat rondom het leerstuk geleverd. Zie I. Jennings, *The law and the constitution*, London: University of London Press 1959 en R.F.V. Heuston, *Essays in constitutional law*, Londen: Stevens 1964.

24 In de uitspraak *R. (Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56 wordt door sommige Law Lords wel gehint op deze mogelijkheid.

25 Bij dit alles laten wij de positie van het EU-recht (met name de zaak *R v Secretary of State for Transport Ex p Factortame (No.2)*) [1991] UKHL 1 AC 603 buiten beschouwing.

26 Dit doen wij niet omdat wij menen dat de constitutionele verklaring van onverengbaarheid die wij in paragraaf 3 zullen introduceren tot de in de Grondwet vervatte grondrechten beperkt moet worden, maar omdat dit noodzakelijk is voor een beter begrip van de context waarin artikel 4 HRA opereert.

27 David Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 112.

28 Over het verschil tussen *civil liberties* en *human rights*, zie nader Elliot en Thomas, *Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 693-694.

op de *common law* (de *common law constitutional rights*), maar deze rechten waren voornamelijk procedureel van aard.²⁹ De toetreding tot het EVRM in 1950 bood op het nationale niveau weinig soelaas, omdat het Verenigd Koninkrijk een dualistisch systeem kent voor wat betreft de doorwerking van internationaal verdragsrecht in de nationale rechtsorde. De verdragsrechten waren derhalve niet (rechtstreeks) inroepbaar voor de rechter in het Verenigd Koninkrijk. De HRA incorporeerde het EVRM in de nationale rechtsorde. De inwerkingtreding van de HRA in 2000 bracht het niveau van grondrechtenbescherming hiermee naar een aanzienlijk hoger niveau.

Uit het voorgaande blijkt dat artikel 4 HRA opereert in een tweeledig vreemde omgeving. Het artikel bewerkstelligt een zichtbare breuk met het verleden voor zover het de rechter de mogelijkheid geeft tot uitleg van de reikwijdte van grondrechten. Daarnaast vormt het vanuit het leerstuk van parlementaire soevereiniteit een ongekende en vergaande mogelijkheid voor de rechter om primaire wetgeving te toetsen aan mensenrechten en, zo nodig, de wetgever uit te nodigen tot wetswijziging over te gaan.

3.3. De status en het systeem van de Human Rights Act 1998

Alvorens in te gaan op het systeem van de HRA is het van belang om de status van de HRA in verhouding tot andere wetgeving te bekijken. Waar grondrechten in Nederland zijn beschermd in wetgeving van hogere orde (de Grondwet) en verdragen (bijvoorbeeld het EVRM), komt de HRA geen bijzondere status toe. Op grond van de orthodoxe perceptie van parlementaire soevereiniteit heeft het Verenigd Koninkrijk een zogeheten ‘platte’ constitutionele orde. Dit betekent dat alle wetgeving gelijk in rang is. Of zoals Dicey het uitdrukt: ‘*neither the Act of Union with Scotland, nor the Dentists Act, 1878 has more claim than the other to be considered a supreme law.*’³⁰ Dit impliceert dat de HRA geen wetgeving van hogere orde is. Hierbij moet direct worden aangetekend dat ook op dit punt de traditionele conceptie van parlementaire soevereiniteit onder druk is komen te staan. Enkele vooraanstaande rechters hebben (recentelijk) gehint op het bestaan van normatief-hiërarchische orde van wetgeving waarin onderscheid wordt gemaakt tussen constitutionele wetten (waaronder de HRA) en gewone wetgeving.³¹ Maar zelfs in een constitutionele orde zou

29 De klassieke lijst aan zaken die in dit kader worden opgesomd zijn *Ansiminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, *R v Lord Chancellor ex p Witham* [1998] QB 575, *R v Secretary of State for the Home Department ex p Pierson* [1998] AC 539, *R v Secretary of State for the Home Department ex p Simms* [2000] 2 AC 115 en *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech* [1994] Q.B. 198.

30 A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Indianapolis: Liberty Classics 1982, p. 78.

31 Zie *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) en recentelijk *HS2 Action Alliance Ltd v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC. Zie M. Elliott

de hiërarchisch-superieure positie van de HRA in zoverre beperkt zijn dat het voor de wetgever nog steeds mogelijk is om deze, zonder ingewikkelde procedurele stappen, te wijzigen of in te trekken. Het karakter van artikel 4 HRA als zijnde een constitutioneel instrument dat voortvloeit uit een bron van hoger recht is dus twijfelachtig. Dit neemt het belang van het artikel en het daarin vervatte instrument echter niet weg.

Het belang van artikel 4 HRA komt pas goed tot uitdrukking wanneer deze bezien wordt in relatie tot de overige artikelen en opzet van de HRA. In artikel 1 HRA wordt de catalogus aan mensenrechten uiteengezet die door de in de HRA vervatte instrumenten beschermd wordt. Onder andere de artikelen 2-12 en artikel 14 van het EVRM zijn neergelegd in een bijlage ('*schedule*') bij de HRA. De belangrijkste artikelen uit de HRA (3, 4 en 6) zijn de gereed-schapskist waarmee rechters deze rechten moeten zien te beschermen. Voor de wijze waarop de in artikel 1 HRA aangehaalde *Convention rights* worden uitgelegd is artikel 2 HRA van groot belang. Dit artikel verplicht Britse rechters om de Straatsburgse jurisprudentie omtrent de Verdragsrechten in acht te nemen ('*to take into account*') bij de uitleg van de *Convention rights* uit artikel 1 HRA. De invulling die in de rechtspraak gegeven is aan dit vereiste heeft tot een storm aan kritiek geleid. Daar waar met artikel 2 HRA bedoeld was om een constructieve dialoog tussen het EHRM en de rechters in het Verenigd Koninkrijk tot stand te brengen³² komt de jurisprudentie rondom artikel 2 HRA er op neer dat Britse rechters zich (zo goed als altijd) gebonden achten aan de rechtspraak van het Straatsburgse Hof.³³ Dit kleine zijpad is niet alleen relevant in het licht van het thema van deze bundel (*De rechter onder vuur*), maar toont ook aan dat het supranationale karakter van de HRA tot dialoogproblemen tussen nationale en internationale rechters kan leiden, terwijl – zoals zo zal blijken – artikel 4 HRA juist voor een constructieve dialoog tussen parlement en rechter kan zorgen.

'Constitutional legislation, European Union Law and the nature of the United Kingdom's contemporary constitution', *European Constitutional Law Review* 2014/3, p. 379-392.

32 Zie onder andere een uitspraak van, toen nog Lord Chancellor, Lord Irvine tijdens het debat in de House of Lords op 3 November 1997 (Hansard, HL, Vol.582, col.1227): 'It will allow British judges for the first time to make their own distinctive contribution to the development of human rights in Europe.' En Lord Bingham in hetzelfde debat (Hansard, HL, Vol. 582, col. 1245): '*it seems to me highly desirable that we in the United Kingdom should help to mould the law by which we are governed in this area (...) British judges have a significant contribution to make in the development of the law of human rights. It is a contribution which so far we have not been permitted to make.*'

33 *R. (on the application of Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26; [2004] 2 A.C. 323, en *R. v Horncastle (Michael Christopher)* [2009] UKSC 14; [2010] 2 A.C. 373 en *Pinnock v Manchester City Council* [2010] UKSC 45.

Artikel 3 HRA verplicht rechters, en andere overheidsorganen, om wetgeving ‘*so far as it is possible to do so*’ conform het EVRM uit te leggen. Artikel 3 HRA vormt hiermee het (logische) voorportaal van artikel 4 HRA. Pas als een wet niet verdragsconform kan worden uitgelegd heeft de rechter op grond van artikel 4 HRA de mogelijkheid om een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen. De term ‘*possible*’ speelt een centrale rol bij de uitleg van artikel 3 HRA. In de zaak *Ghaidan v Ghodin-Mendoza*³⁴ werd duidelijk dat de verplichting die artikel 3 HRA de rechter oplegt een ‘*unusual and far-reaching character*’ heeft.³⁵ Zo is onder andere geoordeeld dat: ‘*artikel 3 may require the court to depart from this legislative intention, that is, depart from the intention of the Parliament which enacted the legislation.*’³⁶ Mede naar aanleiding van deze uitspraak concludeerde de Conservatieve partij dat artikel 3 HRA parlementaire soevereiniteit feitelijk ondermijnd.³⁷ Los van de vraag of men het met deze stelling eens is, staat vast dat op grond van de huidige interpretatie van artikel 3 HRA artikel 4 HRA slechts in uitzonderlijke gevallen toegepast zal worden.

3.4. De verklaring van onverenigbaarheid (artikel 4 Human Rights Act 1998)

Artikel 4 HRA luidt, voor zover relevant, als volgt:

- (1) *Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.*
- (2) *If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.*
- (6) *A declaration under this section (‘a declaration of incompatibility’)*
 - (a) *does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and*
 - (b) *is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.*

De bespreking die hierna volgt zal een vijftal essentiële kenmerken van de verklaring van onverenigbaarheid in de HRA definiëren. Hiermee worden enkele belangrijke aspecten van de verklaring van onverenigbaarheid naar voren gebracht.

34 [2004] 2 AC 557.

35 *Idem*, para. 20.

36 *Idem*.

37 *Protecting human rights in the UK: the Conservatives’ proposals for changing Britain’s human rights laws* (Oktober 2014), p. 2.

(i) Artikel 4 HRA geeft specifiek aangewezen rechtscolleges de bevoegdheid een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen. Onder andere de High Court, Court of Appeal, Judiciary Committee of the Privy Council en het Supreme Court hebben deze bevoegdheid. Overige (lagere) rechters zullen slechts naar artikel 3 HRA kunnen handelen en indien zij niet in staat zijn een wet verdragsconform te interpreteren deze moeten toepassen als ware deze verenigbaar met het EVRM.³⁸ Het betreft hier allen rechtscolleges die zich hoger in de rechterlijke kolom bevinden. De bevoegdheid die artikel 4 HRA verschaft is een discretionaire bevoegdheid³⁹ die enkel dan kan worden uitgevaardigd als het betreffende rechtscollege, naar aanleiding van een concreet geschil, vaststelt dat er sprake is van onverenigbaarheid tussen primaire wetgeving en het EVRM. Het eerste kenmerk van de verklaring is dat deze discretionair is en slechts door specifiek aangewezen rechtscolleges kan worden toegepast.

(ii) Reeds vroeg in het wetgevingstraject wordt geanticipeerd op de mogelijkheid van een verklaring op grond van artikel 4 HRA. Artikel 19 HRA bepaalt dat de verantwoordelijke minister tijdens het wetgevingstraject in het parlement een verklaring moet afgeven waarin ofwel staat dat het wetsvoorstel in kwestie verenigbaar is met het EVRM (een ‘*statement of compatibility*’) ofwel dat hij geen bericht van verenigbaarheid kan doen uitgaan, maar desalniettemin wenst de behandeling van het wetsvoorstel door te zetten. Op het moment dat een rechter overweegt om een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen is hij op grond van artikel 5 HRA verplicht hiervan melding te maken bij de regering. Hij dient vervolgens een minister (veelal de voor een wetsvoorstel verantwoordelijke minister) uit te nodigen om deel te nemen als procespartij aan de procedure. Het tweede kenmerk van de verklaring is aldus de rol die op twee momenten gespeeld wordt door de voor een wet verantwoordelijke minister: zowel in de voorbereiding van een wet als tijdens een concrete rechtszaak waarin de mogelijke onverenigbaarheid van een formele wet ter discussie staat.

(iii) Artikel 4, lid 6 HRA bepaalt uitdrukkelijk dat de geldigheid van onverenigbaar verklaarde wetgeving niet wordt aangetast door de verklaring. Ondanks onverenigbaarheid met het EVRM zal de wet blijven bestaan. Het is echter zeer waarschijnlijk dat de verklaring regering en wetgever aanspoort om te reageren. In de woorden van Uzman: In wezen is de onverenigbaarverklaring niets anders dan een formele uitnodiging aan kabinet en parlement

38 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstinieren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 513.

39 Zulks blijkt onder andere uit de zaak *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, [2004] 2 AC 557.

om de strijdige wetgeving nog eens onder de loep te nemen.⁴⁰ Dit betekent niet dat regering en parlement verplicht zijn om ook maar iets te ondernemen in reactie op een verklaring. Zoals Elliott en Thomas terecht stellen: ‘*neither Parliament nor the executive is legally obliged to do anything in response.*’⁴¹ De verklaring sorteert dus louter politiek effect en is op geen enkele manier juridisch bindend. Dit geeft de verklaring het karakter van een *open remedy* waarbij de rechter de rechtmatigheid van formele (primaire) wetgeving in twijfel trekt en hieromtrent zijn zorgen kenbaar maakt bij de wetgever, maar deze wetgeving zelf onaangetast laat. Of en hoe een oplossing wordt gevonden voor het geconstateerde probleem is aan de wetgever. De logische keerzijde van dit gegeven wordt geëxpliciteerd in artikel 4, lid 6 sub b waarin blijkt dat de verklaring niet bindend is voor de partijen in het proces naar aanleiding waarvan zij wordt uitgevaardigd. In dat opzicht schieten procespartijen die zich beroepen op een *Convention right* weinig op met de verklaring. Een voor hen gunstige interpretatie op grond van artikel 3 HRA is van meer directe waarde. Als zodanig vormt de verklaring geen remedie tegen een mensenrechtenschending. Procespartijen profiteren niet (onmiddellijk) van hun succes in de procedure.⁴² Mocht de verantwoordelijke minister besluiten actie te ondernemen en tot wetwijziging over te gaan, dan kan hij twee paden bewandelen. Amendering van de onverenigbaar verklaarde wet kan geschieden door middel van de gewone wetgevingsprocedure. Een extra optie wordt geboden door artikel 10 HRA. Deze bepaling geeft de minister een zogeheten *Henry VIII-power* die inhoudt dat primaire wetgeving geamendeerd kan worden door middel van een ‘remedial order’ (ministeriële regeling).⁴³ Het derde – en belangrijkste – kenmerk is hiermee dat de verklaring van onverenigbaarheid juridisch niet-bindend is. Of tot wetwijziging wordt overgegaan is aan de wetgever, die hiertoe verschillende middelen heeft.

(iv) Hoe wordt in de praktijk omgegaan met een verklaring van onverenigbaarheid? Uit een rapport, verschenen in december 2014, blijkt dat de regering de verklaringen zeer serieus neemt.⁴⁴ Vanaf de inwerkingtreding van de HRA in oktober 2000 tot december 2014 zijn 29 verklaringen uitgevaardigd. Twintig daarvan hebben kracht van gewijsde, tegen één verklaring staat nog

40 *Idem* voetnoot 38, p. 513.

41 M. Elliott en R. Thomas, *Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 693-694.

42 *Idem* voetnoot 36, p. 515 onder verwijzing naar D. Feldman, ‘Chapter 19: Remedies for Violations of Convention Rights’ in: D. Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 825-848.

43 De exacte werking van deze bevoegdheid wordt uitgewerkt in Schedule 2 bij de HRA.

44 *Responding to human rights judgments Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government response to human rights judgments 2013–14*, Londen December 2014. Eerdere rapporten zijn te vinden op <https://www.gov.uk/government/collections/human-rights-the-governments-response-to-human-rights-judgments>. Zie ook een samenvatting van een eerder rapport in J. Uzmanns proefschrift, *idem* voetnoot 38, p. 514.

beroep open en acht verklaringen zijn in hoger beroep vernietigd. Van de twintig onherroepelijke verklaringen zijn er twaalf gevolgd door een reguliere wetwijziging, drie vormden aanleiding om de procedure van artikel 10 HRA te volgen, vier van de verklaringen zagen op wetgeving die al gewijzigd was ten tijde van het uitvaardigen van de verklaring (waardoor er van onverenigbaarheid geen sprake meer was) en met betrekking tot één verklaring beraadt de regering zich op de vraag hoe de onverenigbaarheid opgelost kan worden. Het relatief geringe aantal verklaringen (29) in een tijdsbestek van 14 jaar geeft aan dat artikel 4 HRA inderdaad wordt beschouwd als een *'measure of last resort'*.⁴⁵ In dit kader heeft Gearty gesteld dat: *'Precisely because the courts have been nuanced, the government has invariably been able to be generous.'*⁴⁶ Artikel 4 HRA lijkt dus zeer effectief in het realiseren van een dialoog tussen rechter en wetgever. Het karakter van de verklaring als een *ultimum remedium* en de door de verklaring tot stand gebrachte dialoog is het vierde kenmerk van de verklaring.

(v) Tot besluit nog een vijfde karakteristiek die wat uitgebreider aan bod komt. Een al te rooskleurig beeld van de Engelse situatie moet worden voorkomen, omdat een dergelijk beeld niet helemaal overeenkomt met de werkelijkheid. In de eerste plaats geldt dat hoewel er formeel geen juridisch effect uitgaat van een verklaring, er wel degelijk een juridisch randje aan het verhaal zit. Wanneer een verklaring wordt uitgevaardigd is dit immers een sterke indicatie dat het Verenigd Koninkrijk (als Verdragsstaat) het EVRM schendt. Indien niet tot wetwijziging wordt overgegaan zal met zekerheid een Straatsburgse procedure worden gestart die zeer waarschijnlijk leidt tot de slotsom dat het Verenigd Koninkrijk zijn verplichtingen onder het EVRM schendt. Een dergelijk oordeel is – in tegenstelling tot de verklaring onder s.4 – bindend onder internationaal publiekrecht. De slotsom is derhalve dat een verklaring van onverenigbaarheid politieke consequenties heeft (het noopt de wetgever tot nadenken en mogelijk volgen verdere politieke consequenties indien een wetwijziging niet volgt), maar een verklaring heeft ook juridische relevantie. Elliott en Thomas verwoorden een en ander zeer helder: *'The HRA punctures the distinction between legal and political constitutionalism, by enabling national courts to invoke binding norms of international law as an effective constraint upon a legislative branch that in domestic orthodoxy is confined only by the forces of politics.'*⁴⁷ De vraag die meermaals is opgeworpen is dan ook of een verklaring van onverenigbaarheid *de facto* niet neerkomt

45 Zie hieromtrent nader A. Kavanagh *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 121-128.

46 Gearty, 'The Human Rights Act – an academic sceptic changes his mind but not his heart', *European Human Rights Law Review* 2010, p. 584.

47 M. Elliott and R. Thomas, *Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 721.

op een verkapt wetgevingsbevel.⁴⁸ De tweede kanttekening bij het Britse model van constitutionele toetsing wordt geplaatst naar aanleiding van de door Sathanapally uitgevoerde *case studies*.⁴⁹ De opvatting dat de Britse wetgever een verklaring van onverenigbaarheid serieus neemt is voornamelijk gebaseerd op statistiek. Op grond van deze cijfers kan het Britse dialoogmodel eenvoudig een succes worden genoemd. Maar een meer gedetailleerde blik op de werking van de verklaring van onverenigbaarheid laat ook enkele problematische aspecten zien. Zo lukt het de rechter niet altijd om de wetgever tot nadenken aan te zetten. Voornamelijk in controversiële kwesties kan het lang duren voordat een parlementair debat van de grond komt en als dat dan gebeurt richt het parlementaire debat zich voornamelijk op de vraag hoe voorkomen kan worden dat nogmaals een verklaring wordt uitgevaardigd.⁵⁰ Het voorgaande kan gekenschetst worden als een langzaam *race to the bottom*-debat in een zoektocht naar de ondergrens van wat door rechters acceptabel wordt geacht. Dat doet aan het constructieve van de dialoog en aan de eigen afwegingsruimte die de wetgever naar eigen oordeel meent te hebben flink af. Het vijfde en laatste kenmerk van de verklaring van onverenigbaarheid in de Human Rights Act is daarmee dat met name in controversiële kwesties de verklaring niet optimaal werkt en met name juridische druk de toon van het debat (en de dialoog) bepaalt.

Het voorgaande neemt ons inziens de grote potentie van het instrument van de verklaring van onverenigbaarheid niet weg. Het grote voordeel van de verklaring van onverenigbaarheid is dat deze een dialoog tussen rechter en wetgever kan faciliteren. De rechter kan zijn ongenoegen laten blijken over een door de wetgever gemaakte wet. De wetgever wordt hierbij formeel uitgenodigd tot het heroverwegen van de wet en het maken van aanpassingen.⁵¹ De wetgever kan vervolgens – met in acht name van het rechterlijk oordeel – naar aanleiding van een concreet geval beslissen hoe verder te gaan. Hierbij bestaat de mogelijkheid om niet tot actie over te gaan, waardoor het primaat van de wetgever wordt benadrukt.⁵² Op deze wijze wordt expliciet de mogelijkheid geboden om het abstracte *ex ante* oordeel van de wetgever

48 Zie M. Elliott, 'Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention', *Legal Studies* 2002/22, p. 349.

49 A. Sathanapally, *Beyond disagreement – Open Remedies in Human Rights Adjudication*, Oxford: Oxford University Press 2012.

50 Sathanapally richt zich voornamelijk op de *Hirst* case die draaide om de controversiële kwestie van het kiesrecht voor gedetineerden en de *Belmarsh prison* saga die zag op de rechtmatigheid van naar aanleiding van 9/11 tot stand gekomen terrorismewetgeving. *Idem*, met name hoofdstuk 8 (p. 189-211) en hoofdstuk 9 (p. 213-222).

51 G. Marshall, 'The Lynchpin of Parliamentary Intention: Lost, Stolen or Strained?', *Public Law* 2003, p. 243-244.

52 Zie over deze voordelen o.a. T. Hickman, 'Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998', *Public Law* 2005, p. 306-335.

omtrent verenigbaarheid met het EVRM bij te stellen op grond van een *ex post* oordeel naar aanleiding van een concreet geschil. Bij dit alles tekenen wij nogmaals aan dat de situatie in het Verenigd Koninkrijk vanzelfsprekend verschilt van die in Nederland. Desalniettemin biedt de wijze waarop de verklaring van onverenigbaarheid in het Verenigd Koninkrijk vorm is gegeven aanknopingspunten voor een interessant perspectief op het Nederlandse vastgelopen debat inzake constitutionele toetsing.

4. DE VERKLARING VAN GRONDWETTELIJKE ONVERENIGBAARHEID; EEN IDEE VOOR NEDERLAND?

4.1. Inleiding

Een belangrijk argument tegen constitutionele toetsing is – zoals in de inleiding reeds aangegeven – dat de rechtstreeks gekozen wetgever – in het bijzonder het parlement – beter gelegitimeerd is om de grondwettelijke bepalingen in acht te nemen (te toetsen) dan de rechter.⁵³ Dit argument is sterk ingegeven vanuit het uitgangspunt van de soevereiniteit van het parlement. Zoals in paragraaf 3 is beschreven, is dit uitgangspunt van de *Sovereignty of Parliament* eveneens zeer sterk, of beter gezegd nog sterker aanwezig, in het Britse constitutionele bestel. Dit doet de vraag rijzen of het model zoals in het Verenigd Koninkrijk geïntroduceerd ook een interessant model is voor het Nederlandse constitutionele bestel. Daarbij zal in deze paragraaf wat langer worden stilgestaan.

Alvorens dat te doen dient eerst één belangrijke vraag en nog onbesproken vraag beantwoord te worden. Het betreft de vraag welke meerwaarde constitutionele toetsing in het Nederlandse constitutionele stelsel teweeg zou brengen. Dat is een vraag die een afzonderlijke bijdrage zou rechtvaardigen, maar op deze plek mag een kort antwoord op deze vraag niet onbesproken blijven. De vraag naar de meerwaarde van constitutionele toetsing is immers een terechte vraag. Zoals reeds bekend kan de Nederlandse rechter wel formele wetgeving toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragsrecht. Sinds het eind van de jaren zeventig van de vorige eeuw heeft de rechter gebruik gemaakt van dit in artikel 94 Gw vervatte instrument. Het antwoord op de vraag wat de meerwaarde zou zijn van enigerlei vorm van constitutionele toetsing is tweeërlei. In de eerste plaats zou een model van constitutionele toetsing een ‘boost’ voor de Nederlandse Grondwet betekenen. Daarmee bedoelen wij

53 Hoewel ook andere argumenten een rol spelen, zoals het gegeven dat indien een wetsvoorstel eenmaal wet is geworden het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid belangrijk is dat de wet ‘overeind’ blijft en niet geheel of op onderdelen ‘onderuit’ kan worden gehaald.

dat vanwege het verbod van constitutionele toetsing de Grondwet een aanleggenheid is geworden voor staatsrechtelijke fijnproevers. De Grondwet leeft niet echt en is onbekend in de Nederlandse samenleving. Natuurlijk kan men zich afvragen of dat een probleem is en of het middel van constitutionele toetsing daar een wezenlijke wijziging in zou brengen. Maar naar onze opvatting mogen de fundamentele die de Nederlandse staat en samenleving voor een groot deel bepalen meer voor het voetlicht worden gebracht. Nu is die rol merkwaardig genoeg – maar wel juridisch verklaarbaar – meer weggelegd voor het EVRM en andere mensenrechtenverdragen zoals het IVBPR en het Handvest van de EU. Het antwoord naar de vraag van de meerwaarde van een vorm van constitutionele toetsing zou dus kunnen zijn om de eigen grondwettelijke en zeker grondrechtelijke bepalingen meer centraal te stellen in plaats van of misschien beter gezegd naast de internationale mensenrechtenbepalingen. Dit argument zou kernachtig kunnen worden samengevat als een Nederlandse variant van het Britse motto: ‘*Bringing Rights Home*’.

Bovendien moet niet worden vergeten dat de Grondwet soms een betere bescherming zou kunnen bieden dan de internationale (mensenrechten)verdragen. Gedacht kan worden aan artikel 7 Gw waarin het verbod op censuur (weliswaar omslachtig) is neergelegd, een verbod dat ongekend is in equivalente mensenrechtenbepalingen. Eveneens kan worden gewezen op artikel 23 Grondwet waarin de vrijheid van onderwijs is vervat. Dit artikel garandeert (vermoedelijk) meer bescherming dan de verdragsbepalingen met betrekking tot het recht op onderwijs.⁵⁴ Ook biedt op onderdelen de beperkingssystematiek van grondrechten meer bescherming dan die van de mensenrechtenverdragen; ook een uitvoerige uitleg op dit punt zou een afzonderlijke bijdrage rechtvaardigen.⁵⁵ Hier volstaat het om te stellen dat de grondwettelijke beperkingssystematiek (veelal) in ieder geval vereist dat er een wet in formele zin is, die bepaalde grondrechten mag beperken. Als die er niet is, dan heeft de overheid een probleem dat in het licht van de ruime beperkingssystematiek van het EVRM wellicht nog op te lossen is door middel van een ruime opvatting van de zinsnede ‘by law’ zoals neergelegd in veel EVRM-bepalingen.⁵⁶ Die meerwaarde van Grondwettelijke toetsing zou nog sterker worden als men zou uitgaan van de doctrine dat de wettelijke bepaling die een grondrecht beperkt ook specifiek dient te zien op de beperking van het grondrecht (en de situatie waarvoor de beperking is geschreven). Wij doelen hier op de doctrine

54 Zie uitgebreid het artikelsgewijze commentaar op artikel 23 Grondwet de site www.nederlandserechtsstaat.nl i.h.b.: <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=23##artikel23> (laatst geraadpleegd op 19 juni 2016).

55 Zie uitvoerig G. van der Schyff, ‘De beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten: Kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011/ 2, p. 186-194.

56 Vgl. in het bijzonder de beperkingen van de artt. 8-12 EVRM.

zoals die nu al geldt voor andere (lagere) regelgeving, niet zijnde wetten in formele zin. Daarvoor geldt dat de wetgever in formele zin gebruik mag maken van andere overheidsorganen voor een beperking van grondrechten (voorzover het grondrecht delegatie toestaat), maar dat die beperking van de wetgever dan wel voldoende gespecificeerd is en aldus speciaal geschreven is om een bepaald grondrecht te beperken.⁵⁷

Ook kan nog de vraag worden opgeworpen of, indien constitutionele toetsing zou worden ingevoerd in Nederland, deze toetsing alleen zou moeten zien op een beperkte toetsing van de wet aan hoofdstuk 1 van de Grondwet (de grondrechten) of dat die toetsing ook zou moeten zien op andere hoofdstukken of zelfs aan de gehele Grondwet. Wordt voor de laatste variant gekozen, dan kan daar potentieel meer toetsing uit voortvloeien; immers het bereik van constitutionele toetsing wordt daardoor vergroot.

Wat van deze meerwaarde van enigerlei vorm van constitutionele toetsing ook zij, in het hiernavolgende zal kort stil worden gestaan bij de vraag of de verklaring van onverenigbaarheid een interessant instrument kan zijn voor het Nederlandse constitutionele bestel. Daartoe zal allereerst in worden gegaan op de constitutionele toetsing die nu reeds plaatsvindt alvorens een wetsvoorstel tot wet wordt verheven, de zogeheten *ex ante* toetsing. Vervolgens zal in worden gegaan op het model Van Mierlo (oud-politicus en oprichter van D66) dat sterke gelijkenis vertoont met het Britse model. Ten slotte zal de essentiële vraag worden opgeworpen of het idee van een *verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid* wel of niet navolging zou verdienen in het Nederlandse constitutionele bestel.

4.2. Constitutionele toetsing van wetgeving *ex ante*

Hoewel Nederland als gezegd geen constitutionele toetsing door de rechter kent, wordt gedurende het proces van wetgeving (de periode dat een wetsvoorstel in behandeling is), wel degelijk aandacht besteed aan de vraag of de voorgestelde wetsbepalingen al dan niet in strijd zijn met de Grondwet. Het betreft hier een abstracte grondwettelijke toets (toetsing *ex ante*) door diverse actoren die bij het wetgevingsproces zijn betrokken. In die zin bestaat er reeds lange tijd een vorm van constitutionele toetsing die aangeduid kan worden als een *ex ante* toetsing. Het is goed hier beknopt aandacht aan te besteden, aangezien onterecht de indruk kan ontstaan dat er in het geheel geen constitutionele toetsing (dat wil zeggen een toets van regelgeving aan de Grondwet) in het Nederlandse bestel plaatsvindt.

57 ABRvS 28 augustus 1995, AB 1996/204, m.nt. L.J.J. Rogier, *Gst.* 1995, 7019, 5, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; JB 1995/331, m.nt. A.W. Heringa.

Recentelijk schreef wetgevingsambtenaar Van Sasse van Ysselt van de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties daarover een interessante bijdrage over (constitutionele) toetsing ex ante in het *Nederlands Juristenblad*.⁵⁸ Van Sasse van Ysselt stelt dat in het wetgevingsproces toetsing aan de Grondwet reeds plaatsvindt voortvloeiende uit, onder meer, de bestaande normenhierarchie.⁵⁹ Hoger recht gaat immers voor lager recht, ook de wetgeversactoren dienen vanuit dit beginsel een Grondwettelijke toets uit te voeren op de voorgenomen wettelijke bepalingen. De constitutionele toets behelst bovendien niet alleen de Grondwet maar de gehele Nederlandse constitutie waar niet alleen de geschreven Grondwet toe behoort, maar onder andere ook het Statuut, ongeschreven constitutioneel recht (beginselen), en internationale (mensrechten)normen. Het belang van een dergelijke toets heeft naast de zo-even aangegeven principieel rechtsstatelijke toets (waaronder onder meer het zojuist besproken uitgangspunt van de normenhierarchie besloten ligt) tevens een praktisch belang. Dat is er volgens hem in gelegen te voorkomen dat ambtelijke, politieke en financiële capaciteit wordt besteed aan de voorbereiding van beleid en wetgeving waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat zij constitutioneel niet houdbaar is. Gedurende het wetgevingsproces kan dat er dan toe leiden dat een ontwerpregelings alsnog moet worden gewijzigd of zelfs niet wordt ingediend bij de Tweede Kamer als gevolg van een negatieve advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State.⁶⁰

Tijdens de totstandkoming van nationale wetgeving, toetsen diverse wetgevingsactoren de houdbaarheid van het wetsvoorstel aan de Nederlandse constitutie. Naast de regering zijn dat de Staten-Generaal als medewetgever (artikel 81 Gw) en de Raad van State als onafhankelijk wetgevingsadviseur (artikel 73, eerste lid, Gw). Voorts wijst Van Sasse van Ysselt op diverse organen zoals de Autoriteit Persoonsgegevens of het College voor de Rechten van de Mens die afhankelijk van het wetsvoorstel eveneens vooraf betrokken worden bij het wetsvoorstel en uitdrukkelijk worden gevraagd met een kritische grondrechtelijke blik naar het wetsvoorstel te kijken.⁶¹ Hij wijst bovendien op het gegeven dat indien het Europese regelgeving betreft, er tevens bij de Europese actoren zoals de Commissie, de Raad en het Europees Parlement een toets wordt gedaan met betrekking tot de houdbaarheid van de Europese ontwerpregelgeving ten aanzien van het EU-handvest.⁶² Wat betreft de Nederlandse regering stelt hij dat de Minister van Binnenlandse

58 P. van Sasse van Ysselt, 'Constitutionele toetsing van wetgeving ex ante, Ruimte voor versterking', *Nederlands Juristenblad*, 2016/21, p. 1480-1485.

59 Van Sasse van Ysselt, 2016, p. 1482.

60 Van Sasse van Ysselt, 2016, p. 1482.

61 Van Sasse van Ysselt, 2016, p. 1483.

62 Van Sasse van Ysselt, 2016, p. 1484.

Zaken en Koninkrijksrelaties een specifieke rol heeft voor de bewaking en dus verantwoordelijkheid van een constitutionele toets bij de totstandkoming van (Nederlandse) regelgeving. Uiteraard in samenwerking met de overige vakdepartementen.⁶³ Als leidraad voor het voorbereiden van beleid en regelgeving is een zogeheten Integraal Afwegingskader (IAK) opgesteld. Eén van de vragen in het IAK is die naar het beste argument, dat vervolgens onder meer de vraag omvat of de voornoemde regel (of beleidsvoornemen) rechtmatig is en dus de constitutionele toets kan doorstaan.⁶⁴ Van Sasse van Ysselst concludeert uiteindelijk dat door dit samenspel van actoren en verantwoordelijkheden er weinig aanwijzingen zijn dat het Nederlandse wetgevingsproces (structureel) inconstitutionele wetgeving genereert. Als gezegd moet wel worden gerealiseerd dat het hier een abstracte (*ex ante*) toetsing betreft en niet een concrete (*ex post*) toetsing.

In zijn bijdrage gaat Van Sasse van Ysselst tevens in op de recente politieke aandacht voor constitutionele toetsing *ex ante*.⁶⁵ Hij doelt hier op de motie-Klein, die werd ingediend bij de behandeling van de begroting van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 18 november 2015 en in de Tweede Kamer (redelijk) breed werd gedragen en derhalve werd aanvaard. De motie verzoekt de regering om ‘een constitutionele toets voortaan op te nemen in de memorie van toelichting van wetsvoorstellen.’⁶⁶ Van Sasse van Ysselst vindt de motie enigszins verwonderlijk aangezien de constitutionele toets reeds deel uitmaakt van het wetgevingsproces en reeds is opgenomen in de memorie van toelichting van wetsvoorstellen.⁶⁷ Ook besteedt Van Sasse van Ysselst kort aandacht aan het voorstel van het Tweede Kamerlid Taverne (VVD), om tot een instelling te komen van een (volg)commissie constitutionele zaken; die commissie zou een volgcommissie kunnen zijn bij wetsvoorstellen die worden behandeld door de eerste vakcommissie, maar die evidente raakvlakken hebben met de Grondwet en de vraag of die daarmee in overeenstemming zijn.⁶⁸ In de Tweede Kamer werd dit voorstel met de nodige reserve ontvangen. Tweede Kamerlid Schouw (D66) stelde dat het voorstel van de VVD-fractie kennelijk was bedoeld om de ‘loei van een draai’ van de VVD met betrekking tot het voorstel van Halsema te verhullen. Als gezegd in de inleiding was de VVD in eerste lezing van dit initiatiefwetsvoorstel nog voor invoering van constitutionele toetsing en in tweede lezing faliekant tegen.⁶⁹ Schouw stelde dat het voorstel van een volgcommissie zoals Taverne voor ogen heeft een ‘halfbakken idee

63 Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1484.

64 Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1484.

65 Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1480 e.v.

66 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 300 VII, p. 48.

67 Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1481.

68 Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1481, *Handelingen II* 5 maart 2015, 60-11.

69 Zie ook Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1482, i.h.b. voetnoot 17.

is dat absoluut niet doordacht is.⁷⁰ Toch houdt Taverne waarschijnlijk vast aan zijn idee, blijkende uit een recent (journalistiek) overzichtsartikel in *de Groene Amsterdammer*.⁷¹ In het najaar van 2016 zal zijn plan vermoedelijk openbaar worden en kan dan constitutioneel worden beoordeeld.

Gerealiseerd moet overigens nogmaals worden dat het bovenstaande allemaal procedures betreffen van een *ex ante* (vooraf) toetsing van wetsvoorstellen aan de Nederlandse constitutie, inclusief de Grondwet. Een *ex post* toetsing is niet mogelijk gelet op artikel 120 Gw. De rechter moet het op dit punt doen met een toetsing aan een ieder verbindende bepalingen uit (mensenrechten) verdragen. Sinds deze toepassing van artikel 94 Gw eind jaren zeventig van de vorige eeuw door de rechter is geïntensiveerd, blijkt dat ook achteraf een toetsing van de wet aan grondrechten (zo men wil mensenrechten) nuttig en noodzakelijk kan zijn. Maar als gezegd zou toetsing van de formele wet aan de Grondwet een doorbreking zijn van het uitgangspunt van de soevereiniteit van het parlement. De vraag blijft dan ook staan of het Britse idee van een verklaring van onverenigbaarheid een attractief instrument is voor het Nederlandse constitutionele bestel.

4.3. Voorstel van Mierlo; ‘oude Nederlandse wijn in nieuwe Britse zakken’?

In paragraaf 3 is uiteengezet dat het Britse model van toetsing het beginsel van de *Sovereignty of Parliament* in tact laat. Daarmee wordt een belangrijk argument tegen constitutionele toetsing ondervangen. Immers in het Britse model blijft het parlement (de Britse wetgever) de uiteindelijke soevereine macht houden om na een rechterlijke *declaration of incompatibility* al dan niet de omstreden wettelijke bepalingen in overeenstemming te brengen met HRA. Het Britse model lijkt het spreekwoordelijke ‘ei van Columbus’. Toch is het model al eens veel eerder voorgesteld in het Nederlandse debat omtrent constitutionele toetsing. In aanloop van de grote Grondwetsherziening van 1983 bepleitte toenmalig Tweede Kamerlid Van Mierlo (D’66) voor een vergelijkbare variant.⁷² De variant Van Mierlo hield in dat wanneer de Hoge Raad de uitspraak doet dat een bepaalde wet evident in strijd is met een grondrecht of in de praktijk bij toepassing voortdurend leidt tot situaties die strijdig zijn met een grondrecht, die uitspraak geen rechtsgevolg meebrengt voor de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak zelf, doch wel een verplichting doet ontstaan voor parlement en regering om binnen een bepaalde termijn met elkaar een discussie over de betekenis en de consequenties van die uitspraak te houden.

70 Van Sasse van Ysselst, 2016, p. 1482.

71 A. van Roessel, ‘De Nederlandse samenleving schreeuwt om meer politiek debat over het wege van grondrechten’, *de Groene Amsterdammer*, 8 juni 2016, jaar 140, nr. 23.

72 Zie *Kamerstukken II 1975/1976*, 13 872, nr. 3, p. 13.

Deze variant brengt aldus mee dat anders dan het eigenlijke rechterlijke toetsingsrecht, dat de politieke organen de uiteindelijke beslissing hebben over de vraag of de door de Hoge Raad ongrondwettig bevonden wet al dan niet in strijd is met de Grondwet.

De toenmalige regering, en uiteindelijk ook het parlement, bleek uiteindelijk geen voorstander van de variant Van Mierlo die – zo mag inmiddels blijken – op hoofdlijnen veel gelijkenissen vertoont met de huidige Britse variant. De regering stelde dat het maar de vraag is of anno 1976 (het moment van het voorstel) de wetgeving inderdaad van zoveel gevallen van ongrondwettigheid heeft blijk gegeven dat er aanleiding zou bestaan een middel in te voeren dat weliswaar niet zo ingrijpend is als het eigenlijke toetsingsrecht, maar dat volgens de regering van destijds, toch ook andere bezwaren kent. Zo zou volgens de regering de Hoge Raad in mogelijke politieke strijdvragen kunnen belanden, vergelijkbaar met de rechterlijke toetsingsvariant. Daarenboven zou volgens de regering een gevaar kunnen dreigen dat er onbehagen tegenover de wetgever zou kunnen ontstaan indien, nadat een gezaghebbend rechterlijke college als de Hoge Raad zijn oordeel van ongrondwettigheid over een wet heeft uitgesproken, de wetgever er niet toe overgaat de wet te wijzigen. In die constructie is het volgens de toenmalige regering mogelijk dat bij een tweede en volgend beroep op de rechter, deze de wet wéér in strijd met de Grondwet zou kunnen achten. Bij de burger zou dat kunnen resulteren in twijfel aan het gezag van een of beide organen en bovendien twijfel aan de legitimiteit van de aangevochten wetsbepaling.

Voorts zou het gegeven dat het oordeel van de Hoge Raad geen bindende rechtskracht heeft voor de concrete zaak, niet stroken met de functie van de Hoge Raad in de rechtspraak. Alles overwegende vond de regering dat de variant Van Mierlo meer nadelen dan voordelen had. Bovendien zou in de hiervoor beschreven paragraaf met betrekking tot constitutionele toetsing *ex ante*, voldoende waarborgen besloten liggen dat de kans dat een wettelijke bepalingen in strijd zou zijn met de Grondwet zeer beperkt zou zijn. Ten slotte zou iemand altijd achteraf na de inwerkingtreding van de wet, de wetgever er op kunnen wijzen dat indien er toch een ongrondwettigheid zou zijn ‘doorgeglijpt’ en dat de wet vervolgens zou kunnen worden gewijzigd.

4.4. De verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid; wel of niet doen?

Het moment is gekomen waarop wij onze sympathie willen uitspreken voor het Britse model van constitutionele toetsing en dat dit model inderdaad interessante en enkele bruikbare inzichten oplevert voor het Nederlandse debat omtrent toetsing. Ook het voorstel Van Mierlo vormt een globale, Nederlandse

uitwerking van de dialoog-gedachte die aan de Britse verklaring van onverenigbaarheid ten grondslag ligt, en heeft derhalve onze sympathie. Het is echter niet eenvoudig om de Britse variant of de variant Van Mierlo in het huidige Nederlandse constitutionele bestel in te passen. Daarvoor is de toetsingsmogelijkheid van de rechter ex artikel 94 Gw te stevig ingebed in het Nederlandse staatsrecht. Veronderstel nu bijvoorbeeld eens dat alle hoogste Nederlandse rechtscolleges de mogelijkheid zouden krijgen om een verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid uit te spreken waarna vervolgens een nieuw in te richten Constitutionele Kamer van de Staten-Generaal, bestaande uit bijvoorbeeld 10 Kamerleden (samengesteld uit de Tweede en Eerste Kamer, met wellicht een juridische achtergrond) uiteindelijk kan bepalen of de omstreden wettelijke bepaling wordt aangepast of niet. De vraag rijst of een dergelijke variant een meerwaarde zou hebben afgezet tegen hetgeen de Nederlandse rechter nu al vermag. De rechter kan immers nu al op grond van artikel 94 Grondwet wettelijke bepalingen buiten toepassing laten voor zover deze in strijd zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen zoals bijvoorbeeld de EVRM-bepalingen. Het Nederlandse constitutionele recht is daarmee zeer 'vriendelijk' ten opzichte van eenieder verbindende internationale mensenrechtenbepalingen. Dit systeem is onbekend in het Verenigd Koninkrijk (dat kent immers een dualistisch stelsel) en vandaar ook dat in het Britse stelsel het middel van de declaration of incompatibility een ongekend grote stap is geweest in dat constitutionele model. Wat zou dat voor de Nederlandse situatie voor extra's opleveren? Wij bepleiten hier dan ook geenszins om een systeem in te voeren waardoor de Nederlandse rechter niet meer bevoegd zou zijn om een buiten toepassing verklaring ex artikel 94 Gw uit te spreken. Dat zou immers een grote achteruitgang zijn ten opzichte van de huidige rechtsbescherming. Wellicht zou een Brits model (of variant Van Mierlo) wel een uitkomst kunnen zijn voor die situaties waarin de Nederlandse Grondwet een betere bescherming zou bieden dan het EVRM of andere verdragsbepalingen met een ieder verbindend karakter.⁷³ Zoals hiervoor reeds beschreven, zijn die situaties zeldzaam; veel grondrechtelijke bepalingen zoals neergelegd in hoofdstuk 1 van de Grondwet kennen een equivalent in internationale mensenrechtenverdragen. Dat zou wellicht nog anders kunnen zijn indien zou worden overwogen om tot de mogelijkheid te komen om ook een verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid uit te spreken over de gehele Grondwet, en dus niet alleen ten aanzien van hoofdstuk 1 Grondwet. De vraag is dan vervolgens of die situaties zich veelvuldig zullen voordoen.

Toch heeft het Britse model (of zo men wil de variant Van Mierlo) iets attractiefs, namelijk dat de normativiteit van de Grondwet er hoogstwaarschijnlijk door vergroot zal worden. Door het toetsingsverbod zoals neergelegd in artikel 120 Gw en de mogelijkheid van de buiten toepassing lating op grond van

⁷³ Datzelfde geldt voor het supranationale EU-recht.

artikel 94 Gw, is het gezag van de Grondwet enorm beperkt en daarmee is het constitutionele besef van (één van onze hoogste rechtsbronnen naast het Statuut en ongeschreven staatsrecht) zeer beperkt. Slechts een beperkte groep van constitutionele specialisten, werkzaam bij de overheid of de academische wereld kennen het Grondwettelijk systeem en de waarden die daarin besloten liggen. Dat is naar onze opvatting jammer. Hoewel wij niet de illusie hebben dat door het introduceren van een instrument als *de verklaring van de grondwettelijke onverenigbaarheid* ook alle en tevens nieuwe Nederlanders eveneens direct een grotere kennis zullen krijgen van de Nederlandse Grondwet, zou een dergelijk besef kunnen groeien. Een Nederlandse variant van het Britse adagium ‘*Bringing Rights Home*’ heeft ons inziens toch iets krachtigs. Niet enkel de internationale (en Europese) mensenrechtenverdragen zouden er in Nederland toe moeten doen, maar ook en misschien wel in de eerste plaats de Nederlandse Grondwet zelf. Deze is van wezenlijke betekenis voor het constitutionele recht en dient juridisch merkbaar te gelden als één de hoogste rechtsbronnen waaraan de staatsinstellingen zijn gehouden. De Britse (of Van Mierlo) variant heeft voorts als voordeel dat ook de Staten-Generaal zich niet alleen *ex ante* maar ook *ex post* bezig houden met constitutionele toetsing. Indien één van de hoogste rechtscolleges een verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid uitvaardigt, zou de Constitutionele Kamer van de Staten-Generaal (wellicht tezamen met de regering) zich moeten uitspreken over een mogelijke wetswijziging.

Nu de beantwoording van de hamvraag: zou het Nederlandse constitutionele recht tevens een middel als een *verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid* moeten introduceren of niet? Ons antwoord is wellicht een beetje een anticlimax maar dit vergt nadere doordenking. Daar komt nog bij dat eerst de vraag naar de meerwaarde van invoering van constitutionele toetsing (en welke variant) moet worden beantwoord. Indien voorgesteld zou worden om tot de invoering van het Britse model over te gaan, in plaats van een rechterlijke toetsing op grond van artikel 94 Gw, dan zou dat een teruggang betekenen van het krachtige middel dat rechters nu al hebben gelet op artikel 94 Gw. Aan de andere kant zou een dergelijk middel de normativiteit van de Grondwet ten goede komen. Bovendien zou de Staten-Generaal, althans een nieuw in te stellen Constitutionele Kamer daarvan (tezamen met de regering), zich na hiertoe formeel uitgenodigd te zijn door de rechter, uitdrukkelijk moeten uitspreken over de grondwettelijke (on)verenigbaarheid van een wet(telijke bepaling) naar aanleiding van een concrete zaak. Of en wat met een dergelijke rechterlijke constatering wordt gedaan, is aan de wetgever. Deze behoudt het primaat. Maar met de expliciete uitnodiging van de rechter wordt de bal wel nadrukkelijk bij de wetgever gelegd.

Om recht te doen aan het huidige Nederlandse constitutionele bestel is recentelijk door de Hoge Raad een nieuwe variant geïntroduceerd. Op 5 juli 2016

oordeelde hij, in navolging van het EHRM, dat de *tenuitvoerleggingspraktijk* van het systeem van levenslanggestraften in strijd is met artikel 3 EVRM (onmenselijke behandeling).⁷⁴ Niet de straf zelf is volgens de Hoge Raad in strijd met artikel 3 EVRM, maar wel de tenuitvoerleggingspraktijk. Levenslange gevangenisstraf kan niet worden opgelegd indien niet reeds ten tijde van de oplegging een reële mogelijkheid tot herbeoordeling van de levenslange gevangenisstraf bestaat die in de daarvoor in aanmerking komende gevallen kan leiden tot verkorting van de straf of (voorwaardelijke) invrijheidsstelling, aldus de Hoge Raad. Het opdragen van een herbeoordeling aan de rechter vormt een belangrijke waarborg dat de tenuitvoerlegging in overeenstemming met artikel 3 EVRM plaatsvindt, aldus de cassatierechter. De Hoge Raad houdt de zaak echter ruim een jaar aan, aangezien hij eerst de politieke besluitvorming omtrent deze problematiek wil afwachten. De Hoge Raad nodigt de wetgever dus zelf uit om eerst tot een politieke beslissing te komen, alvorens zelf een definitief oordeel over de zaak te vellen. Een dergelijke handelwijze is ongekend en biedt een interessant precedent en heeft trekken van het Britse model (en de variant Van Mierlo) met dit belangrijke verschil dat de rechter de bevoegdheid heeft om uiteindelijk een bindend oordeel te vellen over een wet in formele zin in het licht van artikel 94 Grondwet.

Ook zou nog een andere (sub)variant (van het hiervoor gaande) wellicht uitkomst kunnen bieden. Indien de rechter (wellicht alleen de hoogste rechtscolleges) een uitspraak gaat doen omtrent een buiten toepassing lating van een wet (telijke bepaling) op grond van artikel 94 Gw, en er tevens strijdigheid is met de Nederlandse Grondwet dan zou de rechter alvorens hij dit oordeel velt een delegatie van de regering en een nieuw op te richten Constitutionele Kamer van de Staten-Generaal (de wetgever) moeten horen. Het is dan uiteindelijk de rechter die de mogelijkheid behoudt tot het uitspreken van het 'buiten toepassing laten' aangevuld met een verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid, maar de rechter heeft in dit model de verplichting om de wetgever te horen. Ook deze variant is misschien het overdenken waard.

5. SLOTSOM

In deze bijdrage hebben wij getracht het Britse instrument van de *declaration van incompatibility* te beschrijven. Een globaal model van constitutionele toetsing dat veertig jaar geleden al eens werd voorgesteld door toenmalig Tweede Kamerlid Van Mierlo. Wij begonnen onze bijdrage met vraag of dit Britse model wellicht het huidige vastgelopen debat in Nederland met betrekking tot de al dan niet invoering van constitutionele toetsing zou kunnen lostrekken. Concreet betekent dat invoeren van een instrument van de verklaring van

⁷⁴ HR 5 juli 2016, *ECLI:NL:HR:2016:1325*.

grondwettelijke onverenigbaarheid, in Nederland te introduceren. Wij hebben geconcludeerd dat het model interessante voordelen kent. Met name zou de Britse variant (en de variant Van Mierlo) de normativiteit van de Nederlandse Grondwet vergroten. Aan de andere kant is het de vraag welke meerwaarde een dergelijk middel nog meer met zich zou brengen. Goede doordenking is ons inziens dan ook wenselijk. Het middel kan niet zonder meer worden toegepast, noch worden afgewezen. Het debat omtrent constitutionele toetsing kan ontsnappen aan de alles-of-niets termen waarin het tot op heden wordt gevoerd. Het idee van een verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid is hierbij een mogelijk hulpmiddel waarmee recht kan worden gedaan aan de constitutionele dialoog tussen rechter en wetgever. Andere subvarianten zijn overigens denkbaar, zoals in deze bijdrage is gebleken. Zo heeft de Hoge Raad recentelijk een nieuw middel geïntroduceerd in deze dialoog. De cassatierechter heeft onlangs aan de wetgever de gelegenheid gegeven eerst zelf een politiek oordeel te vellen over een omstreden wettelijke bepaling alvorens daarover zelf een oordeel te vellen. Het zijn interessante ontwikkelingen die de constitutionele dialoog kunnen gaan bevorderen. Een dialoog die voor de normativiteit van de Nederlandse Grondwet volgens ons broodnodig is!

PERSONALIA

Kees van den Bos

Prof. dr. K. van den Bos is hoogleraar Empirische Rechtswetenschap en hoogleraar Sociale Psychologie aan de Universiteit Utrecht

Lucas Brouwers

Mr. L. Brouwers is docent aan de Universiteit Utrecht

Jacobien van Dorp

Dr. mr. J.E. van Dorp MA is universitair docent aan de Universiteit Utrecht

Dacian C. Dragos

Prof. Dacian C. Dragos is Jean Monnet Professor of Administrative and European Law at Faculty of Political, Administrative and Communication Sciences, Public Administration Department, Cluj Napoca, Romenië

Ton Duijkersloot

Mr. dr. A.P.W. Duijkersloot is universitair docent aan de Universiteit Utrecht

Lars Frietman

L. Frietman is bachelorstudent aan de Universiteit

Janneke Gerards

Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht

Henk Gierveld

Mr. H.A.J. Gierveld is wetgevingsjurist en gemachtigde beroepszaken bij het Ministerie van Infrastructuur en Milieu en geassocieerd medewerker aan de Universiteit Utrecht

Tim de Graaff

T.P.E. de Graaff is student Legal Research Master aan de Universiteit Utrecht

Hilke Grootelaar

Mr. H.A.M. Grootelaar BA is promovenda aan de Universiteit Utrecht

Frank Groothuijse

Mr. dr. F.A.G. Groothuijse is universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht

Leonie Huijbers

Mr. L.M. Huijbers MA is promovenda aan de Universiteit Utrecht

Julian Kevelam

Mr. J. Kevelam is promovendus aan de Universiteit Utrecht en juridisch adviseur bij Soppe Gundelach Witbreuk advocaten te Almelo

Jeroen Kiewiet

Mr. dr. J. Kiewiet is universitair docent aan de Universiteit Utrecht

Daan Korsse

Mr. dr. D. Korsse is advocaat-stagiair bij Van der Feltz Advocaten in Den Haag en geassocieerd medewerker aan de Universiteit Utrecht

Henk Kummeling

Prof. dr. H.R.B.M. Kummeling is universiteitshoogleraar en hoogleraar Staatsrecht aan de Universiteit Utrecht

Philip Langbroek

Prof. dr. P.M. Langbroek is hoogleraar rechtspleging en rechterlijke organisatie aan de Universiteit Utrecht

Tina van der Linden

Dr. T. van der Linden is universitair docent aan de Universiteit Utrecht

Elaine Mak

Prof. mr. dr. E. Mak is hoogleraar Encyclopedie van de rechtswetenschappen en Rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht

Coen Modderman

Mr. C.B. Modderman is docent aan de Universiteit Utrecht

Remco Nehmelman

Prof. mr. R. Nehmelman is hoogleraar Publiek organisatierecht, i.h.b. waterbeheer aan de Universiteit Utrecht

Rolf Ortlep

Mr. dr. R. Ortlep is universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht

Wibo van Rossum

Dr. mr. W. van Rossum was tot 1 september 2016 universitair docent aan de Universiteit Utrecht. Hij is thans universitair hoofddocent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

Ben Schueler

Prof. mr. B.J. Schueler is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht en staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Marc Simon Thomas

Dr. mr. M.A. Simon Thomas is onderzoeker aan de Universiteit Utrecht

Max Vetzo

M. Vetzo is masterstudent aan de Universiteit Utrecht

Jim Waasdorp

Mr. J.R.K.A.M. Waasdorp is ambtenaar van staat bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Rob Widdershoven

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht

Wouter Zorg

Mr. W.S. Zorg is docent aan de Universiteit Utrecht

De rechter onder vuur

Redactie: Rolf Ortlep, Frank Groothuijse, Jeroen Kiewiet, Remco Nehmelman

Dit jaar bestaat het Instituut Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie 55 jaar. Ter viering van onder meer dit elfde lustrum is een jubileumbundel samengesteld. Wanneer in de literatuur of in de media gesproken wordt over de rechter, dan is het vaak in de trant van dat hij te activistisch of te defensief heeft opgetreden. In die zin ligt de rechter veelvuldig onder vuur. De rechter vervult binnen de rechtsstaat een zekere dubbelrol: enerzijds is hij de bewaker van de rechten en vrijheden van het individu jegens de wetgevende (en uitvoerende) macht, anderzijds is hij de bediener van deze macht wanneer verplichtingen afgedwongen moeten worden of van rechten en vrijheden misbruik wordt gemaakt. De bijdragen in deze jubileumbundel geven een brede inkijk in de ontwikkelingen rondom het functioneren van de rechter in ons staatsbestel en op welke wijze kan worden verzekerd dat dat functioneren toekomstbestendig is.

