

25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet

NTB 2019/11

1. Inleiding

Ter gelegenheid van 25 jaar Awb vond er op 8 februari 2019 in Den Haag een feestelijk congres plaats. Tijdens deze zeer geslaagde dag – die met ruim 500 aanwezigen druk werd bezocht – is de bundel '25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid'² gepresenteerd. De dag werd afgesloten door de Minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker. In zijn speech maakte de minister bekend dat aan de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht, Michiel Scheltema, de grondlegger van de Awb, eervol ontslag was verleend.³ Nadat de minister de belangrijke en zeer gewaardeerde werkzaamheden van de regeringscommissaris had beschreven kreeg deze als cadeau een lezingencyclus aangeboden.⁴ Daarna bood Bert Marseille namens de redactie de congresbundel aan Michiel Scheltema en de minister aan, waarbij hij de wens uitsprak dat Michiel Scheltema nog heel erg lang actief bij het bestuursrecht betrokken zal blijven.



Michiel Scheltema met het eerste exemplaar van de jubileumbundel

Foto: André van Haasteren Fotografie

In de bundel zijn maar liefst 75 bijdragen opgenomen van een keur aan bestuursrechtelijke auteurs. Het resultaat is een uniek boek met een rijke inhoud. Tijdens het inhoudelijke gedeelte van het congres hebben sprekers en referenten de verschillende thema's die in de bundel aan de orde zijn belicht. Een panel bestaande uit Michiel Scheltema, Marleen Jongeneel en Nico Verheij stelde de discussies op scherp. De visie van verschillende generaties op de ontwikkeling van het algemeen deel van het bestuursrecht – met als spil de Algemene wet bestuursrecht – vormden hierbij de rode draad. De presentaties, referaten en de discussies met de deelnemers leverden fraaie beschouwingen op die vroegen om publicatie. Daarom zijn de bijdragen in dit themanummer van NTB in licht bewerkte vorm opgenomen.

In dit verband is een bijzonder format gehanteerd. Als raamwerk is namelijk de inleidende tekst van de congresbundel gebruikt. Deze is (eveneens) licht bewerkt en voorzien van enkele aanvullingen naar aanleiding van het verhandelde tijdens het congres. Hierbij is tevens gebruikgemaakt van het korte verslag dat naar aanleiding van het congres is geplaatst op de website van de Universiteit Leiden.⁵ Vervolgens zijn de verschillende congresbijdragen in de 'raamvertelling' geplaatst.



De initiatiefnemers van de viering van het Awb-jubileum

Foto: André van Haasteren Fotografie

1 Prof. mr. R.J.N. Schlössels, mr. dr. J.A.F. Peters (beiden Radboud Universiteit), prof. mr. dr. A.T. Marseille (Rijksuniversiteit Groningen), prof. mr. drs. W. den Ouden en prof. mr. T. Barkhuysen, (beiden Universiteit Leiden) namen begin 2017 het initiatief voor deze viering van 25 jaar Awb. Zij vormden tevens de redactie van de feestelijke congresbundel.

2 Tom Barkhuysen, Bert Marseille, Willemien den Ouden, Hans Peters & Raymond Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

3 Zie Besluit van 22 januari 2019, *Stcrt.* 3444. Het eervol ontslag ging op 8 februari 2019 in. Met ingang van 9 februari 2019 is het instellingsbesluit van de Commissie Warb van 23 augustus 1983 ingetrokken. Zie Besluit van 22 januari 2019, *Stcrt.* 3446.

4 De zogenoemde Scheltemalezing is een lezingencyclus van vijf jaar. De rode draad betreft de manier waarop de Awb de verhoudingen tussen overheid, burger en samenleving vormgeeft. De eerste Scheltemalezing op 5 april 2019 zal door Michiel Scheltema zelf zal worden uitgesproken.

Het resultaat is een doorlopende bijdrage die is aangevuld met enkele foto's die tijdens het congres zijn gemaakt. De initiatiefnemers van de bundel en het congres hopen – en weten vrijwel zeker – dat deze opzet heeft geresulteerd in een fraai document dat de lezers van NTB zal weten te boeien.

5 www.universiteitleiden.nl/nieuws/2019/02/minister-dekker-bij-leids-congres-25-jaar-algemene-wet-bestuursrecht-aan-de-slag-met-responsief-bestuursrecht.

2. Een verjaardag, maar geen feestje zonder kritiek: een ambitieuze wet

Bij aanvang van het congres benadrukte dagvoorzitter Willemien den Ouden dat het een verjaardagsfeestje moest worden waarop veel werd gediscussieerd en dat de jarige daarbij niet gespaard hoefde te worden. De inwerkingtreding van de Awb op 1 januari 1994 gaf de ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht een enorme impuls. Maar lang niet door iedereen, op alle beleidsterreinen, en in al haar artikelen, wordt de Awb ervaren als een feestje. De organisatoren wilden dus niet alleen tevreden stilstaan bij al het moois dat de Awb heeft gebracht, maar juist ook het gesprek aangaan over wat er nog nodig is met het oog op de bestuursrechtelijke toekomst.

3. Ambities en doelstellingen van de Awb

De Algemene wet bestuursrecht – en dit mag bij wijze van aftrap worden gezegd – is een wet met een duidelijke ambitie en een missie. Het domein waarop de Awb ziet, omvat immers honderden bijzondere bestuurswetten (vaak met een eigen cultuur), een forse hoeveelheid rechtspraak – die bovendien voortdurend in beweging is – en talrijke rechtsnormen van internationale en Unierechtelijke oorsprong. Het streven is gericht op het bevorderen van eenheid, samenhang en toegankelijkheid van dit uitgestrekte terrein. Om te voorkomen dat het project al bij aanvang onbeheersbaar zou worden, werd gekozen voor een aanpak in ‘tranches’. De Awb zou een aanbouwwet worden die stap voor stap tot stand zou worden gebracht. In de periode na de millenniumwisseling evolueerde deze aanpak en werd steeds vaker gekozen voor afzonderlijke wetten. Deze leidden tot vele aanpassingen, aanvullingen en verbeteringen van de basiswet. Vanaf dat moment kwamen de oorspronkelijke doelstellingen en ambities bovendien sterk in het teken te staan van het bevorderen van de tijdigheid en finaliteit van bestuursrechtelijke procedures. Nog een fase later kwam daar de aandacht voor het sterk in opkomst zijnde elektronisch bestuurlijk verkeer bij (‘de digitale overheid’). De ambities van de Awb bleven bovendien niet beperkt tot het bestuursrecht in enge zin. Ook andere rechtsgebieden kwamen in beeld. De Awb wist belangrijke verbindingen te leggen met de andere hoofdgebieden van het recht. Op het grensvlak van het bestuursrecht en het privaatrecht en het strafrecht hebben zich de afgelopen kwart eeuw belangrijke ontwikkelingen voorgedaan. De Awb heeft op het overheidsprivaatrecht en het bestuursstrafrecht een duidelijk stempel weten te drukken, zoals blijkt uit het omarmen van de ‘gemengde rechtsleer’ (vergelijk art. 3:1 lid 2) en de regeling van de bestuurlijke boete (Titel 5.4). Een derde functioneel rechtsgebied – deels van een geheel andere orde – dat onmiskenbaar verweven raakte met de Awb, is het Europees bestuursrecht. In het licht van de doelstellingen van de Awb⁶ rijst een aantal belangrijke vragen. Heeft de Awb haar oorspronkelijke

vier hoofddoelstellingen (uniformeren, systematiseren, vereenvoudigen en codificeren) weten waar te maken? Hoe heeft de aandacht voor deze doelstellingen zich in een kwart eeuw ontwikkeld? En, last but not least: heeft de Awb haar ambities waargemaakt? Deze vragen binden de verschillende bijdragen aan de congresbundel en zij kwamen ook tijdens het congres vanuit verschillende invalshoeken ruimschoots aan bod.



Een drukbezocht symposium

Foto: André van Haasteren Fotografie

4. Grondslagen en basiskeuzes in de Awb

Een belangrijk deelthema in de congresbundel betreft de grondslagen en basiskenmerken van de Awb. Een algemene wet die de ambitie heeft als spil van een rechtsgebied te fungeren ontkomt er niet aan principiële keuzen te maken. Op het niveau van de grondslagen gaat het om fundamentele keuzen, waarbij de gemiddelde gebruiker van de Awb niet dagelijks zal stilstaan. Zo is er de vraag welke actoren tot het ‘bestuur’ moeten worden gerekend en waarom. Een vervolgvraag is in hoeverre het handelen van deze actoren dient te worden genormeerd door de bestuursrechtelijke wet. Daarnaast is er nog de vraag hoe de bestuursrechtelijke rechtsbescherming moet worden georganiseerd.

Naast het *organisatorische perspectief* en het *handelingsperspectief* – die in deze vragen liggen besloten – is er onvermijdelijk een derde invalshoek, die van de wederpartij van het bestuur, de burger (het *burgerperspectief*). Hoe en in welke gevallen is de burger in beeld met het oog op het bestuursrechtelijke proces van besturen en hoe is diens toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming geregeld? De Awb heeft hierin keuzen gemaakt die zijn terug te vinden in de definities van de begrippen bestuursorgaan, belanghebbende en besluit. De afgelopen kwart eeuw is gebleken dat deze drie dragende begrippen⁷ geen rustig bezit zijn. De hoeveelheid rechtspraak over de ‘drie b’s’ was, en is, groot en de begrippen bleken een onuitputtelijke bron voor wetenschappelijke discussies. Daaruit blijkt dat, ook al is de Awb een systeemwet, dit niet betekent dat de grondslagen van deze wet onom-

6 Zie daarover R.J.N. Schlössels, ‘Er waren eens vier doelstellingen’, *NTB* 2010/9 (p. 49-50).

7 Zie over de begripsmatige definities van de Awb bijv. P.J.J. van Buuren, ‘Definities in de Algemene wet bestuursrecht’, in: M. Herweijer e.a. (red.), *In wederkerigheid*, Deventer: Kluwer 1997, p. 59 e.v.

streden keuzen vertegenwoordigen. Vooral de aanhoudende discussies over het besluitbegrip en de gevolgen van dit begrip voor de toegang tot de bestuursrechter laten dat zien.⁸ Wie kijkt naar de basiskeuzen van de Awb kan ook niet om de in de jaren negentig veelbesproken basisfilosofie van de wet heen: de idee van de *wederkerige rechtsbetrekking* tussen bestuur en burger. Hoewel de Awb de klassieke bestuursrechtelijke noties van wetmatigheid, bestuursbevoegdheid en specialiteit vóórderstelt, markeert deze wet op de drempel van de eenentwintigste eeuw een overgang van *klassiek-rechtsstatelijk* denken over bestuursrecht naar een meer *relationele benadering*.⁹

Tijdens het congres stond Lukas van den Berge bij deze ontwikkeling stil. Hij wierp de prikkelende vraag op of de Awb niet eigenlijk uitgaat van een achterhaald concept van besturen. De klassieke sturende en normerende rol die het bestuursrecht traditioneel wordt toebedacht zou niet meer zijn opgewassen tegen de moderne bestuurspraktijk. Vooral het vertrouwde 'besluitbegrip' zou niet meer in overeenstemming zijn met de eisen van de tijd. Binnen de complexe *netwerksamenleving* – waarin het besluitvormingsrecht is ingebed – ontstaan zwarte gaten waarin verantwoordelijkheid verdwijnt en waar rechtsbescherming tekortschiet. Volgens deze inleider zou alleen een bestuursrechtelijk stelsel van macht en tegenmacht dat breekt met het 'besluit' als alfa en omega van het bestuursrecht opgewassen zijn tegen de hedendaagse ontwikkelingen.

Anne Meuwese diende de inleider van repliek. Zij benadrukte dat de Awb na 25 jaar een instituut is. Deze wet verankert het bestuursrecht en de kracht van deze wet mag niet worden onderschat. Tijdens de discussies werd duidelijk dat het besluit zijn langste tijd niet heeft gehad. Nico Verheij stelde dat het klassieke model op veel terreinen van het bestuursrecht voldoet. Michiel Scheltema benadrukte dat de Awb bovendien nog altijd in ontwikkeling is. Er is geen sprake van een codificatie die in beton is gegoten. Tijdens de discussies werd duidelijk dat de wens om de bevoegdheid van de bestuursrechter buiten het besluitendomein te verruimen – en dit was geen verrassing – nog steeds breed wordt gedeeld.

Lukas van den Berge¹⁰

Gouvernementaliteit en rechtsbescherming: weg met het bestuursrechtelijk besluitcentrisme

De moderne overheid heeft wel iets weg van de Griekse zeegod Proteus, die voor zijn tegenstanders steeds ongrijpbaar blijft door wisselende gedaantes aan te nemen. Op soortgelijke wijze kneedt het hedendaagse bestuur zich tot de juridische vorm die het voor de gelegenheid het meest wenselijk acht.

8 Zie uit de talrijke publicaties bijv. de VAR-adviezen van Van Ommeren & Huisman, Van der Veen & De Graaf in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

9 L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

10 Mr. dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

Nu eens bedient het zich van zijn klassieke rol als centrale beslisser en verheft het zich boven zijn burgers als bureaucratische besluitenmachine. Dan weer neemt het zijn toevlucht tot meer diffuse sturings technieken en presenteert het zich als 'partner' die 'samen met burgers' maatschappelijke problemen te lijf gaat.¹¹ De Franse filosoof Foucault spreekt in dit verband wel van 'gouvernementaliteit', door Tjeenk Willink wel begrepen als 'bureaucratisch-bedrijfsmatige logica' en door Willem Witteveen aangeduid als 'beheersbaarheidsmentaliteit': de in onze tijd zo dominante bestuurspraktijk van deregulering en publiek-privaat netwerkbestuur die sterk op output en efficiëntie is gericht en ertoe neigt juridische vormen als opportuun omhulsel te hanteren.¹² Het klassieke stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is bijzonder slecht tegen die moderne bestuurspraktijk opgewassen. Om uit de problemen te komen is meer nodig dan een ad-hoc oplossing hier en een doekje voor het bloeden daar. In plaats daarvan is een nieuwe doordenking en uiteindelijk ook herziening nodig van het bestuursrechtelijke begrippenkader zelf.¹³

Het Nederlandse bestuursrecht berust van oudsher op de gedachte dat besturen in de kern bestaat uit het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen die jegens allen iets veranderen in de wereld van het recht.¹⁴ Die voorstelling van zaken past bij het klassieke beeld van publieke machtsuitoefening aan de hand van het panopticon, Bentham's ideale koepelgevangenis met het bestuur als de bewaker die ons vanuit het centrum in zijn greep houdt.¹⁵ Maar in de moderne netwerksamenleving heeft de bewaker zijn centrale positie allang verlaten en is publieke machtsuitoefening veelal ingebed in onoverzichtelijke bestuurlijke netwerken waarin een duidelijk centrum ontbreekt.¹⁶ Neem nu het Groninger gasgebouw: een bizar ingewikkelde kluwen van publieke en private actoren zonder herkenbare hiërarchie. Waar de overheid als de 'spin in het web' van de publieke ruimte nog vrij gemakkelijk kon worden aangesproken op haar pu-

11 Zie ook L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RM Themis* 2018, afl. 4, p. 124-136, met verdere verwijzingen.

12 M. Foucault, *La naissance de biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, bezorgd door F. Ewald e.a., Parijs: Gallimard 2004, p. 192. W.J. Witteveen, 'Foucault en de beheersbaarheidsmentaliteit', *Regelmaat* 2009, p. 129-134; H. Tjeenk-Willink in een hele serie jaarverslagen van de Raad van State, zo onder meer in het jaarverslag over 2010, p. 19.

13 Vgl. onder meer de recente oproep tot meer bestuursrechtelijk grondslagenonderzoek in R.J.N. Schlössels, 'Juridische jubilea en de zilveren Awb', *Gst.* 2018/164.

14 De *locus classicus* voor die voorstelling van zaken is C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201-230.

15 M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris: Gallimard 1975, p. 197 e.v.; J. Bentham, *The Panopticon Writings* (bezorgd door M. Bozovic). London: Verso 1995.

16 Vgl. P. Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, hoofdstuk 9; M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Londen: Blackwell 2000.

blieke verantwoordelijkheden, functioneren moderne bestuursnetwerken maar al te vaak als de zwarte gaten waarin die verantwoordelijkheden restloos lijken te verdwijnen.¹⁷ De Groninger gaswinningskwestie is daarvan een schrijnend voorbeeld. De bijzondere bestuursrechtelijke procedure die onlangs werd geschapen ter afwikkeling van de schade is zeker een stap in de goede richting, maar het blijft merkwaardig dat er fakkeltochten en liederen van cabaretiers voor nodig zijn geweest voordat het zover heeft kunnen komen.¹⁸



Lukas van den Berge

Foto: André van Haasteren Fotografie

Het Groninger gasgebouw is een vroege manifestatie van schijnbaar horizontaal netwerkbestuur zoals dat in de jaren tachtig en negentig op verschillende manieren zou uitgroeien tot de dominante bestuursvorm. Of het nu gaat om de ruimtelijke ordening, de zorg, het onderwijs of de wetenschap: op al deze terreinen trekt de overheid zich zogenaamd terug, het oude hiërarchische model van 'command and control' vervangend door technieken van indirecte sturing – het sturen van het sturen, aldus Foucault.¹⁹ Daarmee dringt zij des te dwingender tot het maatschappelijk domein door, maar blijft zij desalniettemin vaak onder de radar van het bestuursrecht als bijzonder inhoudelijk en procedureel juridisch regime. Anders dan vaak wordt gedacht heeft die ontwikkeling met een herwaardering van de vrije samenleving niets te maken. Juist vanachter een rookgordijn van consensualisme en samenwerking is het moderne bestuur in staat die samenleving naar de hand te zetten en tot in de haarvaten te micromanagen. 'Technologies of autonomy',

noemt de Britse socioloog Nikolas Rose dat treffend.²⁰ Of: besturen door vrijheid, zoals de Rotterdamse sociologen Willem Schinkel en Friso van Houdt het uitdrukken.²¹ Het moderne bestuur gunt zijn burgers en hun maatschappelijke organisaties een zogenaamde autonomie, maar tuigt meteen ook een fijnmazig stelsel van benchmarks, prestatieafspraken en financiële prikkels op dat gemakkelijk voorspelbaar maakt hoe zij van hun georkestreerde vrijheid gebruik zullen maken. Het keukentafel managerialisme in het vernieuwde sociaal domein, de DBC terreur in de zorg en de bureaucratisch-bedrijfsmatige logica die het moderne universitaire leven beheerst zijn daarvan nog maar enkele voorbeelden.²²

Hoe zou nu vorm kunnen worden gegeven aan een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat tegen het moderne veelvormige en vaak of afstand opererende bestuur het juiste weerwerk biedt? Een bestuursrechtelijke theorie die het wezen van bestuurlijke machtsuitoefening blijft zoeken in de eenzijdige vaststelling van andermans rechtspositie valt niet in overeenstemming te brengen met een praktijk van 'het sturen van het sturen' waarin de macht van het bestuur zich grotendeels op meer verholde wijze laat gelden. De memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht benadrukt het 'in hoofdzaak codificerend en harmoniserend karakter' van de wet; een op 'fundamentele en dogmatische beschouwingen' berustende visie werd gezien als een olifant die het uitzicht belemmert.²³ Op die manier kon het gebeuren dat een tweeslachtig stelsel vorm kreeg dat enerzijds uitgaat van een op ongeschreven beginselen gefundeerde rechtsbetrekking tussen bestuur en burger en anderzijds vasthoudt aan het besluitbegrip als het alfa en omega van het bestuursrechtelijk geding.²⁴ Met de opkomst van de netwerksamenleving kunnen we ons een dergelijke pragmatische behoudzucht niet langer veroorloven. Niet het nemen van besluiten, maar de uitoefening van bestuursmacht – in welke vorm ook – is de kern

17 De wijze waarop genetwerkte bestuursmacht zich onzichtbaar pleegt te maken is fraai geanalyseerd in: W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015, hoofdstukken 2, 3 en 4, alsmede in: J.S. Davies, *Challenging Network Governance: From Networks to Hegemony*, Bristol: Policy Press 2011.

18 Zie ook L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming: Groninger gas, sociaal domein en de ongreepbare overheid', *NJB* 2018/820, met verdere verwijzingen.

19 M. Foucault, 'Le sujet et le pouvoir', in: *Dits et écrits IV*, Parijs: Gallimard 1994, p. 237: 'L'exercice de pouvoir consiste à 'conduire des conduites' et à aménager la probabilité.'

20 N. Rose, *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self*, Londen: Routledge 1999 [1989], p. 244 e.v.

21 W. Schinkel & J.F. van Houdt, 'Besturen door vrijheid. Neoliberaal communarisme en de verantwoordelijke burger', *Bestuurskunde* 2010, p. 12-21.

22 Zie voor de uitdagingen waarmee privatisering en deregulering het Nederlandse bestuursrecht confronteren onder meer de onder het thema 'ontstating' gerubriceerde bijdragen in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

23 *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3*, p. 11. Vgl. M. Rutte, 'Nederland bij de tijd brengen: verandering én zekerheid', *H.J. Schoolezing 2013*, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl: 'Laat ik [...] allereerst de olifant die daar in de hoek staat een hand geven. U hebt hem vast ook zien staan. 'VISIE', staat er in hoofdletters op. [...] Een land, een samenleving past niet in een mal. Waar ik wel in geloof is visie als perspectief voor mensen.'

24 Vgl. o.a. M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 411-429.

van het besturen. Alleen een bestuursrechtelijk stelsel van macht en tegenmacht dat zulks onderkent is zelf wendbaar genoeg om tegen het moderne proteïsche overheidswezen opgewassen te zijn.

Anne Meuwese²⁵

De ambitie van de Awb-gemeenschap

In zijn bijdrage aan de bundel '25 jaar Awb' schrijft Lukas van den Berge dat het "typerend [is] voor het Nederlandse bestuursrecht dat het disfunctioneren van het bestuursbesluit als centraal object van het bestuursrechtelijk geding tot op de dag van vandaag geen reden is geweest het stelsel op dit punt in fundamentele zin te herzien".²⁶ Hij wijst erop dat "stelselwijzigingen in het Nederlandse bestuursrecht [...] al sinds jaar en dag uit de koker van verdeelde commissies waarvan de leden hun verschillen van inzicht plegen te maskeren in dikke rapporten die moeizame compromissen bevatten of controversiële kwesties geheel uit de weg gaan"²⁷ komen. Uit dit citaat spreekt een zeker pessimisme ten aanzien van de hervormingsgezindheid van de 'Awb-gemeenschap'. Hier zou ik een dosis optimisme tegenover willen zetten, die gepaard gaat met een bepaalde interpretatie van het verhaal van de Awb tot nu toe.

Mijn stelling luidt dat het succes van de Awb ons als gemeenschap juist het vertrouwen heeft gegeven buiten de gebaande paden te denken. De huidige discussies over een hardheidsclausule²⁸ en een vergisrecht²⁹ zijn illustratief voor een verschuiving in het ambitieniveau dat wij collectief voor ogen hebben voor de Awb. We zouden het een volgende stap in "de emancipatie van het bestuursrecht"³⁰ kunnen noemen. Hoe dan ook, er hangt wel degelijk hervormingsgezindheid in de lucht.

Is de Awb inderdaad een succes? De redacteuren van de bundel '25 jaar Awb' concluderen dat "de Awb in het licht van haar doelstellingen een geslaagde wet is. De Awb stond aan de wieg van de 'groei en bloei' van het algemeen deel van het bestuursrecht, heeft het bestuursrecht weten te binden en de autonomie van dit rechtsgebied sterk bevorderd. De aandacht voor het algemeen deel is in een kwart eeuw tijd tot volle wasdom gekomen."³¹

Na 25 jaar is de Awb een 'instituut'. Wanneer is nu, in algemene zin, een instituut een succes? Er wordt wel eens gezegd dat dit het geval is als het zichzelf overbodig heeft weten te maken. De normen die het instituut moest promoten, zijn gaandeweg ook de sociale normen geworden. Het tegenovergestelde ligt echter ook voor de hand: je bent als instituut een succes als niemand meer om je heen kan. Voor de Awb is allebei een beetje waar. We zijn zo aan haar gewend geraakt dat we sommige bepalingen, vooral de definitiebepalingen, onderhand eigenlijk wel zou kunnen missen. Tegelijkertijd heeft de Awb ook dermate groot gezag, dat een afwijkende oplossing in bijzondere wetten stevig beargumenteerd moet worden. Ik zou willen betogen dat we hiermee de juiste voedingsbodem te pakken hebben voor een nieuw, hoger ambitieniveau dan oorspronkelijk gehanteerd is.

Dat oorspronkelijke ambitieniveau kan vandaag de dag op behoorlijk wat kritiek rekenen. Van regeringscommissaris Scheltema is bekend dat hij het betreurt dat de doeleinden destijds wat beperkt zijn gehouden.³² Misschien was het echter achteraf gezien juist wel een slimme strategie, zoals Peter van Lochem in zijn bijdrage ook suggereert:³³ de bewuste vaagheid van de Awb-doelstellingen heeft de ruimte geschapen om een dergelijk wetgevingsmonument mogelijk te maken. De (ondragelijke?) lichtheid van de oorspronkelijke ambities heeft een organische ontwikkeling in de hand gewerkt. In strategische termen: eerst zorg je dat je een positie verwerft en als je onmisbaar bent geworden, pak je door.

25 Prof. dr. A.C.M. Meuwese is hoogleraar Europees en vergelijkend publiekrecht aan de Tilburg Law School.

26 L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 11.

27 Ibid.

28 M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018/3, p. 121-132.

29 Zie de bijdrage van Willem Konijnenbelt aan de bundel '25 jaar Awb', voor meer informatie over het in Frankrijk geïntroduceerde 'recht op herstel van een vergissing': W. Konijnenbelt, 'De Franse Awb-II. De Code des relations entre le public et l'administration, 499-510', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 508.

30 J.A.F. Peters, 'Verbonden begrippen. Over de verhouding tussen de subject-begrippen bestuursorgaan en rechtspersoon', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 269; G. Jurgens, 'De rol van de wetgever in de concurrentie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 296.

31 T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. XI.

32 M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', *NJB* 2015/814.

33 P. van Lochem, 'Codificatie en andere doelstellingen. Over de houdbaarheid van de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 82.



Anne Meuwese

Foto: André van Haasteren Fotografie

Binnen deze optimistische benadering van de ontwikkeling van de Awb past het om, zoals de redacteurs van de bundel doen, het als een verworvenheid van de Awb te duiden dat de relationele benadering van het bestuursrecht nu stevig voet aan de grond heeft gekregen. Ondanks én dankzij haar eclectische maar overwegend rechtsstatelijke wortels, is er nu juist ruimte om verder te kijken dan de bekende vier oorspronkelijke hoofddoelstellingen (uniformeren, systematiseren, vereenvoudigen en codificeren) en ons te richten op verbetering van de betrekkingen tussen burger en overheid. Daarnaast zou de Awb wel eens het product kunnen zijn van wat Cass Sunstein een *“incompletely theorized agreement”* noemt.³⁴ Het is vaak moeilijker om op het niveau van grondslagen overeenstemming te bereiken, dan op het niveau van concrete oplossingen. Als je bijvoorbeeld de discussie over een algemene hardheidsclausule in het teken zet van responsiviteit versus rechtsstatelijkheid, kom je er niet verder mee. Wellicht wel, als je als club creatieve juristen aan het knutselen gaat met de vormgeving van een dergelijke clausule. Iets vergelijkbaars is aan de hand met het debat over het loslaten van het besluitbegrip: ik denk dat Scheltema en Brenninkmeijer allebei voorstander zijn, maar vanuit een heel ander overheidsbeeld.

Dit betekent niet dat we het grondslagendebat uit de weg moeten gaan, maar eerder dat we niet bang moeten zijn voor een beetje innerlijke tegenstrijdigheid; daar zijn we publiekrechtjuristen voor. Anders gezegd: je kunt de houding van de Awb-gemeenschap ten aanzien van herzieningen ‘tweeslachtig’ noemen, of je kunt het duiden als dat beetje wrijving dat nodig is om met een robuuste oplossing voor de dag te komen. Enige tegenstrijdigheid valt overigens ook waar te nemen in de eigentijdse Awb-ambities zoals die spreken uit de bundel. Zo verdraagt het realistische

burgerbeeld dat Leo Damen voorstaat³⁵ zich slecht met de door Jaap Polak geformuleerde ambitie dat wie de Awb leest ons bestuursrecht kan kennen...³⁶ Maar terug naar de hoofddoelstelling van de Awb. De herformulering daarvan die Michiel Scheltema al eens heeft voorgesteld, namelijk: ‘het bieden van een eigentijds bestuursrechtelijk kader voor effectief bestuur op basis van de waarden van de rechtsstaat’ wordt denk ik breed gedeeld en past goed bij het pragmatisch idealisme dat ons als Awb-gemeenschap bindt.

Nog iets over die ‘Awb-gemeenschap’, waarvan ik toegeef dat ik deze in dit stuk misschien iets teveel als eensgezind afschilder. Ik draai nog geen 25 jaar mee, maar mij dunkt dat deze toch flink gegroeid én verbreed is in de afgelopen kwart eeuw. Nog afgezien van het grote aantal belangstellenden voor het verjaardagscongres op 8 februari 2019, viel de relatieve diversiteit aan achtergronden op: behalve bestuursrechtjuristen *pur sang* waren ook collega’s vanuit bijvoorbeeld de rechtstheorie en het staatsrecht aanwezig.

Dankzij haar succes als codificatie-instrument is de Awb zelf ook een reguleringsinstrument geworden. En ieder reguleringsidee heeft zijn tijd. Van het rookverbod geloofde twintig, dertig jaar geleden ook niemand dat het er zou komen, laat staan dat het zou kunnen werken. Ik denk dat de analogie met de wat wildere hervormingsvoorstellen die nu de ronde doen wel eens zou kunnen opgaan. Onderschat de maturiteit en creativiteit van de Awb-gemeenschap en de rol van die degelijke Awb bij de ontwikkeling van deze eigenschappen niet. Anders dan Lukas van den Berge betoogt, is een radicale breuk met die Awb-mechanismen waarvan gaandeweg een consensus is ontstaan dat deze meer knellen dan helpen, niet nodig. De ‘pragmatische voorzichtigheid’ die de Awb-gemeenschap kenmerkt, moeten we juist omarmen, omdat die ons kan helpen de Awb aan te passen aan het ambitieniveau dat de samenleving een kwart eeuw na dato nodig heeft.

5. Coherentie en concurrentie met de Awb

Van een wet als de Awb mag worden verwacht dat zij de cohesie van het bestuursrecht bewaakt en aanhoudend bevordert. De Awb zou op dit punt niet alleen volgend moeten zijn maar ook initiërend. Dit is echter geen eenvoudige opgave. Naast de Awb staat immers het versnipperde bijzonder deel van bestuursrecht met vaak een eigen rechts-

34 C.R. Sunstein, ‘Incompletely Theorized Agreements’, *Harvard Law Review* 1995, 108, p. 1733.

35 L.J.A. Damen, ‘Van Awbmens naar responsieve burger?’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 121.

36 J.E.M. Polak, ‘Rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het algemeen. Bestuursrecht, in bestuursrechtspraak en wetgeving’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 67.

cultuur. Omdat de Awb geen omvattend wetboek van bestuursrecht is, blijft de relatie tussen deze systeemwet en de andere bestuursrechtelijke wettenfamilies ingewikkeld en gevoelig.³⁷ De Awb moet als wet in formele zin – zoals vele andere – voortdurend haar regiefunctie verdedigen en waarmaken.

De wetgeving op de deelgebieden van het bestuursrecht kan concurreren met het algemeenheidsstreven van de Awb. Zo genereert de fiscale wetgeving, het omgevingsrecht, het sociale domein en het vreemdelingenrecht zijn eigen dynamiek. Soms ziet de wetgever de bijzondere delen als een proeftuin voor de Awb. Voordat bepaalde procedurele vernieuwingen in de Awb worden opgenomen, worden ze eerst beproefd in een bijzondere regeling. Dit is begrijpelijk, maar kan wel interfereren met de idee dat de Awb 'leidend' behoort te zijn. De thematiek van cohesie versus concurrentie kwam tijdens het congres indringend aan bod. Daan Korsse gooide als inleider als eerste olie op het vuur. Vanuit de problematiek van de complexe besluitvorming in het omgevingsrecht hield hij een vlammend pleidooi om het omgevingsrecht (verder) te vereenvoudigen door af te wijken van de Awb. Korsse betrok de stelling dat juist het besluitvormingsrecht van de algemene wet een verdere vereenvoudiging in de weg staat. De Awb zou door uit te gaan van besluitmomenten leiden tot versnippering van rechtsbescherming en verlies van rechtszekerheid.

Een stevig tegengeluid kwam van Hans Besselink. Hij hield de aanwezigen voor dat de problematiek van het afwijken van de Awb op veel meer terreinen speelt. Afwijkingen presenteerde hij als schaduwzijden en zijn pleidooi was gericht op minder uitzonderingen. Zo wees hij op de problematiek van een (zekere) wildgroei aan coördinatieprocedures. Besselink liet zijn licht vervolgens schijnen over het spanningsveld tussen de instrumentele bijzondere delen en de normerende Awb. Deze laatste wet heeft een compenserende functie door systematiek te bieden. Een probleem dat echter om aandacht en oplossingen vraag betreft de aan het besluitmodel gekoppelde leer van de formele rechtskracht. Hoewel hier strikt genomen een zijweg werd ingeslagen wist deze thematiek op 8 februari 2019 – zoals zo vaak – diverse tongen los te maken. De roep om meer nuanceringen en durf van de rechter was duidelijk hoorbaar. Overigens werd vastgesteld dat het leerstuk van de formele rechtskracht in het voorjaar van 2019 uitvoerig aan bod komt tijdens de jaarvergadering van de vereniging voor bestuursrecht (VAR).

Scheltema bracht de zaal weer bij de les en betrok de stelling dat de Awb het omgevingsrecht juist minder complex heeft gemaakt, onder meer doordat verschillende voorbereidingsprocedures inmiddels zijn geïntegreerd. Hij benadrukte dat in de sfeer van de rechtsbescherming nog steeds verbeteringen noodzakelijk zijn. In dit verband wees hij nogmaals op het ontbreken van een rechtstreekse mogelijkheid van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Hij ziet dit als een serieus gemis.

37 Vgl. bijv. C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 7 e.v.

D. Korsse³⁸

De rol van de Awb bij complexe besluitvorming in het omgevingsrecht

1. Inleiding

In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 december 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:2546) is het hoger beroep aan de orde van een appellante die is opgekomen tegen de intrekking van haar ligplaatsvergunning. Tijdens de bezwaarprocedure over het intrekkingbesluit wordt aan een derde een vergunning verleend voor de ligplaats waarop de ingetrokken vergunning betrekking had. Tegen die nieuwe vergunning heeft appellante geen beroep ingesteld. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank terecht het standpunt heeft ingenomen dat zij daarom geen procesbelang meer heeft en houdt de niet-ontvankelijkheid in stand. Deze uitspraak is een vrij eenvoudig voorbeeld van 'complexe besluitvorming', een kwaal waar het omgevingsrecht al lange tijd aan lijdt. In zijn preadvies voor de VAR in 1998 schreef Stroink dat sprake is van complexe besluitvorming als:

“er in een bepaald geval meer dan één besluit nodig is om een maatschappelijke activiteit te kunnen verrichten. De kans is dan groot dat de besluitvorming voor verschillende besluiten verschillend is geregeld, dat er verschillende bestuursorganen bevoegd zijn en dat de rechtsbescherming anders is geregeld.”

In dit stuk zal ik iets zeggen over de rol van de Awb bij het bestrijden van deze complexiteit. Daar is ook een bijdrage van Collignon, Ten Veen en Schmidt over opgenomen in de bundel *25 jaar Awb*. In die bijdrage wordt kort gezegd betoogd dat de complexiteit van het omgevingsrecht kan worden gereduceerd door meer aansluiting te zoeken bij de Awb. Ik zal hier het tegenovergestelde standpunt innemen. Ik zal verdedigen dat de complexiteit in het omgevingsrecht alleen kan worden bestreden door afstand te nemen van de koppeling die in de systematiek van de Awb is aangelegd tussen de waarborgfunctie van het bestuursrecht en het besluitbegrip.

2. De legitimerende functie en waarborgfunctie van het omgevingsrecht

De problematiek van de complexe besluitvorming in het omgevingsrecht kan goed inzichtelijk worden gemaakt door het rechtsgebied achtereenvolgens te bezien vanuit de legitimerende functie en de waarborgfunctie die het moet vervullen.

Met het oog op het legaliteitsbeginsel en de legitimerende functie van het bestuursrecht is het logisch

38 Mr. dr. D. Korsse is advocaat bij Van der Feltz Advocaten in Den Haag.

dat in het omgevingsrecht sprake is van complexe besluitvorming. Bij activiteiten in de fysieke leefomgeving zijn nu eenmaal tal van belangen betrokken die bemoeienis van de overheid rechtvaardigen. Sprekende voorbeelden zijn de belangen van de ruimtelijke ordening, het milieu en de natuur. Iedere overheidsbemoeienis vereist een uitdrukkelijke wettelijke grondslag met een specifieke inhoudelijke normering. Dat leidt tot een onoverzichtelijk geheel van bestuursorganen, normstelling en beleidsvoering dat zich bezighoudt met de vraag welke activiteiten onder welke omstandigheden mogen worden verricht.

Bezien vanuit de waarborgfunctie van het bestuursrecht is dit allemaal een stuk minder logisch. Ik spreek hier bewust van 'waarborgfunctie' en niet van 'rechtsbescherming', omdat het niet alleen gaat om toegang tot de bestuursrechter, maar ook om (het aanvragen van) bestuursrechtelijke toestemming om een bepaalde activiteit te verrichten. Daarbij kan worden gedacht aan een vergunning of een ontheffing. Vanuit de optiek van de waarborgfunctie doen zich in ieder geval twee problemen voor bij de complexe besluitvorming in het omgevingsrecht.

Ten eerste komt de waarborgfunctie van het omgevingsrecht in het geding, omdat in de systematiek van de Awb ten onrechte wordt verondersteld dat de burger die een activiteit in de fysieke leefomgeving wil ontplooiën of juist wil tegenhouden, het complexe geheel van omgevingsrechtelijke bevoegdheden, beleidsvoering en bevoegde gezagen kan overzien. Die veronderstelling vloeit voort uit het feit dat de waarborgfunctie in de systematiek van de Awb is gekoppeld aan individuele besluiten, terwijl de rechtspositie van de burger (die bij de waarborgfunctie centraal staat) bij complexe besluitvorming nu juist door meerdere besluiten wordt bepaald.

De casus van de ingetrokken ligplaatsvergunning laat goed zien dat de burger helemaal niet in staat is om de complexiteit van het omgevingsrecht te overzien. De appellante gaat de mist in omdat zij niet tegen twee, maar slechts tegen één besluit beroep aantekent. Haar rechtsbescherming wordt daardoor uitgehold. Dit terwijl het iedereen duidelijk zal zijn waar het haar feitelijk om te doen is, namelijk dat de ligplaats in kwestie aan haar wordt toegewezen en niet aan iemand anders. Dat leidt tot de vraag die ook Damen in de bundel *25 jaar Awb* opwerpt, namelijk of er niet een nieuw, realistischer burgerbeeld voor de Awb moet komen.

Ten tweede doet zich bij de complexe besluitvorming in het omgevingsrecht het probleem voor dat de burger op tamelijk willekeurige momenten toegang heeft tot de bestuursrechter en op andere, meer voor de hand liggende momenten juist niet. Ook dat probleem wordt veroorzaakt door de koppeling die in de Awb is aangelegd tussen bestuursrechtelijke rechtsbescherming en het besluitbegrip. Het komt bijvoorbeeld vaak voor dat doorslaggevende keuzes over de

toelaatbaarheid van activiteiten of ontwikkelingen in een algemeen verbindend voorschrift worden gegoten, zodat die keuzes pas op een later moment en slechts bij wijze van exceptie door de bestuursrechter kunnen worden getoetst.

In de bundel *25 jaar Awb* wijzen verschillende auteurs op deze problematiek. Huisman meent dat de doorslaggevende betekenis van het besluitbegrip leidt tot een te beperkte toegang tot de bestuursrechter. Schueler noemt zelfs terloops dat het systeem van de Awb door de wetgever wordt gebruikt om te scherpen tegen beroepsmogelijkheden.



Daan Korsse

Foto: André van Haasteren Fotografie

Beide problemen – de onoverzichtelijkheid van de complexe besluitvorming en de tamelijk willekeurige momenten waarop het omgevingsrecht de burger waarborgen biedt – worden veroorzaakt door de koppeling die in de Awb wordt aangelegd tussen waarborgfunctie en besluiten. Deze constatering is op zichzelf niet nieuw. Ik wijs bijvoorbeeld op het preadvies van Van Ommeren en Huisman voor de VAR uit 2013 (waarin de problematiek overigens in verband wordt gebracht met ketenbesluitvorming en niet zo zeer met complexe besluitvorming).

3. Oplossingen voor complexe besluitvorming in het omgevingsrecht

Gelet op de zojuist geschetste problematiek is het niet verwonderlijk dat de pogingen die de wetgever onderneemt om het omgevingsrecht te vereenvoudigen vaak resulteren in specifieke, omgevingsrechtelijke procedurebepalingen waarmee de koppeling tussen het besluitbegrip en de waarborgfunctie wordt aangepast. Zonder uitpuittend te willen zijn, noem ik twee voorbeelden.

In de eerste plaats kan de figuur van de omgevingsvergunning worden genoemd. De omgevingsvergunning is in essentie een vorm van formele integratie, waarbij verschillende beschikkingen worden gebundeld in één besluit. Die bundeling is bedoeld om de

vergunningprocedure voor de burger eenvoudiger te maken. Er kan dan namelijk worden volstaan met het indienen van één aanvraag bij één loket, die leidt tot één beschikking waartegen één beroepsmogelijkheid openstaat.

In de tweede plaats kan worden gewezen op het bestemmingsplan. Een dergelijk plan is een algemeen verbindend voorschrift, waartegen in de systematiek van de Awb geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter zou openstaan. Voor het bestemmingsplan is echter een uitzondering gemaakt. Er kan beroep tegen worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De reden hiervoor is dat het bestemmingsplan van grote invloed is op de rechtspositie van de individuele burger. Het aantal voorbeelden kan eenvoudig worden uitgebreid. Ze illustreren dat om het omgevingsrecht te vereenvoudigen, de wetgever zich genoodzaakt ziet om afstand te nemen van de algemene systematiek van de Awb. Gelet op de waarborgfunctie die het omgevingsrecht moet vervullen, lijkt mij dat ook logisch en onvermijdelijk te zijn.

4. Een stapje verder?

Naar mijn mening kan zelfs de vraag worden gesteld of er niet een stapje verder moet worden gegaan. Als de koppeling tussen het besluitbegrip en de waarborgfunctie een belangrijke oorzaak is van de complexiteit van het omgevingsrecht, waarom wordt die koppeling dan eigenlijk in stand gehouden? Zou die complexiteit niet beter bestreden kunnen worden door de koppeling los te laten?

Zo kom ik – via een iets andere route – uit bij dezelfde vraag die Van den Berge al stelt in de eerste bijdrage van de bundel *25 jaar Awb*, namelijk waarom het bestuursbesluit eigenlijk geldt als de 'kern' van de omgevingsrechtelijke machtsuitoefening. Kunnen wij het voor appellanten als de mevrouw die opkwam tegen de intrekking van haar ligplaatsvergunning niet veel begrijpelijker én rechtvaardiger maken als dat begrip wordt losgelaten?

*Hans Besselink*³⁹

Het omgevingsrecht is niet bijzonder

Het omgevingsrecht kent eigen voorbereidingsprocedures, eigen coördinatieprocedures en eigen inwerkingtredingsregels. In de nieuwe Omgevingswet wordt dat allemaal een heel klein beetje minder, maar nog steeds blijven de afwijkingen fors. Is het omgevingsrecht zo bijzonder, dat die afwijkingen gerechtvaardigd zijn?

Daan Korsse vindt van wel, omdat het gaat om complexe besluitvorming waarbij veelal meerdere tegengestelde belangen spelen, en vaak ook meerdere bestuursorganen een rol spelen. Op zichzelf is dat waar, maar dat geldt voor (veel) meer terreinen in het bestuursrecht. Ook daar kunnen meer partijen bij betrokken zijn, en ook daar kunnen de belangen groot zijn. Het voorbeeld dat hij noemt, van de ligplaatshoudster, die geen procesbelang heeft bij de intrekking van haar vergunning omdat er inmiddels al een vergunning aan een ander is verleend, is schrijnend, maar zou zich ook op andere terreinen van het bestuursrecht kunnen voordoen. En daar kan, met de reguliere bepalingen van de Awb, vaak ook wel een oplossing worden gevonden. Overigens begrijp ik uit de genoemde uitspraak dat de rechter die concrete zaak ook nadrukkelijk is nagegaan of appellante niet per ongeluk had verzuimd geen beroep in te stellen tegen de verlening van een vergunning aan een ander. Uit de uitspraak bleek dat daar geen sprake van was: zij wilde geen beroep instellen tegen dat besluit en realiseerde zich dat dit gevolgen kon hebben voor haar eigen beroepsprocedure tegen de intrekking van haar vergunning. (ECLI:NL:RVS:2013:2546)

Het 'reguliere' bestuursprocesrecht kent wat mij betreft dus voldoende mogelijkheden om ongewilde consequenties te voorkomen.

En volgens mij is het dan ook geen oplossing om specifiek voor het omgevingsrecht allerlei bijzondere procesrechtelijke bepalingen in de wet op te nemen. Juist door de afwijkende regels in het omgevingsrecht wordt het gecompliceerd.

Is het werkelijk noodzakelijk om voor omgevingsrechtelijke zaken te bepalen dat binnen de beroepstermijn alle beroepsgronden moeten zijn aangevoerd, is het nodig om voor bepaalde omgevingsvergunningen wettelijk te verbieden dat de procedure van afdeling 3.4 van de Awb wordt gevolgd en is het nodig om een eigen coördinatieprocedure te hebben, waarbij binnen het omgevingsrecht ook nog eens verschillende coördinatieprocedures zijn?

Daardoor raakt de ligplaatshouder, en hij niet alleen, het spoor alleen maar meer bijster. Wat mij betreft moeten wij dus niet naar meer bijzondere regelingen voor het omgevingsrecht, maar juist naar minder. Deels zijn afwijkende regels onvermijdelijk – soms maken Europeesrechtelijke verplichtingen extra inspraak noodzakelijk – en ook de van oudsher bestaande mogelijkheid om tegen een bestemmingsplan beroep in te stellen, zou ik niet onmiddellijk willen afschaffen.

Een bestemmingsplan is eigenlijk ook een soort verordening, en bevat algemeen werkende normen. Toch maakt de Wro een uitzondering op de in art. 8:3 van

39 Mr. H.J.M. Besselink is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn Advocaten en Notarissen.

de Awb opgenomen uitsluiting van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften.

Daar zijn altijd goede redenen voor geweest, de functies en beperkingen die bestemmingsplannen ten aanzien van percelen bevatten, zijn veelal locatiespecifiek en beperken de gebruiksmogelijkheden van die percelen, zodat daartegen – zo wordt algemeen aangenomen – rechtsbescherming bij de bestuursrechter moet openstaan.

De Afdeling bestuursrechtspraak toetst de bestemmingsplannen dan ook als elk ander besluit, feitelijk als een bundel beschikkingen.

Niettemin wringt die expliciete uitzondering voor bestemmingsplannen wel. En dat wordt alleen maar erger. Vooruitlopend op inwerkingtreding van de nieuwe Omgevingswet kent de Crisis- en herstelwet tegenwoordig al zogenaamde ‘bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte’. Dat zijn heel globale bestemmingsplannen waarin alleen de kaders worden aangegeven waarbinnen initiatieven vanuit de markt tot ontwikkeling kunnen komen. Daarbij worden algemene regels gesteld, niet alleen met het oog op de ruimtelijke ordening, maar ook op het waarborgen van gezondheid, milieu, duurzaamheid en natuurbescherming e.d. In de regels van zo'n plan zijn allerlei gebods- en verbodsbepalingen opgenomen. De regels van zo'n plan lijken niet meer op bestemmingsplanregels maar zien er feitelijk uit als elke andere verordening. En toch zijn ook deze globale plannen voor beroep vatbaar.



Hans Besselink

Foto: André van Haasteren Fotografie

Hoe moet een rechter een dergelijk plan toetsen: op ‘oude’ indringende bestemmingsplanmanier, of juist meer globaal, waarbij zo nodig bij het verlenen van omgevingsvergunningen de bestemmingsplanbepalingen exceptief worden getoetst? Wat mij betreft dat laatste: pas bij de concrete toepassing van de regels

kan immers de concrete uitwerking van die regels worden overzien.

Het gaat ook steeds meer klemmen dat bestemmingsplannen wel vatbaar zijn voor beroep, maar andere ruimtelijke regels niet, terwijl die vaak minstens zo ver ingrijpen in het toegestane gebruik van een perceel.

De gemeenteraden zijn immers niet de enige die regels over de ruimtelijke ordening stellen, het rijk en de provincies doen dat ook. Die regels worden vastgelegd in een AMvB (het Barro) en in provinciale verordeningen. Die algemene regels zijn veelal heel concreet over wat er al dan niet is toegelaten op een bepaald perceel. Voor die algemene regels geldt echter niet de uitzondering dat daartegen beroep kan worden ingesteld. En dat leidt tot merkwaardige verschillen.

In veel verordeningen is bijvoorbeeld een absoluut verbod op nieuwvestiging en uitbreiding van intensieve veehouderijen in bepaalde gebieden opgenomen of er worden gedetailleerde voorwaarden aan uitbreiding gesteld. De gemeenteraad moet die verordening in acht nemen, en kan bij het vaststellen van zo'n bestemmingsplan daar niet van afwijken.

Bij de rechterlijke toetsing van het bestemmingsplan kan de gemeenteraad dus niets worden verweten. Weliswaar kan de provinciale regeling exceptief worden getoetst maar die exceptieve toetsing houdt nog steeds niet veel meer in dan dat wordt vastgesteld of er al dan niet sprake is van een provinciaal belang. Er zijn in de jurisprudentie niet of nauwelijks voorbeelden aan te wijzen waarbij de Afdeling bepalingen van een provinciale verordening onverbindend heeft verklaard of buiten toepassing heeft gelaten.

Dat zou kunnen worden opgelost door het openstellen van beroep tegen alle algemeen verbindende voorschriften. Daar wordt al veel langer voor gepleit, en bij de Jaarvergadering van de VAR in 2017 was ook een grote meerderheid voor het verruimen van deze mogelijkheden.

Daar valt inderdaad veel voor te zeggen maar daarbij moeten wij ons wel realiseren dat dit in een concreet geschil in het omgevingsrecht tot een stapeling van procedures kan leiden.

Eerst beroep tegen de provinciale verordening, vervolgens beroep tegen het gemeentelijke bestemmingsplan (met daarbij een exceptieve toetsing van de verordening waarop dat bestemmingsplan is gebaseerd) en vervolgens wordt dan voor een concreet bouwplan een omgevingsvergunning verleend, waarbij in beroep die omgevingsvergunning wordt getoetst en ook weer een exceptieve toetsing van het bestemmingsplan mogelijk is.

Moeten we dat willen? En moet een individuele ligplaatshouder al die achtereenvolgende procedures volgen om de kans op een inhoudelijke toetsing van zijn belang niet te verspelen? Dan komt de waarborgfunctie van het bestuursrecht pas echt in gevaar.

Als er beroep zou moeten worden opengesteld tegen algemeen verbindende voorschriften, zou wat mij betreft dan ook moeten gelden dat de rechterlijke toetsing daarvan zich zou moeten laten leiden door het detailniveau van de regeling. Dus: hoe globaler het algemeen verbindende voorschrift, hoe terughoudender de toetsing. Dat zou dan ook moeten gelden voor globale bestemmingsplannen.

De concrete uitwerking van dat algemeen verbindend voorschrift of dat bestemmingsplan kan dan aan de orde komen bij de concrete toepassing daarvan. Als alle relevante feiten, omstandigheden en consequenties bekend zijn van de regel bekend zijn kan er pas echt getoetst worden, en dat zou dan een veel indringender exceptieve toetsing moeten zijn, dan tot dusver het geval is.

Dat kan (na het schrappen van art. 8:3 van de Awb) allemaal binnen de huidige systematiek van de Awb, en daarvoor is het volgens mij niet nodig (ook) het besluitbegrip los te laten.

6. Internationale invloed op de rol van de Awb

Tijdens het symposium kreeg de internationalisering van het 'algemeen deel' volop aandacht. Dit thema is overigens beduidend ruimer dan de aandacht die vanzelfsprekend uitgaat naar de verwevenheid van het algemeen bestuursrecht – waaronder het rechtsbeschermingsrecht – met leerstukken van Unierecht en EVRM-recht. Deze verwevenheid krijgt terecht veel aandacht. Eenheid en coherentie moeten voortdurend worden bewaakt.⁴⁰ In het verlengde van het deelthema 'coherentie en concurrentie' dient zich echter ook onvermijdelijk de vraag aan wat de positie van de Awb op de langere termijn zal zijn. Is er binnen de Europese rechtsorde en een Europeaniserend algemeen bestuursrecht⁴¹ nog een toekomst voor een nationale algemene bestuurswet? Of is te verwachten dat de komende kwart eeuw een Unierechtelijke codificatie ontstaat die de maat zal zijn voor de nationale bestuursrechtelijke rechtsorden?

Wie verder opschaalt, wordt geconfronteerd met een opkomend denken over 'internationaal bestuursrecht' dat zich niet alleen los van de nationale staten, maar zich ook los van het Unierecht ontwikkelt.⁴² Dit is een buitengewoon belangrijke ontwikkeling waarop de Awb zal moeten reageren. Tijdens de inleiding, het referaat en de daaropvolgende discussie

met de aanwezigen lag echter de nadruk op de invloed van het Unierecht op het nationale bestuursrecht en in het bijzonder op de Awb. De aandacht werd vooral gericht op de invloed van de algemene beginselen van Unierecht en op het recht betreffende behoorlijk bestuur dat (onder meer) is neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (art. 41).

In een mooie bijdrage analyseerde Jasper Krommendijk de invloed van een aantal Unierechtelijke beginselen op het nationale bestuursrecht. Een wat verassende en (voor sommigen) misschien teleurstellende conclusie was dat de directe invloed van het Unierechtelijke beginselrecht op de nationale beginselen (van behoorlijk bestuur) voornamelijk bescheiden is. Enkele beginselen trekken volgens Krommendijk de aandacht. Zo wees de inleider op de invloed van het verdedigingsbeginsel en het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel. Deze twee beginselen leggen in het nationale domein (soms) andere accenten in de sfeer van het bewerkstelligen van een zorgvuldige besluitvorming ('hoor en wederhoor' i.p.v. slechts 'horen') en het beschermen van gerechtvaardigd vertrouwen (het strenge nationale vertrouwensbeginsel moet een enkele keer plaatsmaken voor de nog strengere Unierechtelijke variant).

Krommendijk wees verder op de invloed die het evenredigheidsbeginsel uitoefent op de manier waarop de nationale rechter discretie toetst. Er lijkt namelijk meer en meer aandacht te zijn voor de gestructureerde doel-middeltoets die de rechter duidelijk houvast biedt om de intensiteit van toetsing in voorkomende gevallen aan te scherpen. Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel inspireert de nationale rechter en het gaat dus niet alleen om een intensivering van de toetsing op de terreinen waar het Unierecht dit vereist (bijv. bij de beperking van Unierechtelijke vrijheden). Krommendijk pleitte om meer aandacht te besteden aan het Unierechtelijke beginselrecht en hier vooral inspiratie uit te putten.

Ook referent Hanna Sevenster wierp de vraag op hoe de invloed van het Unierecht op de Awb (en het algemeen deel) valt te duiden. Zij stelde voorop dat de Awb in belangrijke mate 'Europaproof' is. Er hoeft geen gas bij. Maar inspiratie putten uit het Unierecht is volgens haar prima. Het Unierecht houdt het nationale recht een spiegel voor en leidt tot reflectie.

Panellid Verheij wist op de voor hem karakteristieke wijze de knuppel in het hoenderhok te werpen. Hij poneerde de stelling dat de Awb een mooi succes is en wierp de vraag op of we het 'kunstje' nu op Europees niveau nog een keertje moeten doen. Als er op termijn een Europese Algemene wet bestuursrecht komt dan moeten we zorgen daar een stempel op te drukken. Wat willen we wel en wat willen we niet? De dieperliggende en belangrijke vraag is echter of een harmonisatie van het bestuursrecht Europa breed wenselijk is gelet op allerlei verschillen in bestuursrechtelijke tradities. Voornamelijk bleef deze vraag onbeantwoord.

40 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006.

41 Zie bijv. de bijdragen in de bundel die verscheen ter gelegenheid van 75 jaar Vereniging voor Bestuursrecht: B. Schueler & R. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014.

42 M. Scheltema, 'Global administrative law', *NTB* 2013/1 (p. 1).

Jasper Krommendijk⁴³

De Europeanisering van de beginselen van behoorlijk bestuur: een (Aw)beetje gas erbij

Het zal niemand zijn ontgaan dat het EU-recht veel invloed heeft op het Nederlandse bestuursrecht. In deze bijdrage zal ik ingaan op de vraag wat de invloed van art. 41 van het Handvest voor de Grondrechten is in de Nederlandse rechtsorde. De aanleiding voor deze vraag is driedelig. Ten eerste, een artikel van Harten en Grootelaar uit 2014 waarin zij vaststelden dat art. 41 Hv, naast vier andere Hv-bepalingen, het vaakst voor de Nederlandse rechter werd ingeroepen.⁴⁴ Deze bevinding is opmerkelijk omdat art. 41 Hv louter spreekt over een recht op behoorlijk bestuur vis-a-vis 'de instellingen, organen en instanties van de Unie' en niet zozeer nationale bestuursorganen. Een tweede aanleiding vormt een artikel van Schlössels over de constitutionalisering van behoorlijk bestuur.⁴⁵ Schlössels komt tot de conclusie dat de invloed van het Unierecht op het nationale leerstuk van behoorlijk bestuur beperkt lijkt te zijn. Hij signaleert echter groeimogelijkheden omdat er op Europees niveau 'onmiskkenbaar' sprake is van een constitutionalisering van het leerstuk en een transformatie in individueel afdwingbare rechten. De derde reden voor deze beschouwing is het groeiende belang van algemene rechtsbeginselen in de Nederlandse rechtspraktijk. In deze bijdrage zal ik ingaan op verscheidene Unierechtelijke beginselen die voor een groot deel worden beschouwd als elementen van het recht op behoorlijk bestuur in art. 41 Hv (zie linkerkolom tabel). Nationaalrechtelijke equivalenten zijn (deels) in de Awb gecodificeerd en uitgewerkt (rechterkolom tabel).



Jasper Krommendijk

Foto: André van Haasteren Fotografie

43 Jasper Krommendijk is universitair hoofddocent internationaal en Europees Recht aan de Radboud Universiteit.

44 Naast art. 41 Hv gaat het om art. 7, 17, 24 en 47. H.J. van Harten & H.A.M. Grootelaar, 'Doorwerking van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in de Nederlandse rechtspraak: een kwantitatieve stand van zaken', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten/NJCM-Bulletin* (2014), p. 181-199.

45 R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2016/66.

Algemeen beginsel van Unierecht/ a.b.b.b	Awb
verdedigingsbeginsel	hoorplichten (art. 4:7-4:12 Awb) & terinzagelegging en overlegging van nadere stukken (art. 7:4 Awb en art. 8:42 Awb)
evenredigheidsbeginsel	art. 3:4 lid 2 Awb
motiveringsbeginsel	art. 3:46 en 3:47 Awb
tijdigheidsbeginsel	verscheidene beslistermijnen, zoals art. 4:13 Awb)
transparantiebeginsel	raakt aan het onpartijdigheidsbeginsel in art. 2:4 Awb of het zorgvuldigheidsbeginsel in art. 3:2 Awb
vertrouwensbeginsel	-
rechtszekerheidsbeginsel	-

Zoals gezegd sluit een letterlijke lezing van art. 41 Hv uit dat het recht op een behoorlijk bestuur van toepassing is op nationale besluiten. In een enkele uitspraak, zoals *M.*, lijkt het Hof van Justitie erop te doelen dat art. 41 Hv ook van toepassing is op het handelen (of nalaten) van lidstaten.⁴⁶ Het hof is daar nu vanaf gestapt, zoals blijkt uit de Nederlandse *YS* zaak.⁴⁷ Dit neemt niet weg dat de rechten in art. 41 lid 2 Hv algemene beginselen van Unierecht zijn, zoals het hof ook in meerdere zaken heeft onderstreept.⁴⁸ Art. 41 Hv is een codificatie van deze beginselen, zoals het verdedigingsbeginsel (lid 2, onder a), het inzagerecht (lid 2, onder b) en het motiveringsbeginsel (lid 2, onder c). Ook op een ander punt maakt het hof terugtrekkende bewegingen. Het hof haalde in het verleden nog wel eens een algemeen beginsel van Unierecht van stal als de verwijzende rechter uitsluitend naar art. 41 verwees in zijn vragen.⁴⁹ In recente uitspraken is het hof formeler en gaat het niet eigenstandig in op algemene beginselen.⁵⁰

46 Het HvJ stelt over art. 41 Hv enigszins ambigu: 'Vaststaat dat deze bepaling van algemene toepassing is'. HvJ 22 november 2012, C-277/11, (*M.*), punt 84. Vgl. Timmermans onder *JIN* 2014/181, randnr. 4-5.

47 HvJ 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*), punt 68.

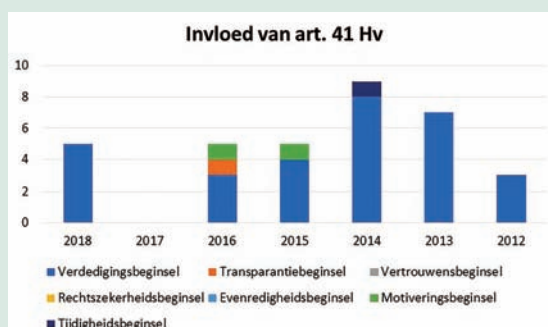
48 ECLI:EU:C:2014:2336 (*Mukarubega*), punten 42-45; HvJ 11 december 2014, C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431 (*Boudjlida*), punten 30-34; C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302 (*H.N.*), punt 49.

49 HvJ 9 november 2017, C-46/16, ECLI:EU:C:2017:839 (*LS Customs Service*), punt 39.

50 HvJ 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*), punt 68; HvJ 13 september 2018 C-358/16, ECLI:EU:C:2018:715 (*UBS Europe*), punt 28.

1. De invloed van art. 41 Handvest

Ter voorbereiding van deze bijdrage heb ik gepoogd om te bekijken hoe het kwantitatief en kwalitatief staat met de invloed van art. 41. Ik heb op rechtspraak.nl met verscheidene zoektermen gezocht naar het expliciet genoemd worden van art. 41 in uitspraken gedaan in de periode 2012-2018.⁵¹ Met deze kwantitatieve benadering wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen de manier waarop art. 41 is aangehaald (nl. als geheel irrelevant of juist doorslaggevend). Ook blijven zo gevallen buiten het zicht van meer indirecte (en wellicht zelfs grotere) invloed. Een meer kwalitatieve duiding is dus eveneens belangrijk. Daarvoor moet in de uitspraken zelf worden gedoken alsmede de literatuur.



Zeker als de conclusies van A-G's in de HR en ABRvS niet worden meegerekend is de invloed van art. 41 Hv in kwantitatief opzicht beperkt. Er is bovendien sprake van een dalende trend, wellicht mede veroorzaakt door de terugtrekkende bewegingen van het hof. In bijna alle gevallen dat art. 41 genoemd wordt gaat het om het verdedigingsbeginsel en dan bijna uitsluitend in een belastingcontext. Het CBB en de CRvB hebben zich nog niet over art. 41 uitgelaten. De Afdeling besteedde in twee zaken aandacht aan art. 41 en zag zelfs aanleiding om prejudiciële vragen daarover te stellen, daartoe bewogen door vragen van een andere Nederlandse rechter. In *YS* stelde de Afdeling vragen over het inzage-recht van asielzoekers in hun 'minuten'.⁵² Deze vragen kwamen voort uit een verwijzing van een Middelburgse enkelvoudige kamer die twijfelde aan de lijn van de Afdeling.⁵³ De Afdeling werd ook 'uitgedaagd' door vragen van de belastingkamer in *Kamino en Datema* over de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel.⁵⁴ Met deze

vragen kwam de vaste rechtspraak van de Afdeling 'op losse schroeven' te staan.⁵⁵ De Afdeling besloot daarom eveneens vragen te stellen middels de PPU spoedprocedure om zo ook de relevante juridische verschillen tussen de douane- en vreemdelingencontext te benadrukken.⁵⁶

Nederlandse rechters gaan op verschillende manieren om met de vraag of art. 41 Hv van toepassing is op nationale besluiten. In sommige uitspraken wordt er geen probleem van gemaakt of wordt deze kwestie in het midden gelaten. De rechtbank Den Haag stelde bijvoorbeeld dat het verdedigingsbeginsel en/of art. 41 Hv een verplichting voor administratieve overheden oplevert, 'ook al voorziet de toepasselijke communautaire wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit'.⁵⁷ De meeste andere rechters zijn terughoudender.⁵⁸ De HR is soms zo terughoudend dat hij zelfs niet ingaat op de in art. 41 verankerde algemene beginselen van Unierecht. Zo stelde de HR dat art. 41 Hv niet gericht is tot de lidstaten en noemt daarbij niet dat het tijdigheidsbeginsel ook een algemeen beginsel van Unierecht is en verankerd is in art. 47 Hv.⁵⁹ De Afdeling onderkent het verschil, maar erkent wel dat aan de in art. 41 Hv verankerende algemene beginselen kan worden getoetst voor zover de situatie binnen de reikwijdte van het EU-recht valt.⁶⁰ De manier waarop art. 41 een rol speelt in uitspraken varieert ook. In sommige uitspraken gaat het vooral om de toepassing van het algemene beginsel van Unierecht, met slechts een korte verwijzing naar art. 41.⁶¹ In andere zaken wordt er meer waarde toegekend aan art. 41 en wordt complementair⁶² of subsidiair (apart)⁶³ aan art. 41 getoetst. In enkele uitspraken is zelfs sprake van een (nagenoeg) zelfstandige toepassing van art. 41 Hv.⁶⁴

2. De invloed van algemene beginselen van Unierecht die samenhangen met de beginselen van behoorlijk bestuur

Naast art. 41 is er ook nog specifiek op algemene beginselen van Unierecht gezocht die samenhangen met behoorlijk bestuur. Voor deze analyse is aangehaakt bij de rechtsbeginselen die Schlössels in zijn artikel bespreekt. Waar sprake is van een dalende trend bij art. 41 Hv is er ten aanzien van de Unierechtelijke be-

51 Gezocht op rechtspraak.nl voor uitspraken tussen 1 januari 2012 en 31 december 2018 met de volgende zoektermen: handvest "behoorlijk bestuur" 41 (90 resultaten); "artikel 41 handvest" (10); "artikel 41 hv" (0); "art. 41 hv" (0).

52 HvJ 14 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*). Voor een bespreking, zie J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechter in gesprek; Verhalende annotaties*, Den Haag: Bju 2018, p. 40-48.

53 Rb. Middelburg 15 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BV8942; ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3309, r.o. 2.23 en 2.27.

54 HvJ 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13, ECLI:EU:C:2014:2041 (*Kamino en Datema*). De HR stelde later vragen over art. 47 Hv in HvJ 23 oktober 2014, C-437/13, ECLI:EU:C:2014:2318 (*Unitrading*).

55 Casteren onder *BNB* 2013/228, randnr. 2.

56 C.M. Wissels, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de prejudiciële procedure: verantwoordelijkheid en regie', *SEW* 2015, afl. 11, p. 548-552, p. 551.

57 Rb. Den Haag 18 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4902, r.o. 16.1.

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4088, r.o. 4.27; Hof Amsterdam 17 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5074, r.o. 5.1.17.

59 HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2707, r.o. 3.3.2.

60 ABRvS 5 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:239, r.o. 14.

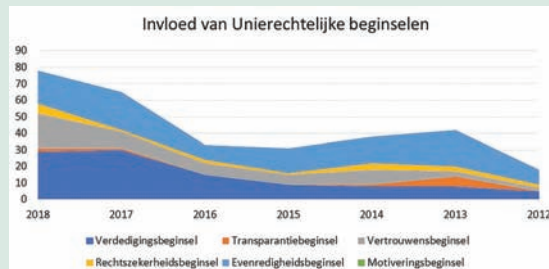
61 A-G Ettema, ECLI:NL:PHR:2016:1253, par. 5.1.

62 Rb. Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1935, r.o. 50-52.

63 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6884, r.o. 4.17-19.

64 Zie bijv. Rb. Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3645, r.o. 6.

ginselen juist sprake van een duidelijke groeispruit, namelijk bijna een verviervoudiging ten opzichte van 2012 (van 18 naar 78 uitspraken met expliciete verwijzingen).



De (directe) invloed is beperkt tot slechts een paar rechtsbeginselen, namelijk het evenredigheidsbeginsel (114), het verdedigingsbeginsel (104), het vertrouwensbeginsel (58) en in mindere mate het rechtszekerheidsbeginsel (19)⁶⁵ en het transparantiebeginsel (10). De hoogste Nederlandse bestuursrechters hebben over een aantal van deze beginselen zelfs prejudiciële vragen gesteld.⁶⁶ Deze vragen illustreren dat Nederlandse rechters in beginsel openstaan voor receptie. Andere beginselen hebben tot op heden geen directe invloed gehad. Het 'service principle' of het beginsel van een dienende overheid is nog net zo 'dood' als Schlössels signaleerde.⁶⁷ Ook ten aanzien van het verbod van vooringenomenheid lijkt er geen sprake van (directe) invloed. Van een meer EU-rechtelijke geïnspireerde subjectiefrechtelijke invulling van art. 2:4 Awb, dat vooral gericht is op het bestuur, is dus zeker geen sprake, wellicht ook omdat de rechtspraak van het HvJ tot op heden eveneens beperkt is.⁶⁸ Uit de rechtspraakanalyse volgt dat er ook weinig verwezen wordt naar het Unierechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel.⁶⁹

2.1 Verdedigingsbeginsel

Van de EU-rechtelijke algemene beginselen die raken aan het behoorlijk bestuur heeft het verdedigingsbeginsel veruit de meeste invloed (gehad).⁷⁰ Dit is vooral het gevolg van de belangrijke HvJ uitspraak in *Sopropé* uit december 2008. Deze uitspraak wordt zelfs in 226 Nederlandse uitspraken genoemd.⁷¹ Alleen de CRvB heeft naar mijn weten nog niet verwezen naar *Sopropé* en/of het verdedigingsbeginsel. Het CBB in slechts twee zaken.⁷² Het CBB liep overigens voor de troepen uit door voor *Sopropé* in MKZ-zaken groot belang toe te kennen aan het verdedigingsbeginsel, mede als gevolg van zijn prejudiciële vragen van in *Dokter*.⁷³ Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel heeft duidelijk invloed gehad en dat is ook door velen gedocumenteerd.⁷⁴ Zo oordeelde de HR op grond van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en vaste rechtspraak van het HvJ dat er een recht op toegang tot het dossier is in de fase voorafgaand aan het nemen van het bezwarende besluit.⁷⁵ Ook oordeelde hij dat een schending van de terinzageleggingsplicht voor de bezwaarfase, zoals geregeld in art. 7:4 Awb, een schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel oplevert.⁷⁶

De hoogste bestuursrechters laten soms een verwijzing naar het Unierechtelijke beginsel achterwege en noemen dan alleen het nationale beginsel.⁷⁷ De HR deed dit in een uitspraak over het overleggen van stukken in de bezwaarfase. Daarin werd uitsluitend verwezen naar art. 8:42 lid 1 Awb, terwijl A-G Ijzerman naar het Unierechtelijke equivalent verwees.⁷⁸ Een ander voorbeeld is de *Hardenbergse* zaak waarin de Afdeling A-G Wattel om een conclusie had verzocht. In zijn conclusie baseerde Wattel zich op het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel voor zijn overweging dat de overtreder voorafgaand aan invordering of verhaal moet worden gehoord. De Afdeling nam deze aanbeveling over en oordeelde 'anders dan voorheen', en in afwijking van art. 4:12 Awb, dat het bestuursorgaan alvorens tot invordering over te gaan belanghebbende in de gelegenheid dient te stellen te worden gehoord.⁷⁹ De Afdeling verwees echter uitsluitend naar art. 4:8 Awb.

65 Het rechtszekerheidsbeginsel hangt nauw samen met het vertrouwensbeginsel en wordt vaak in een adem genoemd. Zie bv. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:861. Gezocht op: "Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel" (2); "Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel" (15); "algemeen beginsel van behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "rechtszekerheidsbeginsel" (10).

66 Over het vertrouwensbeginsel: HvJ 13 maart 2008, zaak C-383/06, ECLI:EU:C:2008:165 (*ESF*); HvJ 9 september 2015, gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X. en van Dijk*); HvJ 18 december 2014, zaak C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462 (*Somvao*). Over 'het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting': HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Sporting Exchange*), AB 2011/17, m.nt. Buijze, JB 2010/171, m.nt. Wolswinkel; Over het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, zie HvJ 11 juni 2009, gevoegde zaken C-155/08 en C-157/08, ECLI:EU:C:2009:368 (*Passenheim-van Schoot*), punten 77-86.

67 Gezocht op: "service beginsel" (0); "dienende overheid" (0).

68 "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "vooringenomen" (7); "artikel 2:4" vooringenomen "hof van justitie" (17); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "onpartijdig" (26); Schlössels 2016.

69 Uitzondering is CRvB 21 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4007, r.o. 4.9; Gezocht op: "Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel" (1); "Unierechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel" (1); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "zorgvuldigheidsbeginsel" (129). "Unierechtelijke motiveringsbeginsel" (0); "Unierechtelijk motiveringsbeginsel" (0); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "motiveringsbeginsel" (37).

70 Gezocht op: "Unierechtelijk verdedigingsbeginsel" (30); "Unierechtelijke verdedigingsbeginsel" (62); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "verdedigingsbeginsel" (50). Aanvullend gezocht op: "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "hoor en wederhoor" (25).

71 Gezocht op 18 januari 2019.

72 Recentelijk ook meer impliciet, zie CBB 26 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:78, r.o. 4.1.3; CBB 17 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:391, r.o. 4.7; CBB 25 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5737, r.o. 5.1.

73 HvJ 15 juni 2006, C-28/05, ECLI:EU:C:2006:408 (*Dokter*), punten 73-78.

74 Zie bijv. P. Fortuin, 'Het EU-rechtelijke verdedigingsbeginsel', *NTFR-B* 2016/8 en 10; J.M. van der Vegt, 'Krijgt het verdedigingsbeginsel tanden?', *MBB* (2015), p. 360-365.

75 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:384, r.o. 2.2.3.

76 HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:255, r.o. 2.3.2.

77 ABRvS 21 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2814, JV 2018/180, m.nt. Kuiper.

78 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672; ECLI:NL:PHR:2017:1081.

79 ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2956, r.o. 11.1; vgl. Gatzen onder PB 2018/5.

De hoogste bestuursrechters maken daarnaast een duidelijk onderscheid tussen het nationale en Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Zo gaat de Afdeling voorbij aan het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel als het buiten het toepassingsbereik van het Unierecht valt.⁸⁰ Voor dezelfde benadering koos ook onlangs de belastingkamer, door het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel niet van toepassing te verklaren op de IB-aanslagen.⁸¹ Deze opstelling van de hoogste rechters is vanuit een formeel juridisch perspectief begrijpelijk wanneer het Unierecht niet van toepassing is. Het is ook verklaarbaar omdat het Unierechtelijke beginsel verder gaat dan de hoorplichten in art. 4:7 en 4:8 Awb, die met name gericht zijn op een zorgvuldige totstandkoming van besluiten en grondrechtenbescherming minder centraal stellen.⁸² Rechters houden zo wel de verdergaande bescherming van het Unierechtelijke beginsel buiten de deur. Dit is jammer vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming. De Nederlandse rechter zou reflexwerking kunnen toekennen aan het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Het kan dit als bron van inspiratie gebruiken voor de verdere invulling van het nationale beginsel buiten de reikwijdte van het Unierecht. Dit laatste is in het bestuursrecht niet ongebruikelijk. Widdershoven noemt dit in de bundel 'vrijwillige adoptie of spontane harmonisatie'.⁸³

2.2 Het evenredigheidsbeginsel

Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel wordt door de Nederlandse rechters eveneens in relatief veel uitspraken van stal gehaald.⁸⁴ Dit beginsel wordt niet alleen toegepast in belastingzaken, maar ook in vreemdelingen- en legeszaken.⁸⁵ Recentelijk oordeelde de Afdeling bijvoorbeeld dat de staatssecretaris in *alle* gevallen waarin het Nederlanderschap wordt ingetrokken moet toetsen aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.⁸⁶

Naast deze directe invloed, speelt dit beginsel ook meer indirect een belangrijke rol. Meerdere auteurs wijzen erop dat de laatste jaren, mede als gevolg van het EU-recht, de intensiteit van de toetsing van discretionaire bevoegdheden is toegenomen.⁸⁷ Er wordt vaker gekozen voor een deels op het EU-recht geïnspireerde indringende evenredigheidstoets in plaats van de meer

marginale toetsing op 'kennelijke onredelijkheid'.⁸⁸ Barkhuysen en Den Ouden hebben het in deze context zelfs over 'de opmars' en 'herontdekking' van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.⁸⁹ Widdershoven bepleitte in zijn advies over exceptieve toetsing eveneens voor dit beginsel een vrijwillige oriëntatie op het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.⁹⁰ De Unierechtelijke evenredigheidstoets heeft namelijk als voordeel dat deze gestructureerder en concreter is dan het nationaalrechtelijke equivalent vanwege de drie sub-elementen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu*.⁹¹ De prominentie van de evenredigheidstoets werd recent onderstreept door de *Appingedam*-uitspraak van het HvJ naar aanleiding van vragen van de Afdeling over de Dienstenrichtlijn en de evenredigheid van een branchebepaling in een bestemmingsplan. Deze zaak geeft wellicht een verdere impuls aan evenredigheidstoetsing omdat het de noodzaak onderstreept van een indringendere toetsing en uitgebreidere motivering dan het nationale recht vereist.⁹² Het belang van een uitgebreidere Unierechtelijke evenredigheidstoets blijkt ook uit de inbeddingsuitspraak van de Afdeling met de uitgebreide verwijzingen naar en (lange) citaten uit HvJ uitspraken.⁹³ Ook speelde evenredigheid een rol in de recente prejudiciële vragen van de Afdeling in de *LPG-zaak* over de rechtmatigheid van een definitief handhavingsbesluit met een vergunningsvoorschrift dat in strijd is met het EU-recht.⁹⁴

2.3 Het vertrouwensbeginsel

Het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel staat op een derde plaats met 58 verwijzingen.⁹⁵ Het EU-recht staat een terughoudende, beperkte toepassing van het vertrouwensbeginsel en een beroep daarop wordt slechts in uitzonderlijke gevallen gehonoreerd. Dit wordt nu, ondanks kritiek daarop in de literatuur, door Nederlandse rechters geaccepteerd. Zo gebruikt het CBB in meerdere uitspraken de volgende standaardoverweging, met verwijzing naar de HvJ uitspraak in *Agroferm*: 'het vertrouwensbeginsel [kan] niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling worden aangevoerd en kan een daarmee strijdige gedraging van een met de toepassing van het Unierecht belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer geen gewettigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige

80 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3796, r.o. 6.2.

81 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2082, r.o. 2.5.3.

82 Schlössels 2016, onder 4.3; ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1365, AB 2018/236, m.nt. Stoepker, r.o. 5

83 R. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (Deventer: Wolters Kluwer 2019), p. 459-468, 462.

84 Gezocht op: "Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel" (36); "Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel" (73); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "evenredigheidsbeginsel" (108).

85 Zie bijv. Rb. Den Haag 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11317.

86 ABRvS 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2678, r.o. 6.2.

87 R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBPlus* 2018/4.

88 R.J.N. Schlössels, 'Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrechtspraak', *NTB* 2018/52.

89 T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2018/740; Widdershoven 2018, 465; vgl. R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2018/66.

90 ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*Wheermolen*).

91 *Idem*, r.o. 7.8 e.v.

92 Widdershoven 2018, 465.

93 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, r.o. 12-13, AB 2018/246, m.nt. Nijmeijer.

94 ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260.

95 Gezocht op: "Unierechtelijk vertrouwensbeginsel" (14); "Unierechtelijke vertrouwensbeginsel" (20); "behoorlijk bestuur" "hof van justitie" "vertrouwensbeginsel" (135).

behandeling opwekken'.⁹⁶ Ook de CRvB staat dezelfde lijn voor, blijkens een eerste uitspraak uit 2017 waarin die instantie ingaat op dit beginsel.⁹⁷ Hetzelfde geldt voor de Afdeling, die, ondanks wat strubbelingen in *ESF* en *Somvao*, trouwde lijn van het HvJ hanteert.⁹⁸

Desalniettemin lijkt het HvJ zijn strikte lijn iets te hebben afgezwakt met het *Demmer*-arrest uit 2015. Daarin bepaalde het HvJ dat een geslaagd beroep op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel mogelijk is wanneer sprake is van 'een administratieve praktijk' waarbij bepaalde gevallen 'systematisch als subsidiabel werden erkend', hoewel dat in strijd is met het EU-recht.⁹⁹ Met deze uitspraak zette het HvJ de deur weer op een kier wat betreft een bredere toepassing van het vertrouwensbeginsel. Interessant genoeg werd deze opening door het CbB aangegrepen om een vraag aan Luxemburg over deze jurisprudentie te stellen.¹⁰⁰ De discussie is dus weer geopend. Vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming meer dan welkom.¹⁰¹

2.4 Transparantiebeginsel

Het transparantiebeginsel is in zeven jaar slechts tien keer expliciet genoemd¹⁰² en dan alleen in de context van schaarse publieke rechten, aanbestedingen en concessies.¹⁰³ In die context wordt eerder verwezen naar het gelijkheids-, rechtszekerheids- of het zorgvuldigheidsbeginsel.¹⁰⁴ In de onderzochte tijdsperiode (2012-2018) zijn er geen uitspraken gevonden van de hoogste bestuursrechters waarin het *Unierechtelijke* transparantiebeginsel in de rechtsoverwegingen wordt genoemd. Dit reflecteert de vaststelling van Wolswinkel in 2016 dat de Unierechtelijke transparantieplichting nog geen nadrukkelijke plek heeft in de nationale jurisprudentie.¹⁰⁵ Ook Timmermans merkt op dat de Afdeling terughoudend is om het transparantiebeginsel in het Nederlandse recht te incorporeren en dat het beginsel slechts als onderdeel wordt gezien van het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁶

Toch lijkt er langzaam iets te veranderen, mede als gevolg van twee conclusies van A-G Widdershoven.¹⁰⁷ Widdershoven stelde in *Speelautomatenhal Vlaardingen* voor om de transparantieplichtingen te erkennen als een Nederlandse norm die ook van toepassing is buiten het toepassingsbereik van het EU-recht.¹⁰⁸ De Afdeling volgde in grote lijnen dit advies zonder het overigens als beginsel van Nederlands recht te erkennen. Zij stelde slechts:

“Aldus is geen passende mate van openbaarheid betracht. Dat is in strijd met de transparantieplichting.”¹⁰⁹

Widdershoven verwacht dat een overkoepelend transparantiebeginsel mogelijk in de toekomst zal worden erkend, gelet op het feit dat het HvJ dit beginsel in een steeds bredere context erkent.¹¹⁰ Net als bij de eerdergenoemde beginselen is er dus ook hier qua inspiratie en reflexwerking iets te winnen.

3. Conclusie

Uit de voorgaande analyse komen twee voorname bevindingen naar voren. Enerzijds, de beperkte rol van art. 41 Hv in de Nederlandse rechtspraak. Anderzijds, een toenemende directe en indirecte invloed van algemene Uniebeginselen. Dit laatste is een goede zaak wat mij betreft. Ik zou zelfs willen oproepen om een beetje gas erbij. De Nederlandse rechter zou (nog meer) inspiratie kunnen putten uit Unierechtelijke beginselen. Dit om twee redenen. Ten eerste vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming en de groeiende “macht” van het bestuur. Ten tweede is het ook vanuit Unierechtelijke perspectief goed dat de rechtsorden van lidstaten nader tot elkaar komen. Dit wordt gemakkelijker als gezamenlijke rechtsbeginselen een nog grotere rol gaan spelen.

De Awb was een enorme stap voorwaarts in de rechtsbescherming, maar zij is alweer 25 jaar oud. Het Handvest is van recenter datum en is op punten ook inhoudelijk moderner. Het biedt de burger intensievere bescherming tegen het bestuur. De Awb kan de komende 25 jaar nog aanzienlijk worden verbeterd, zonder overigens te suggereren dat er nu sprake is van strijdigheden, wanneer Unierechtelijke beginselen nog vaker als inspiratiebron worden gebruikt. Niet omdat dat van Luxemburg moet, maar omdat de nationale bestuursrechter of wetgever dat wil... Namelijk, om de rechtsbescherming te verbeteren.

96 CbB 11 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:483, AB 2018/385, m.nt. Ortlep.

97 CRvB 10 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4014, AB 2018/33, m.nt. Ortlep, r.o. 4.3.

98 ABRvS 15 april 2-15, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. van den Brink en den Ouden, randnr. 4-5.

99 HvJ 2 juli 2015, C-684/13, ECLI:EU:C:2015:439 (*Demmer*), punt 87.

100 CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:662, r.o. 26.

101 Van den Brink onder AB 2016/460, randnr. 1, 4-5.

102 Gezocht op: “Unierechtelijk transparantiebeginsel” (1); “Unierechtelijke transparantiebeginsel” (3); “behoorlijk bestuur” “hof van justitie” “transparantiebeginsel” (20). Aanvullend gezocht op: transparantiebeginsel “algemeen beginsel” (16).

103 Prechal onderscheidt nog twee verschijningsvormen, namelijk het transparantiebeginsel in verhouding tot het beginsel van behoorlijk bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel. S. Prechal, ‘De emancipatie van ‘het algemene transparantiebeginsel’’, *SEW* 2008/145.

104 CbB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. Wolswinkel.

105 Wolswinkel onder AB 2016/426, randnr. 14; vgl. A. Buijze, ‘Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht’., *JBPlus* 2016/4.

106 Timmermans onder JB 2017/1, randnr. 6.

107 Conclusie 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*); Conclusie 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

108 Widdershoven 2018, 463. Drahmman stelt echter dat de Afdeling ‘transparantie’ wel tot een rechtsnorm maakt. A. Drahmman, ‘Een klachtplicht in het kielzog van de transparantieplichting’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 489-498.

109 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

110 Widdershoven 2018, p. 464-465.

Hanna Sevenster¹¹¹

Internationale invloed op de Awb

Jasper Krommendijk en ik staan hier in verband met hoofdstuk IV van de bundel “Internationale invloed op de Awb”. Internationaal, dat wil zeggen vooral Europees (maar zie de bijdragen van Jansen en Konijnenbelt), en dat is dan weer vooral EU-recht. Hoe groot is die invloed nu? Dat willen we graag weten, want hoe relevant is het eigenlijk om over dit onderwerp te praten?

Om te beginnen: de Awb is tot nog toe vrij “EU-proof” gebleken. Wij hebben een alleszins redelijk en verfijnd procesrecht, dat dus wel bestand is tegen een EU-stootje. Hier en daar leidt het EU-recht wel tot aanpassingen, zoals door het verdedigingsbeginsel in fiscale zaken of de nuances in de uitleg van art. 4:6 Awb onder invloed van het arrest *Kühne & Heitz*.

Jasper doet een prachtige voorzet om de invloed van het EU-recht, meer specifiek van de EU-rechtsbeginselen, in Nederland *kwantitatief* te meten. Dat is zeker behulpzaam, want als uit zijn onderzoek bijvoorbeeld zou zijn gebleken dat in geen enkele Nederlandse uitspraak een verwijzing naar die beginselen te vinden was, dan zegt dat wel iets. Aan de andere kant, en dat zegt Jasper natuurlijk zelf ook: kwantiteit zegt niet alles. Kwantiteit is wat mij betreft zeker ook geen doel op zich. Zolang de Awb gewoon EU-proof is, dan hoeft er van mij geen “gas bij”.

De invloed van het EU-recht op ons bestuursprocesrecht zit hem wat mij betreft dan ook niet alleen in de *directe invloed*. Wat is dat: toepassing van EU-recht zoals een beginsel leidt tot een andere uitkomst in een zaak dan onder het nationale recht het geval zou zijn geweest. Ik noemde net al twee voorbeelden. Andere voorbeelden zijn de evenredigheidstoets uit de Dienstenrichtlijn (Appingedam) of de individuele toets in het vreemdelingenrecht onder invloed van het evenredigheidsbeginsel. Een mogelijk zeer invloedrijk “bommetje” zit er ook in de verwijzing door de Afdeling van de “LPG-zaak” door de vraag of onze uitgangspunten over formele rechtskracht in het kader van handhavingzaken wel sporen met het EU-recht. Allemaal voorbeelden van directe invloed. Deze directe invloed van het Unierecht is zonder meer belangrijk.

Maar zeker zo belangrijk is de *indirecte invloed* en voor de bestuursrechtelijke discussie in Nederland misschien nog wel interessanter. Jasper en Rob Widdershoven noemen in dit verband voorbeelden van rechtspraak waarin het Unierecht indirect de

uitleg heeft beïnvloed van Nederlands recht, zoals de Dienstenrichtlijn tot een eigen “Nederlandse” schaar-se rechten doctrine leidde. Dit noemen we dan “*vrijwillige of spontan*” harmonisatie: EU-recht is niet van toepassing en verplicht dus tot niets, maar we trekken de lijn zelf door naar nationale zaken. Een soort reflexwerking dus. Ook de algehele herziening van de ne bis in idem rechtspraak naar aanleiding van de Procedurerichtlijn asiel is daarvan een voorbeeld. En misschien een nuancering van de formele rechtskracht in handhavingzaken straks ook wel? Deze vrijwillige overname kan dan weer *expliciet* in de uitspraak worden benoemd, zoals bij ne bis. Of *impliciet*: zoals in de Hardenberg zaak waarin de invloed van het verdedigingsbeginsel uitmondt in een andere uitleg van art. 4:8 Awb door de Afdeling, zonder dat dit in de uitspraak zo benoemd is (wel in de conclusie A-G). Nog een voorbeeld van impliciete indirecte invloed is het overgaan tot een meer indringende toetsing door de Afdeling, *mede* onder invloed van het EU-evenredigheidsbeginsel.



Hanna Sevenster

Foto: André van Haasteren Fotografie

En ik zie tot slot in dit verband een nog meer indirecte invloed, laten we het “*reflectie-werking*” noemen (niet reflex-werking dus). Daarmee bedoel ik dat ontwikkelingen in het EU-recht ons continu laten *nadenken* over ons eigen recht. Appellanten en wetenschappers hebben hierin vaak het voortouw door bijvoorbeeld kleine aanknopingspunten in arresten van het hof verder door te trekken. Sommige bijdragen in de bundel zijn van deze reflectiewerking een goede illustratie. Het EU-recht houdt ons dan – om het in psychologische termen uit te drukken – een spiegel voor. Waarom is het bij ons eigenlijk zo geregeld en is dat nog steeds goed te verdedigen? Dit kán dan uiteindelijk leiden tot (al dan niet “spontane”) aanpassing van de nationale rechtspraak. Maar dat hoeft natuurlijk niet. Het regelmatig kritisch evalueren hoe we het hier in Nederland doen heeft voor mij op zichzelf al van grote toegevoegde waarde. Laat me daarom eindigen met een vaststelling en een wens: “*het EU-recht houdt ons scherp*” en hopelijk ook nog de volgende 25 jaar.

111 Mr. dr. H.G. Sevenster is staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

7. Gebruikersperspectieven op de Awb

De Awb is voor alles een wet die de dynamische praktijk van het besturen wil normeren. Zij doet dit niet alleen vanuit een dogmatisch perspectief, maar tevens vanuit de invalshoek van de bestuurspraktijk. Zo bezien ligt het méér dan voor de hand om te kijken naar de Awb vanuit het perspectief van de gebruikers van de wet.

Maar wie zijn eigenlijk deze gebruikers van de Awb? Dit lijkt een eenvoudig te beantwoorden vraag: burgers en bestuur. Wie echter verder kijkt, zal nog verschillende andere gebruikers kunnen identificeren, waaronder – uiteraard – de (bestuurs)rechter en de bijzondere wetgever (die zich immers volgens de spelregels rekenschap moet geven van de algemene wet).

De praktijk is intussen weerbarstig. Feit is dat ‘de burger’ en ‘het bestuur’ abstracties zijn. Wie iets zinnigs wil zeggen over de Awb vanuit het perspectief van haar gebruikers moet zich realiseren dat deze nogal divers zijn. Aan de zijde van het bestuur loopt het spectrum van de traditionele decentrale bestuursorganen (bijvoorbeeld het college van burgemeester en wethouders) tot allerlei tamelijk complexe en soms ook exotische zelfstandige bestuursorganen.

Ook ‘de burger’ is geen eenheid, al was het maar omdat kennis en kunde – alsmede financiële middelen – ongelijk in de maatschappij zijn verdeeld. Onder de groep ‘burgers’ treft men bijstandsgerechtigden, belangenorganisaties en multinationals. Juist vanwege die diversiteit ligt het voor de hand dat ‘gebruikersperspectieven’ een belangrijk deelthema vormen in de congresbundel.

Ooit werd door Leo Damen de vraag opgeworpen: bestaat de ‘Awb-mens’?¹¹² Deze vraag werd ingegeven door de veronderstelling dat de (nieuwe) Awb een tamelijk hoog abstractieniveau kent en dat slechts burgers met bijzondere vaardigheden met deze wet uit de voeten zouden kunnen. Een kwart eeuw ‘Awb en praktijk’ bood dus een uitgelezen moment om terug te blikken op deze veronderstelling.

Annalies Outhuijse en Alex Brenninkmeijer tekenden als inleider en referent voor dit deel van het congres. Outhuijse koos als centraal onderwerp voor de bezwaarschriftprocedure en de positie van de burger daarbinnen. Zij wees erop dat vooral rechters verguld zijn met deze voorprocedure omdat deze onder meer een dossiervormende functie¹¹³ heeft. De aandacht voor de positie van de burger en de schaduwzijden van de bezwaarschriftprocedure zijn de afgelopen 15 jaar aanzienlijk toegenomen. Procedurele rechtvaardigheid en ‘voice’ krijgen als reactie hierop tegenwoordig aandacht. Outhuijse wees in dit verband echter op een schaduwzijde van de hedendaagse (informele) aanpak. Er zijn burgers die niet meer in beroep gaan omdat zij (ten onrechte) in bezwaar het gevoel hebben gekregen dat het wel goed zit. De inleider pleitte voor meer onderzoek en vooral

voor het koppelen van deelonderzoeken omdat nu nog veel data verloren gaat.

Voormalig Nationale ombudsman, Alex Brenninkmeijer, opende met een ‘managementsamenvatting’ van de Awb: het is een effectief kader voor het rechtmatig optreden van het openbaar bestuur. Ook vanuit een Europees perspectief hebben we het in Nederland goed geregeld. Vervolgens ging hij – uiteraard – in op de minder sterke punten van de Awb. Zo duurt het voor burgers en bedrijven vaak nog altijd lang voordat men rechtszekerheid heeft. Ook zijn de juridische systemen voor (veel) burgers te ingewikkeld. Tussen deze systemen en de burger dient te worden voorzien in een behoorlijk ‘interface’. Correcte bejegening is van groot belang. Ook de bezwaarschriftprocedure moet niet te juridisch worden ingestoken. De Awb biedt in dit verband een gelukkig flexibel en open kader waardoor differentiatie mogelijk is.

*Annalies Outhuijse*¹¹⁴

Het bezwaar onder de loep

Ik ben slechts twee jaar ouder dan de Awb. In tegenstelling tot de meeste aanwezigen op het congres over 25 jaar Awb, weet ik niet anders dan dat de Awb er is. Het lezen van de bundel ter ere van dat jubileum heeft mij dan ook vele nieuwe inzichten gebracht over hoe in het verleden over het bestuursrecht werd gedacht, maar ook hoe anders dat vandaag de dag is. Zo heb ik van de bijdrage van Alex Brenninkmeijer geleerd dat er in de bundel 15 jaar Awb nauwelijks over de burger werd gesproken, terwijl dit een niet weg te denken onderwerp is in deze bundel.¹¹⁵ Er is immers zelfs één van de zes thema’s van de bundel gewijd aan de gebruikers van de Awb, waarbij vele auteurs de gebruikerservaringen beschrijven vanuit het burgerperspectief.

Binnen dit thema is er één procedure die opvallend veel is bestudeerd en bekritiseerd. Dat is de bezwaarprocedure. De voornaamste kritiek is dat de bezwaarprocedure niet functioneert zoals bedoeld is door de wetgever, omdat (1) in bezwaar geen volledige heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt; en (2) een te formele benadering wordt gekozen door het bestuursorgaan en er te weinig prikkels zijn om tot geschiloplossing te komen. Deze kritiek komt mij niet onbekend voor. Ik doe zelf onderzoek naar kartelboetes en daarbij zijn de gebruikers van de bezwaarprocedure – medewerkers van de mededingingsautoriteit en advocaten van de ondernemingen – onveranderlijk negatief over het functioneren

¹¹² L.J.A. Damen, ‘Bestaat de Awbmens?’, in: J.L. Boxum (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109 e.v. Zie ook de bijdragen in: R.L. Vucsan (red.), *De Awbmens: boeman of underdog?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

¹¹³ Naast de belangrijke *zeefwerking* waarop panellid Verheij uitdrukkelijk wees.

¹¹⁴ Mr. A. Outhuijse is promovenda aan de Rijksuniversiteit Groningen.

¹¹⁵ A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De burger tussen de ambities en doelstellingen van de Awb’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 39–48.

van de bezwaarprocedure.¹¹⁶ Er is herhaaldelijk gepleit voor afschaffing van die procedure voor deze categorie van besluiten.¹¹⁷ De enige betrokkenen die zich wel positief hebben uitgelaten over de procedure binnen kartelzaken zijn de rechters. Zij zien dat het geschil meer uitgekristalliseerd is dan indien de bezwaarprocedure niet is gevolgd en constateren in sommige gevallen een kwaliteitsverbetering tussen het primaire besluit en het besluit op bezwaar.

Wat ik zeer kan waarderen aan vele van de bijdragen over de bezwaarprocedure, is dat er suggesties worden gedaan ter verbetering van de procedure of zelfs voor alternatieven voor de procedure. Ik noem er enkele.

- Bitter en Besselink doen de suggestie om vaker met ontwerpbesluiten te werken om op die wijze tot daadwerkelijke heroverweging te komen.¹¹⁸
- Vermaat doet de suggestie, ook al is die niet specifiek gericht op de bezwaarprocedure, om 'omgekeerd' te toetsen.¹¹⁹
- Marseille en Wever stellen voor om een bepaling toe te voegen aan de Awb waarin wordt vastgelegd dat het bestuursorgaan naar overeenstemming dient te zoeken met de bezwaarmaker.¹²⁰

Een veelgehoorde algemene suggestie is het vergroten van de procedurele rechtvaardigheid. Zoals mooi beschreven door Nienke Doornbos in haar bijdrage aan de bundel, is procedurele rechtvaardigheid in de kern 'de gedachte dat als mensen zich rechtvaardig en met respect behandeld voelen, zij een beslissing beter zullen accepteren, de beslissende autoriteit eerder als legitiem zullen ervaren en meer vertrouwen zullen hebben in instituties, zelfs als de beslissing negatief voor hen uitpakt'.¹²¹ Gericht op de bezwaarfase hebben verschillende auteurs beschreven dat bij meer procedurele rechtvaardigheid, de besluiten eerder worden geaccepteerd en daardoor minder wordt geprocedeerd.¹²²

Ik heb dit allemaal met veel plezier gelezen. Bij het lezen kwamen er drie gedachten bij mij op, die ik graag deel. De gedachten richten zich specifiek op de relatie tussen deze onderzoeken en eventuele aanpassingen van de Awb met betrekking tot de bezwaarprocedure.

Gedachte 1: We moeten kritisch zijn ten aanzien van de resultaten van de onderzoeken en de betekenis daarvan voor het eventueel aanpassen van de procedure

Dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de procedurele rechtvaardigheid. Procedurele rechtvaardigheid is een belangrijk en positief concept dat veel aandacht heeft gekregen, maar we moeten de invloed daarvan niet overschatten. Voor het gebruik van de resultaten van onderzoek naar het effect van de ervaren procedurele rechtvaardigheid is het van belang om te kijken (1) welke definitie van procedurele rechtvaardigheid is gebruikt; (2) wat de invloed hiervan was, en meer in het bijzonder waarop, namelijk op de acceptatie, legitimiteit of vertrouwen – of nog iets anders; (3) of dit daadwerkelijk positief is; en (4) voor wie die invloed geldt, namelijk voor welk type geschil, welk type besluit en welk type burger.

Het is waar dat onderzoek heeft laten zien dat voor veel typen geschillen en typen burgers, de procedurele rechtvaardigheid een zelfstandige invloed heeft, bijvoorbeeld op de keuze om te procederen. Er zijn zelfs typen geschillen en typen burgers, waarvoor geldt dat van procedurele rechtvaardigheid een sterkere invloed uitgaat dan van distributieve rechtvaardigheid, de vraag of de uitkomst van een procedure als rechtvaardig wordt ervaren. Er zijn echter ook geschillen en burgers waarvoor geldt dat de procedurele rechtvaardigheid geen enkele invloed heeft. Ik zie dit bijvoorbeeld in mijn eigen onderzoek waaruit blijkt dat ondernemingen bij de keuze om wel of niet te procederen niet worden beïnvloed door rechtvaardigheidsoverwegingen, maar door een kosten en baten-afweging van de te kiezen procedure.¹²³ Overkoepelend onderzoek naar de bezwaarprocedure, zoals van Herweijer & Lunsing en van Marc Wever die nog bezig is met zijn mooie promotieonderzoek, laat zien dat het mogelijke succes van de bezwaarprocedure wordt beïnvloed door de aard van het geschil en de uiteenlopende motieven van burgers om te procederen.¹²⁴

116 A. Outhuijse, 'Top-down en bottom-up bevraging van de Awb in het handhavingsrecht', in: Barkhuysen e.a. 2019, p. 469-478; A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the cartel prohibition: perceptions about the functioning of the objection procedure and the reality', *RdW* 2018, p. 38-58; J.H. Jans & A. Outhuijse, 'De afschaffing van de bezwaarfase bij boete-besluiten van de ACM', *SEW* 2013(1), p. 2-11.

117 Ibid.

118 C.M. Bitter & H.J.M. Besselink, '25 jaar Awb-bezwaarschriftprocedure: tijd voor heroverweging', in: Barkhuysen e.a. 2019, p. 49-56.

119 M.F. Vermaat, 'Besluitvorming op z'n kop: omgekeerd toetsen. Worden we daar beter van?', in: Barkhuysen e.a. 2019, p. 413-421.

120 A.T. Marseille & M. Wever, 'De strijd over speelruimte, garanties en incentives in de bezwaarprocedure', in: Barkhuysen e.a. 2019, p. 557-566.

121 N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat', in: Barkhuysen e.a. 2019, p. 567-578.

122 Zie onder meer H.A.M. Grootelaar & K. van den Bos, 'De Awb vanuit een procedurele rechtvaardigheidsperspectief: hulpmiddel, hinderpaal of handvat?', in: Barkhuysen e.a. 2019, p. 579-588.

123 A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: Why do undertakings in the Netherlands appeal?', *Competition Law Review* 2018, p. 163-186.

124 M. Herweijer & J.R. Lunsing, *Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure? Meta-evaluatie beleving door burgers van bezwaar*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011; M. Wever, 'De bezwaarprocedure: Onderzoek naar verbanden tussen de inrichting van de procedure en de inhoudelijke kwaliteit van bezwaarbehandeling', *RdW* 2017, p. 120-130.

Kortom, mijn eerste gedachte is dat we de resultaten van onderzoek, zoals naar de effecten van de ervaren procedurele rechtvaardigheid, niet teveel moeten generaliseren en overschatten, zeker niet voor het stelling nemen over het eventueel aanpassen van Awb-procedures.



Annalies Outhuijse

Foto: André van Haasteren Fotografie

Gedachte 2: We moeten kritisch zijn over de betekenis van ervaringen van burgers voor eventuele aanpassingen van de bezwaarprocedure

In een artikel dat in 2017 in *Recht der Werkelijkheid* is gepubliceerd, heeft Nienke Doornbos de betrekkelijkheid van de beleving van respondenten voor het beoordelen van procedures laten zien.¹²⁵ Zo kan de vraag worden gesteld wat de waarde is van ervaringen van burgers die voor het eerst een bestuursrechtelijke procedure volgen. Kan deze burger de procedure op waarde schatten en ons iets vertellen over het functioneren van de procedure?

Mochten deze gebruikerservaringen aanleiding geven tot het aanpassen van de bezwaarprocedure, dan moeten de ervaringen van de andere gebruikers ook in ogenschouw worden genomen, zoals van advocaten en bestuursorganen, maar ook van rechters. Een ongetwijfeld overbodige opmerking voor dit publiek is dat de bezwaarprocedure ook van invloed is op het werk van de rechter.

Gedachte 3: We moeten kritisch zijn ten opzichte van onszelf als onderzoekers

Wat goed te zien is in deze bundel, is dat over eenzelfde thema uiteenlopend onderzoek wordt gedaan door verschillende onderzoekers. Dat is mooi, maar nadelen daarvan kunnen zijn dat dubbel werk wordt

gedaan en dat niet alle resultaten van dat onderzoek in de relevante fora even breed bekend zijn als wenselijk is. Daarom heeft deze bundel mij inspiratie gegeven tot het idee dat wij, als onderzoekers, meer zouden moeten samenwerken. Hoe mooi zou het zijn, als bijvoorbeeld de onderzoekers die zich richten op de bezwaarprocedure, de krachten en de data zouden bundelen om één groot gezamenlijk project uit te voeren over de bezwaarprocedure. Dat kan leiden tot een completer beeld van het functioneren van die procedure, de mogelijke aanpassingen en alternatieven en de consequenties daarvan. Ik vind het een mooi idee. Mocht er meer animo zijn, dan houd ik mij aanbevolen. Ik verwacht dat ik, net als de Awb, er de komende 25 jaar nog wel ben.

Alex Brenninkmeijer¹²⁶

Rechtszekerheid ex ante en ex post

Het 25-jarig jubileum van de Awb wordt naast dit speciale nummer van NTB luister bijgezet met verschijning van een bundel met 75 bijdragen die 825 pagina's beslaan. Ruim 500 bestuursrechtjuristen luisterden in de Hofstad uren ingespannen naar de rechtsgeleerde betogen bij de aanbidding van deze bundel aan scheidend regeringscommissaris Awb Michiel Scheltema. Bestuursrecht is in de loop der jaren een complex onderwerp geworden, waaraan specialisten hun hart kunnen ophalen. De aanzwellende stroom jurisprudentie en rechtsgeleerde commentaren vormen een duidelijke illustratie. Vrijwel iedereen zal echter kunnen instemmen met de stelling dat het bestuursrecht geen paradijs voor juristen mag zijn, maar bruikbaar moet zijn voor het openbaar bestuur en de burger en bedrijven die met dat bestuur te maken hebben. Toch is het de vraag hoe die bruikbaarheid onderdeel kan worden en blijven van de interesse van bestuursrechtjuristen. Er bestaat nu eenmaal een natuurlijke neiging tot specialisatie en verbijzondering, waardoor de toenemende complexiteit een gegeven lijkt. Bovendien is de complexiteit van ons bestuursrecht onderdeel van de business case van advocatuur en juridische dienstverlening.

Op basis van mijn ervaring als rechter, nationale ombudsman en lid van de Europese Rekenkamer maak ik mij zorgen om de spanning tussen wat ik noem rechtszekerheid ex ante en ex post. Natuurlijk worden in de dagelijkse bestuurspraktijk vele besluiten in één keer goed genomen. Maar in te veel gevallen geldt bij het nemen van een besluit (ex ante) nog weinig rechtszekerheid omdat die pas het resultaat is van

125 N. Doornbos, 'Voorbij procedurele rechtvaardigheid. De betrekkelijkheid van de beleving van respondenten', *RdW* 2017, p. 99-119.

126 Prof. dr. A.F.M. Brenninkmeijer is Nederlands lid van de Europese Rekenkamer en hoogleraar Institutionele aspecten van de rechtsstaat aan de Universiteit Utrecht.

mogelijk langdurige juridische procedures die een onzekere uitkomst kunnen hebben; ex post rechtszekerheid, die verbonden is met formele rechtskracht. Deze spanning speelt overigens ook in het burgerlijk recht en in het strafrecht. In de Awb ligt besloten dat met rechtsbescherming in bezwaar, beroep, hoger beroep met eventueel prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie in Luxemburg een sluitend en hoogwaardig beslissingsysteem is ontwikkeld om alle mogelijke vragen over de juiste toepassing van ons bestuursrecht tot beantwoording te brengen. De praktijk verdraagt naar mijn indruk vaak echter niet de onzekerheid die gemoeid kan zijn met de tijd die verstrijkt tussen de ex ante en ex post rechtszekerheid. Effectief bestuursrecht moet ertoe bijdragen dat de tijdsafstand tussen ex ante en ex post rechtszekerheid zo beperkt mogelijk wordt.

Een illustratie vormen mijn ervaringen bij de Centrale Raad van Beroep waarvan ik in 1988 lid werd. Op dat moment kampte de CRvB met flinke achterstanden en de doorlooptijden waren problematisch. Bij mijn afscheid als vicepresident in 2002 voelde ik mij opgelucht dat ik niet meer medeverantwoordelijk was voor de nog immer bestaande achterstanden en lange doorlooptijden. In de zomer van 2017 stelde ik als mystery guest bij een seminar van raadsheeren in de CRvB aan de orde dat bij iedere uitspraak steeds gekeken moet worden naar vier data: primair besluit, beslissing op bezwaar, uitspraak rechtbank en uitspraak CRvB. Op die manier wordt de tijds-spanne tussen rechtszekerheid ex ante en ex post duidelijk zichtbaar en die bedraagt bij de CRvB vele jaren. Daaraan voegde ik toe dat de meeste burgers bij de CRvB – na jaren – volgens onderzoek van o.a. Bert Marseille en Marc Wever, ongelijk krijgen.¹²⁷ Tegelijkertijd bestaat er naar mijn ervaring binnen de CRvB bij de behandeling en afdoening van zaken een structurele (1988-2017) hang naar detaillering van de behandeling en afdoening van zaken. De vraag leek mij in 2017 gerechtvaardigd waarom de CRvB in dertig jaar structureel niet in staat is gebleken om de afstand tussen ex ante en ex post rechtszekerheid te verkleinen. Ik wil recente initiatieven van de CRvB geen onrecht aandoen, maar ik vind het verontrustend dat kennelijk die traagheid in het DNA van de CRvB zit.

Om de afstand tussen ex ante en ex post rechtszekerheid goed in beeld te krijgen is het belangrijk dat er een voortdurende terugkoppeling plaatsvindt op de toepassing van de Awb vanuit de gebruikerservaringen zoals door Annalies Outhuijse bepleit. Bij die terugkoppeling gaat het niet alleen om de vraag of de

Awb juist is toegepast, maar ook of de gebruikers van de Awb de toepassing van die wet als rechtvaardig hebben ervaren; de ervaren procedurele rechtvaardigheid als kompas voor de voortdurende herijking van de werking van deze wet. Annalies Outhuijse geeft aan de hand van onder meer de bijdrage van Nienke Doorenbos aan de bundel 25 jaar Awb een kort overzicht. Vanwege de procedurele rechtvaardigheid is het daarom noodzakelijk dat in het bestuursrecht niet alleen naar het normatieve Awb-kader wordt gekeken, maar ook naar de empirische onderbouwing van de bruikbaarheid van de wet. Terecht stelt Outhuijse dat er verschillende soorten gebruikers van de Awb zijn en dat die verschillend kunnen aankijken tegen de werking van de wet. Dat lijkt mij een goed aanknopingspunt voor nader onderzoek zoals door Annalies Outhuijse bepleit en ik wens haar daar de komende 25 jaar veel succes mee.

In mijn bijdrage aan de bundel 25 jaar Awb stelde ik het perspectief van 'de burger' centraal en daarbij valt te denken aan de mensen die zich zoal bij de nationale ombudsman melden in verband met de problemen die zij met de overheid ervaren. Te denken valt aan een bijstandsgerechtigde die met sancties geconfronteerd wordt. Terecht is de aandacht voor die burger toegenomen. Maar Outhuijse stelt in haar interventie dat bij voorbeeld in het mededingingsrecht een heel andere categorie gebruikers van de Awb aan de orde is, waarvoor een kosten-batenanalyse zwaarder weegt. Die ervaring deel ik ook vanuit de Europese Rekenkamer die een doelmatigheidsaudit uitvoert naar de besluitvorming van DG Competitie inzake mededingings- en kartelwetgeving.

Bij die audit kijken we niet alleen naar DG Competitie, maar ook naar de mededingings- en kartelautoriteiten in verschillende lidstaten zoals Bulgarije, Duitsland, Frankrijk, Nederland en Polen. De Europese Commissie kent een procedure op tegenspraak, maar geen bezwarenprocedure zoals die voor de ACM in Nederland geldt. Hoewel Duitsland een bezwarenprocedure kent, is die niet van toepassing op besluiten van het Bundeskartellamt, maar wel een herzieningsprocedure verbonden met het toepasselijke sanctierecht. In Bulgarije en Frankrijk geldt ook geen procedure die vergelijkbaar is met ons bezwaar. In Polen is er een procedure voor de president van de competitieautoriteit die in de richting komt van onze bezwarenprocedure. Gelet op de grote verwevenheid van nationaal mededingingsrecht met EU-mededingingsrecht en de opkomende globalisering van markten zijn deze verschillen niet zonder betekenis. Weliswaar kent Nederland in art. 7:1a van de Awb ook de variant van rechtstreeks beroep, doch die toepassing is afhankelijk van instemming van het betrokken bestuursorgaan.

127 Bert Marseille & Marc Wever, 'Winstkans, finaliteit en snelheid in het bestuursrechtelijke hoger beroep revisited, Intrigerend, voorspelbaar en teleurstellend', *NJB* 2018/1191 (p. 1712-1720).



Alex Brenninkmeijer

Foto: André van Haasteren Fotografie

Kartelboetes kunnen flink oplopen en op het eerste gezicht zou verwacht kunnen worden dat bedrijven alle belang hebben bij het met alle middelen aanvechten van boetes. Dat blijkt in de praktijk vaak anders te liggen. Accountants kunnen bij hun controle op de risico's in de jaarcijfers van een onderneming, bij voorziening voor een te voeren procedure over een aanzienlijke boete, de vraag aan de orde stellen of de onderneming nog wel 'in control is'. Als er nog lang geprocedeerd kan worden dan vormt de reservering voor een mogelijke boete een onzekere post op de begroting. Afgezien van reputatiekwesaties kan het om die reden zijn dat ondernemingen niet beginnen aan juridische procedures om zo eerder zekerheid te verkrijgen. Dat geldt ook bij strafvervolgning. Zoals zo vaak: onzekerheid weegt zwaarder dan een sanctie. Hier blijkt dus de afstand tussen rechtszekerheid ex ante en ex post doorslaggevende betekenis te hebben.

Deze rechtszekerheid speelt naar mijn ervaring ook bij onderzoeksprogramma's als FP7 (van 2007-2013), Horizon 2020 (van 2014-2020) en het nieuwe Horizon Europe (2020-2027). De Europese Rekenkamer beoordeelt in het kader van de jaarlijkse zekerheidsverklaring (accountantsverklaring) de rechtmatigheid van de EU-bestedingen. Op basis van een representatieve steekproef onder alle transacties controleert de rekenkamer op het niveau van begunstigden (universiteiten, onderzoeksinstituten, bedrijven) of de bestedingen volgens de toepasselijke wetgeving plaatsgevonden hebben. Deze controles vinden veelal een aantal jaren later plaats, als sluitstuk van een serie audits. De gevolgen van aangetroffen onregelmatigheden zijn verstrekkend, omdat er terugvoeringen plaatsvinden, waarover weer lange procedures gevoerd kunnen worden. De meeste fouten worden gemaakt bij het berekenen van te declareren personeelskosten; het foutpercentage ligt op ongeveer 4,5%. De oorzaak ligt in de complexiteit van FP7 en Horizon 2020, slechts in enkele gevallen is er sprake van opzet (fraude). Nu Horizon Europe in ontwikkeling is, heeft de ERK met een briefing paper en met

een audit inzicht proberen te geven in de effecten van vereenvoudiging van deze programma's.¹²⁸

De ERK stelde dat deze programma's naar hun aard erg ingewikkeld zijn, maar dat de Europese Commissie met het creëren van interfaces de rechtmatige toepassing kan versterken. Deze interfaces bespreek ik ook in mijn bijdrage aan de bundel 25 jaar Awb aan de hand van mijn ervaringen als nationale ombudsman. Ik noem hier slechts de onderdelen van deze interface, zoals die in veel Awb zaken toegepast kan worden: persoonlijk contact, mensen serieus nemen, hen behoorlijk behandelen en vanuit vertrouwen.¹²⁹ Deze interface zou ook beschouwd kunnen worden als een concrete invulling van het responsieve bestuursrecht zoals door Michiel Scheltema bepleit. Dat betekent dat bij klachten en bezwaren en eventueel in de fase van beroep bij de rechter niet alleen gekeken wordt naar het bestreden besluit en het juridische geschil over de rechtmatigheid ervan, maar ook naar het achterliggende conflict. Deze benadering heeft uitwerking gevonden in het kader van het project Prettig Contact met de Overheid (later door de ROB met calvinistische zuinigheid 'Passend Contact met de Overheid' genoemd¹³⁰). En deze aanpak heeft bewezen dat geschillen effectiever opgelost kunnen worden dan met inzet van de traditionele juridische middelen. In die responsieve aanpak krijgt de procedurele rechtvaardigheid voldoende aandacht met als gevolg dat de aanvaardbaarheid van besluiten in veel gevallen vergroot wordt.

Beide voorbeelden op basis van mijn ervaringen bij de Europese Rekenkamer illustreren het punt dat Annalies Outhuijse maakt: het is belangrijk om de resultaten van onderzoek niet te generaliseren en nader onderzoek te doen naar de effecten van procedurele rechtvaardigheid bij de vele verschillende onderwerpen en partijen die in het bestuursrecht aan de orde kunnen zijn. Daarbij is belangrijk om niet alleen naar het normatieve bestuursrechtelijke kader te kijken, maar ook de gedragswetenschappelijke effecten.

8. Invloed van innovatie en digitalisering op de Awb

Het laatste – maar zeker niet het minst belangrijke – onderwerp betrof op 8 februari 2019 de invloed van innova-

128 Een bijdrage aan de vereenvoudiging van het EU-onderzoeksprogramma na Horizon 2020 Briefingdocument Maart 2018; www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/Briefing_paper_H2020/Briefing_paper_H2020_NL.pdf ERK speciaal rapport 2018, nr. 18; www.eca.europa.eu/Lists/ECA-Documents/SR18_28/SR_HORIZON_2020_NL.pdf.

129 Zie ook Alex Brenninkmeijer, *Moreel leiderschap*, Amsterdam: Prometheus 2019.

130 <https://prettigcontactmetdeoverheid.nl/samenwerken/bijeenkomsten/hoe-hoort-het-eigenlijk-passend-contact-tussen-overheid-en-burger>. 'Prettig' vormde wat mij betreft een mooie vertaling van het effect van de ervaren procedurele rechtvaardigheid.

tie en digitalisering. Ook de Awb wordt met de turbulente digitale ontwikkelingen geconfronteerd. Een wet die een kwart eeuw oud is heeft het maatschappelijke en technologische landschap ingrijpend zien veranderen. Ten tijde van het tot stand komen van deze wet stond de digitalisering nog in de kinderschoenen. Papier was in het verkeer tussen bestuur en burger de standaard. En er was uiteraard telefoon- en faxverkeer. Door de sterke opkomst van de automatisering en de informatietechnologie wordt het verkeer tussen overheid en burger steeds vaker (volledig) digitaal vormgegeven.¹³¹ De mogelijkheden hiertoe werden niet alleen ruimer maar kregen geleidelijk ook – op bijzondere deelterreinen – een meer verplichtend karakter. Dit roept nieuwe en indringende vragen op over de rechtspositie van de burger.¹³²

Een algemene bestuursrechtelijke wet moet hierop reageren en bij voorkeur ook anticiperen. Een eerste belangrijke aanzet hiertoe werd gegeven met de komst van Afdeling 2.3 Awb, waarin normen zijn te vinden voor ‘verkeer langs elektronische weg’. Duidelijk is dat dit slechts een eerste tussenhalte was en dat de ontwikkelingen – die nog maar zeer ten dele zijn te overzien – vragen om veel meer. De Awb zal de komende jaren meer ‘digiproof’ moeten worden gemaakt, zowel wat betreft het besluitvormingsrecht als wat betreft het rechtsbeschermingsrecht.

Het inhoudelijk deel van het congres werd afgesloten met boeiende bijdragen van Fatma Çapkurt en Bart Jan van Ettehoven. De eerste hield een vlammend betoog voor meer aandacht van de Awb-wetgever voor het normeren van dataverzameling en -gebruik door bestuursorganen en de rechtsbescherming van burgers in die context. Haar referent Bart Jan van Ettehoven was het roerend met haar eens. De bestuursrechters lopen nu al tegen ingewikkelde vraagstukken aan door de digitaliseringstendens. Er zullen duidelijkere normen moeten worden ontwikkeld op dat gebied dan de huidige algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de rechters nu hanteren om de rechtsvragen te beantwoorden.

In dit verband deed Van Ettehoven talrijke suggesties die de komende jaren zeker zullen terugkeren op de bestuursrechtelijke agenda. In ieder geval moet de ‘data awareness’ van onder meer de rechter naar een hoger plan. Er moet goed worden nagedacht over de normering van digitale besluiten waarbij de uitlegbaarheid (het ‘right to explanation’) cruciaal is. Reproduceerbaarheid van resultaten en het afleggen van verantwoording zijn eveneens van groot belang. Ook kan men denken aan belangrijke beperkingen waarbij algoritmische besluitvorming bijvoorbeeld wordt uitgesloten bij gevoelige materie. In het betoog van Van Ettehoven kwam naar voren dat de menselijke maat belangrijk blijft, maar dat de (bestuurs)rechter slechts beperkt invloed kan uitoefenen op de complexe ontwikkelingen.

131 Vgl. bijv. de VAR-adviezen van Groothuis, Prins en Schuyt in: *De digitale overheid* (VAR-reeks 146), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

132 Vgl. G.-J. Zwenne & A. Schmidt, ‘Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?’, in: *Homo digitalis* (Handelingen NJV 2016-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 307 e.v.

Fatma Çapkurt¹³³

Bestuursrechtelijke uitdagingen bij de normering van de data-gedreven overheid

1. Inleiding

De samenleving en de overheid zijn de afgelopen jaren in een razendsnel tempo gedataficeerd. Dit heeft geleid tot de ontwikkeling van een nieuwe type overheid: de data-gedreven overheid. Hoewel de data-gedreven overheid in zekere zin in het verlengde ligt van de digitale overheid, onderscheidt zij zich op een aantal wezenlijke punten. Waar de digitale overheid ICT heeft ingezet om de interne informatieverzamelingsprocessen effectiever en efficiënter te maken, door gecompartmenteerde papieren informatiestromen te digitaliseren en in ketens tussen bestuursorganen uit te wisselen en om geautomatiseerde besluiten in de zin van 1:3 Awb te generen,¹³⁴ geven data binnen de data-gedreven overheid juist sturing.¹³⁵ Vaak besluit een bestuursorgaan op grond van de informatie die uit de data wordt gedestilleerd om wel of niet te handelen. In dat opzicht ‘stuurt of drijft’ de data de bestuurshandeling en vormt de wijze waarop de overheid data inzet een nieuwe manier van machtsuitoefening buiten de procedure van de totstandkoming van de bestuurlijke besluitvormingsprocedure van art. 1:3 Awb om.¹³⁶

Hoewel data-gedreven bestuur goed aansluit bij het overheidsstreven om beschikbare data in te zetten voor een effectief en efficiënt openbaar bestuur zoals neergelegd in het regeerakkoord,¹³⁷ creëert deze werkwijze nieuwe en fundamentele vragen voor de bestuursrechtpraktijk. Ondanks dat in het bestuurs-

133 F. Çapkurt LL.M. is verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en verricht promotieonderzoek naar de opslag, verwerking en uitwisseling van persoonsgegevens in het publieke domein.

134 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Actieprogramma Elektronische Overheid. Een efficiëntere en effectievere overheid op de elektronische snelweg*, Den Haag 1998. WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 33, P. Dunleavy, H. Margetts, S. Bastow & J. Tinker, *Digital era governance: It corporations, the State and e-government*, Oxford: Oxford University Press 2006 en V. Mayer-Schönberger & D. Lazer, ‘From electronical government to information government’, in: V. Mayer-Schönberger & D. Lazer (red.), *Governance and information technology: from electronic government to information government*, Massachusetts: MIT Press 2007.

135 Ook gebruiken verschillende Behavioural Insight Teams binnen de overheid data-analyses om het gedrag van burgers bij te spelen op basis van inzichten uit gedragswetenschappen. Zie hierover S. Ranhardás, ‘Nudging Citizens through Technology in Smart Cities’, *International Review of Law, Computers & Technology* (33) 2019, R. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2009, J. Evers, ‘In de schaduw van de rechtsstaat: profilering en nudging door de overheid’, *Computerrecht* 2016/84 (p. 170).

136 F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, ‘Blinde vlek in de Awb: data’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 253-265.

137 Regeerakkoord 2017 Vertrouwen in de toekomst, p. 7. Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 17050, 541, p. 3.

rechtelijke discours al ruime tijd wordt nagedacht over de bestuursrechtelijke normering van de digitale overheid,¹³⁸ wordt aan de normering van de data-gedreven overheid minder aandacht besteed. In verschillende onderzoeksrapporten en adviezen vragen daarom onder meer de Afdeling Advisering van de Raad van State, het Rathenau Instituut en de WRR aandacht voor deze ontwikkeling.¹³⁹

De Algemene wet bestuursrecht is 25 jaar geleden vastgesteld. De data-gedreven overheid moest toen nog tot ontwikkeling komen. Deze bijdrage onderzoekt of de Algemene wet bestuursrecht slaagt in de normering van deze data-gedreven overheid. Daartoe zullen eerst in paragraaf 2 de contouren van de data-gedreven overheid, mede aan de hand van voorbeelden van data-gedreven bestuurshandelingen, worden omschreven. Daarna ga ik in paragraaf 3 en 4 na welke bestuursrechtelijke knelpunten zich voordoen in de normering van de data-gedreven overheid. Paragraaf 5 sluit af met een conclusie en een oproep voor de politiek.

2. De data-gedreven overheid

De data-gedreven overheid is in wezen het resultaat van drie aan elkaar gerelateerde ontwikkelingen. In de eerste plaats is de hoeveelheid data explosief toegenomen. Data worden tegenwoordig haast automatisch als bijproduct van dagelijkse handelingen gegenereerd. Omdat de offlinewereld en de onlinewereld steeds meer op elkaar ingrijpen – denk aan de technologische ontwikkeling waarbij slimme apparaten en producten zoals sensoren, smartphones en smartwatches met het internet verbonden zijn (*the Internet of Things*) – zal die hoeveelheid data de aankomende jaren alleen maar groeien. In de tweede plaats is de capaciteit om data op te slaan toegenomen, terwijl de kosten van data-

opslag zijn afgenomen.¹⁴⁰ Hierdoor is het voor de overheid eenvoudiger om meer data te verzamelen. In de derde plaats slagen overheden er steeds beter in om data om te zetten naar relevante en bruikbare informatie. Rauwe geïsoleerde data zijn op zichzelf betekenisloos. Data krijgen pas betekenis en meerwaarde als ze kunnen worden omgezet naar bruikbare kennis en informatie. Geavanceerde informatietechnologieën zoals *datamining* en artificiële intelligentie zijn hierop gericht: deze technologieën hebben de opslag-, reken- en analysecapaciteit om in grote hoeveelheden data nieuwe patronen te ontdekken en op basis van die patronen voorspellingen te doen.

Data-gedreven fraudeopsporing is hier een voorbeeld van.¹⁴¹ Bestuursorganen beschikken niet over de publieke middelen om iedere individuele burger of elk bedrijf te controleren. Uit data-analyses kunnen echter patronen en correlaties gedestilleerd worden, op basis waarvan gerichte controles kunnen worden uitgevoerd om fraude te bestrijden. Hierdoor kan de beperkte handhavingscapaciteit effectiever worden aangewend. Hoewel de literatuur ter illustratie vaak naar het Systeem Risico Indicatie verwijst,¹⁴² bestaan tal van andere voorbeelden van data-gedreven fraudeopsporing. Data-analyses spelen ook een belangrijke rol bij het voorkomen van onterechte toekenningen van uitkeringen. Het UVW heeft bijvoorbeeld een risicoprofiel ontwikkeld, dat onterechte toekenningen van WW-faillissementsuitkeringen kan signaleren. Dankzij dit risicoprofiel heeft het UWV in 2016 € 2.1 miljoen op de uitkeringslasten WW bespaard door onterechte aanvragen niet te honoreren.¹⁴³ Daarnaast gebruiken de gemeentes Lekstroom, Nissewaard, Middelburg en Veere privaat ontwikkelde software om bijstandsfraude op te sporen, waarbij de software wordt gevoed door historische data, waarbij in totaal twee- tot driehonderd variabele data die over een periode van 25 jaar zijn verzameld door de overheid worden gekoppeld en geanalyseerd.¹⁴⁴

Het is niet alleen de controlerende overheid die gebruikmaakt van data-analyses. De verzorgende overheid, die kwetsbare burgers binnen de samenleving wil bijstaan, maakt hier ook gebruik van. Zo worden data-analyses ingezet om uitkeringsgerechtigden te ondersteunen in het complexe geheel van wet- en re-

138 W.J.M. Voermans, *Sturen in de mist... maar dan met radar: een onderzoek naar praktisch haalbare vormen van computerondersteuning bij het ontwerpen van regelgeving* (diss. Tilburg) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, H. Franken, *Beschikken en automatiseren* (preadviezen VAR, VAR-reeks 110), Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, M.M. Groothuis, J.E.J. Prins & C.J.M. Schuyt, *De digitale overheid*, (preadviezen VAR, VAR-reeks 146) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, G.-J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in: *Homo digitalis. Preadviezen (handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2016-I, Deventer: Wolters Kluwer 2016, A. Tollenaar, 'Effecten van informatisering op de kwaliteit van beschikkingverlening', Bestuurswetenschappen 2010, afl. 4, p. 28-46, S. Zouridis, Digitale disciplineren. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen*, Delft: Eburon 2000, B.M.J. van der Meulen, 'Digitaal bestuursrecht', *M&M* 2001, afl. 8, M. Lips, V. Bekkers & A. Zuurmond (red.), *ICT en openbaar bestuur. Implicaties en uitdagingen van technologische toepassingen voor de overheid*, Utrecht: Lemma 2005

139 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, Rathenau Instituut, *Opwaarderen. Borgen in publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017, Afdeling Advisering Raad van State, 'Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen', (Advies W04.18.0230/1), Rathenau Instituut, *De datagedreven samenleving. Achtergrondstudie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2015, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

140 B. Custers, 'Big data en big data-technologie', in: P. Blok (red.), *Big data en het recht: een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Den Haag: Sdu 2017, p. 17-21.

141 Centraal bureau voor de statistiek, *Verkennd onderzoek naar het gebruik van algoritmes binnen overheidsinstanties*, november 2018, p. 7.

142 G.J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in: *Homo digitalis (Handelingen NJV, deel 2016/1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 307-385, N. Jak & S. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid', *NJB* 2018/2102.

143 Jaarverslag UWV, p. 30 (par. 5.2 risicomangement).

144 M. Hijink, 'Algoritme voorspelt wie fraude pleegt bij bijstandsuitkering', *NRC* 8 april 2018.

gelgeving.¹⁴⁵ De gemeente Almere gebruikt het *early warning system* (EWS) Straatkubus om leefbaarheidsproblemen binnen de stad vroegtijdig te signaleren. Het systeem biedt de mogelijkheid om data over de bevolkingssamenstelling, inkomen, huurachterstanden, schuldhulpverlening, zorgconsumptie, schooluitval, waardeontwikkeling woningvoorraad, milieu-incidenten, meldingen overlast openbare ruimte en de sociaaleconomische situatie en armoedepreventie met elkaar te combineren en te vergelijken, op basis waarvan bestuursorganen en betrokken hulpverleners kunnen interveniëren.¹⁴⁶ Een ander voorbeeld zien we in de gemeente Groningen, die een blockchaintoepassing heeft ontwikkeld met CGI, een private IT-consultant, en de Groningse Kredietbank. Voorheen wisten de betrokken partijen met moeite grip te krijgen op de persoonlijke financiële situatie van de burger binnen de schuldhulpverlening, omdat geen van hen kon beschikken over alle benodigde informatie maar elk van hen wel over een deel daarvan. De blockchaintoepassing heeft het proces van informatieverzameling over de actuele stand van betalingsachterstanden, inkomsten en uitgaven in een oogopslag voor alle betrokken partijen overzichtelijk gemaakt.¹⁴⁷ Daarvan kunnen zowel burgers alsook de betrokken publieke (en private) partijen profiteren.

3. Bestuursrechtelijke problemen bij de normering van data-gedreven handelen

De overheid gaat dus steeds meer data-gedreven te werk, wat een effectievere en efficiëntere inzet van publieke middelen als voordeel met zich meebrengt. Maar er bestaan ook risico's. De voor het bestuursrecht relevante vraag hierbij is in hoeverre de Algemene wet bestuursrecht erin slaagt deze data-gedreven overheid te normeren. Ik signaleer meerdere kwetsbaarheden.

3.1 Data als blinde vlek van de Awb

Allereerst valt de registratie en verwerking van data grotendeels buiten de reikwijdte van de Awb. De bestuurlijke besluitvormingsprocedure veronderstelt dat de burger, wanneer hij een beschikking aanvraagt, zelf informatie aanlevert aan het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het verlenen van zo'n beschikking.¹⁴⁸ In de data-gedreven samenleving komt deze premisse echter onder druk te staan. De data-gedreven overheid kan namelijk ook aan de benodigde informatie komen zonder dat de bur-

ger die aanlevert. Zo kunnen bestuursorganen data over burgers uitwisselen met andere bestuursorganen onderling of private bedrijven, bijvoorbeeld door databestanden te koppelen.¹⁴⁹ Dit proces van gegevensverzameling vindt plaats buiten de bestuurlijke besluitvormingsprocedure en vormt een feitelijke handeling. Het verzamelen van gegevens als zodanig is immers niet op een bepaald rechtsgevolg gericht en kwalificeert daarom niet als een besluit in de zin van de Awb.¹⁵⁰

Hoewel de focus van de Awb ligt op de normering van 'besluiten', zijn de normen uit afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van de Awb van overeenkomstige toepassing op feitelijke bestuurshandelingen, voor zover de aard van de handeling zich hier niet tegen verzet.¹⁵¹ De vraag is echter in hoeverre deze normen enige betekenis hebben. Wanneer een bestuursorgaan deze normen niet in acht neemt bij de gegevensvergarig of -verwerking staat voor de burger geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open: een appellabel besluit ontbreekt immers. De burger heeft in dergelijke kwesties alleen toegang tot de burgerlijke rechter, die als restrechter bevoegd is om geschillen over feitelijke handelingen waar te nemen. Dit leidt evenwel tot de vreemde en onwenselijke situatie dat de burgerlijke rechter moet oordelen over de rechtmatigheid van de gegevensverwerking door een bestuursorgaan, op grond waarvan dat bestuursorgaan al dan niet overgaat tot een besluit met publiekrechtelijke rechtsgevolgen voor een belanghebbende burger.

Wat betreft het normeren van de feitelijke handeling van gegevensvergarig is de Awb dan ook een papieren tijger. De Awb heeft nauwelijks oog voor de wijze waarop het bestuursorgaan aan de informatie komt ten behoeve van zijn besluitvorming. Neem bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel stelt dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis en relevante feiten vergaart. Wat onder kennis vergaren exact wordt verstaan, wat de juridische randvoorwaarden zijn om deze kennis te vergaren, en of deze kennis mag worden bewaard, voor andere besluiten mag worden gebruikt, of bij andere bestuursorganen of private organisaties kan worden opgevraagd, daar zegt de Awb niets over.

3.2 Gebrek aan openbaarheid van softwaregebruik in de publieke sector

Het tweede probleem is dat bestuursorganen veelal zelf niet de technologie bezitten om data te koppelen en analyseren. Zij zijn hiervoor vaak afhankelijk van

145 Kamerstukken II 2017/18, 17050, 541, p. 3.

146 Zie hierover https://hetccv.nl/onderwerpen/informatiepositie-gemeenten/voorbeeldgemeenten/gemeente-almere-vis/enwww.platform31.nl/uploads/media_item/media_item/14/70/Almere_Straatkubus_-_Smart_Cities_Platform31-1383919926.pdf. Geraadpleegd op 19 februari 2019.

147 'Blockchain helpt Groningse inwoners met schulden', iBestuur 19 april 2018, geraadpleegd op 19 februari 2019 via <https://ibestuur.nl/partner-cgi/blockchain-helpt-groningse-inwoners-met-schulden>.

148 Art. 4:2 lid 2 Awb.

149 WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 97.

150 ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1114, m.nt. L.J.A. Damen.

151 Zie art. 3:1 lid 2 Awb.

derden.¹⁵² Een belangrijke vraag die samenhangt met deze constatering is de vraag naar sturing en controle van particulier of publiek ontwikkelde software die bestuursorganen in de publieke sector inzetten om toezicht-, handavings- en inspectiehandelingen te verrichten. Zo kunnen op privaat ontwikkelde algoritmes intellectuele eigendomsrechten rusten waardoor de wijze waarop algoritmes functioneren niet zonder meer kan worden geopenbaard.¹⁵³ De Hoge Raad heeft in het *Technip*-arrest geoordeeld dat algoritmes auteursrechtelijk beschermd kunnen worden,¹⁵⁴ indien zij een eigen, oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen.¹⁵⁵ Het is dan ook maar de vraag of, en zo ja, in hoeverre bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur zoals het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel erin zullen slagen privaatrechtelijke (intellectuele) eigendomsrechten te doorbreken.

De Wob lijkt op het eerste gezicht meer soelaas te brengen. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie inzake de Wob dat bij conflicten tussen de Wob en intellectuele eigendomsrechten zoals de Auteurswet, de eerstgenoemde voorrang heeft.¹⁵⁶ Dit betekent dat intellectuele eigendomsrechten niet zonder meer in de weg kunnen staan aan de openbaarheid van (privaat ontwikkelde) software. Tegelijkertijd blijkt uit jurisprudentie over de Wob dat de openbaarheid van (privaat ontwikkelde) software beperkt is. Documenten die de opbouw en werking van software bevatten, kwalificeren namelijk als bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en onder c van de Wob¹⁵⁷ en zijn daarmee uitgezonderd van de open-

baarmakingsverplichting.¹⁵⁸ Op grond van art. 10 lid 2 onder b Wob kan een tweede uitzonderingsgrond voor openbaarheid worden gevonden. Als bestuursorganen gebruikmaken van software in het kader van toezicht, handhaving en inspectiehandelingen kan het belang van geheimhouding van software prevaleren boven het belang van openbaarheid.¹⁵⁹ De ratio hierachter is dat openbaarheid van deze informatie de effectiviteit van (toekomstige) inspectie, controle of toezicht door de overheid kan beperken omdat openbaarmaking anticiperend gedrag bevordert.¹⁶⁰



Fatma Çapkurt

Foto: André van Haasteren Fotografie

Problemen inzake de normering van software beperken zich niet tot particuliere software. Wanneer de overheid de kennis om software te ontwikkelen in huis haalt om de bestuursrechtelijke besluitvorming (deels) mee te automatiseren doen zich eveneens problemen voor op het niveau van controle en toezicht.¹⁶¹ De normen uit de Awb reguleren in beginsel de duale rechtsbetrekking tussen de burger en het bestuursorgaan en hebben als uitgangspunt dat bestuursorganen beschikkingen nemen op grond van op het individuele geval toegespitste feitenvergaring en belangenafweging. De controlemechanismen uit de Awb zijn ook voornamelijk toegespitst op deze praktijk. Deze normen zijn echter niet één op één toepasbaar (deels) geautomatiseerde besluitvormingsprocedures, waarbij het bestuursorgaan bij wet wordt verplicht gebruik te maken van software. Neem bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel uit art. 7:12,

152 S. Ranchordás, 'Cities as Corporations? The Privatization of Cities and the Automation of Local Law', *Oxford Law and Autonomous Systems Series* 2018, A.C.M. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk' in *Algemene regels in het bestuursrecht*, (VAR-pleadadviezen VAR-reeks 158) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 165 en M.M. Groothuis, 'Wetgever en ICT. Over de rol van de wetgever, het bestuur en de burgers', *Regelmaat* 2008, afl. 6, p. 219-229.

153 Nederland is hier niet uniek in. In andere landen, waaronder de VS, doet deze ontwikkeling zich ook voor. Zie R. Brauneis & E.P. Goodman, 'Algorithmic Transparency for the Smart City', *Yale Journal of Law & Technology*, (20) 2018, p. 103-176.

154 HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7508 (*Technip*).

155 HR 1 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZX0104, m.nt. Verkade (*Romme/Van Dale*). Zie in dat kader ook HvJ EU 2 mei 2012, C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 (*SAS Institute/World Programming Ltd.*), r.o. 67 waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie overweegt dat via de keuze, de schikking en de combinatie van woorden, cijfers of wiskunde concepten intellectuele scheppingen kunnen ontstaan waarin computerprogramma's auteursrechtelijk kunnen worden beschermd.

156 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3527, *Kamerstukken II* 1987/88, 19859, 6, p. 20-21, *Kamerstukken II* 1999/00, 26387, 7, p. 14.

157 Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak dient art.10 lid 1, aanhef en onder c, van de Wob naar zijn aard restrictief te worden uitgelegd. Van bedrijfs- en fabricagegegevens is slechts sprake, indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers. Ook gegevens die uitsluitend de financiële bedrijfsvoering betreffen, kunnen onder omstandigheden als bedrijfsgegevens worden aangemerkt. Zie hiervoor ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:605, r.o. 13.2

158 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2045, r.o. 4.3, m.nt. M.A.J. West.

159 E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, p. 340 en ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2045 (r.o. 4.3), m.nt. M.A.J. West. Zie ook ABRvS 21 januari 2009, AB 2009/93, m.nt. P.J. Stolk, r.o. 2.3.1. Hoewel in de memorie van toelichting bij de WOB enkel gesproken wordt over het gebruik van steekproefgewijze systemen voor het vaststellen van niet-strafbare feiten is het vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak dat dit voorbeeld niet uitputtend is bedoeld: ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6779, m.nt. P.J. Stolk.

160 Wob-verzoek Systeem Risico Indicatie 5 juli 2017, De Minister van Sociale Zaken.

161 B.M.A. van Eck, S. Zouridis & M. Bovens, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101 (p. 3013 e.v.).

3:46 en 3:47 Awb. Dit beginsel verlangt dat bestuursorganen aan burgers inzicht moeten verschaffen in de gevolgde gedachtegang van het bestuursorgaan. Het motiveringsbeginsel, dat primair het handelen van het bestuursorgaan dat een besluit normeert, is lastig toe te passen in de situatie waarbij een derde partij software ontwikkelt en nalaat inzichtelijk te maken hoe de software werkt.¹⁶² Als de softwareontwikkelaar niet transparant is over de wijze waarop het programma dat een bestuursorgaan (verplicht) gebruikt voor de vergunningverlening werkt, kan het bestuursorgaan de burger hierover niet informeren. Dit probleem heeft zich onder andere voorgedaan bij de programmatische aanpak van stikstof binnen Natura-2000 gebieden. Bij de toestemming van projecten en andere handelingen die stikstof deponeren op Natura 2000-gebieden moeten bestuursorganen verplicht het programma AERIUS gebruiken.¹⁶³ Hierdoor automatiseert de vergunningverlening deels. Hoewel het verplichte gebruik van AERIUS efficiënte besluitvorming mogelijk maakt, legt het ook problemen in de regulering van geautomatiseerde besluitvorming bloot. AERIUS is namelijk niet ontwikkeld door het bestuursorgaan dat over de aanvraag oordeelt, maar door een derde (publieke) partij, namelijk de Ministers van Economische Zaken en Infrastructuur en Milieu. Omdat bestuursorganen geen of beperkt zicht hebben op de wijze waarop het programma functioneert, kunnen zij burgers beperkt informeren over de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen: hoe AERIUS precies werkt, weten ze namelijk niet.¹⁶⁴

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze leemte in de normering van (deels) geautomatiseerde besluitvorming opgevuld door een nieuwe, ongeschreven rechtsnormen te creëren. In de PAS-uitspraak formuleert de Afdeling een actieve openbaarsplicht voor (deels) geautomatiseerde besluitvormingsprocedures en stelt dat de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames die aan het softwareprogramma ten grondslag liggen volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar moeten worden gemaakt op een passende wijze zodat derden deze kunnen controleren. Opvallend is dat de Afdeling zich op dit punt bewust niet richt tot het bestuursorgaan dat de bestreden besluiten had genomen, maar binnen het toetsingskader normen ontwikkelt waar softwareontwikkelaars (in casu de ministers) zich aan moeten houden.¹⁶⁵ De Afdeling heeft door deze rechtsvorming

een stap gezet om het gemis aan wettelijke normen te compenseren.¹⁶⁶

4. Rechtstatelijk bestuursrecht in de data-gedreven context

Net als bij andere wetten en regelgeving, moeten wij ons ook bij de Awb steeds blijven afvragen wat de doelstellingen van het bestuursrecht zijn en of bestuursrechtelijke regelgeving nog wel aan de eisen van de tijd voldoet. In 2015 schrijft Michiel Scheltema, de geestelijk vader van de Awb, dat de doelstellingen van de Awb destijds bescheiden zijn geformuleerd. Hij stelt voor de doelstelling van de Awb te herformuleren als “het bieden van een eigentijds bestuursrechtelijk kader voor effectief bestuur op basis van de waarden van de rechtsstaat”.¹⁶⁷ Uit deze oproep voor een rechtstatelijk bestuursrecht destilleer ik een dubbele instrumentaliteit van de Awb. Ten eerste heeft Awb als systeemwet een regiefunctie in het bieden van een *eigentijds bestuursrechtelijk kader* in het effectief sturen van bestuurshandelingen. Ten tweede moet de Awb effectieve rechtsbescherming bieden aan de burger op basis van de waarden van de *rechtsstaat*.

Het overzicht van wet- en regelgeving op het terrein van het overheidsinformatierecht laat zien dat een effectief bestuursrechtelijk kader voor de normering van de data-gedreven bestuurshandeling momenteel ontbreekt. Zo reguleert de (U)avg de bescherming van persoonsgegevens, normeren bijzondere wetten zoals de Participatiewet, de Wmo en Jeugdwet de omgang met informatie sectorgewijs voor bijvoorbeeld het sociaal domein, normeert de Wob de openbaarheid van gegevens en reguleert de Archiefwet de archivering van gegevensbestanden in de publieke sector. Ook zijn verschillende wetgevingsinitiatieven op nationaal en supranationaal niveau in voorbereiding die het overheidsinformatierecht alleen maar complexer zullen maken, zoals de Wet digitale overheid, de Wet open overheid en de Verordening voor niet-persoonsgegevens. Dit overzicht laat zien dat door verschillende actoren met uiteenlopende motieven een veelheid aan wetgeving in het leven is geroepen om verschillende deelonderwerpen binnen de data-gedreven overheid te normeren, waarbij het object van wetgeving en het toepassingsbereik van de verschillende wetten sterk

162 Zie hierover Kegge en Bogaard die het argument van Assink dat het motiveringsbeginsel dergelijke processen in beginsel kan normeren in twijfel trekken. Zie R. Kegge & G. Boogaard, ‘De programmatische aanpak getoetst’, *M en R* 2018/19 (p. 100) en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, m.nt. B. Assink.

163 Art. 2 lid 1 van de Regeling programmatische aanpak stikstof.

164 R. Kegge & G. Boogaard, ‘De programmatische aanpak getoetst’, *M en R* 2018/19 (p. 100).

165 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS), r.o. 14.4.

166 Naar aanleiding van de PAS-uitspraak is tevens een levendige constitutioneelrechtelijke dialoog ontstaan tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak waarbij de Hoge Raad het toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvormingsprocedures nader heeft geconcretiseerd. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS) en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316 en R. Kegge & G. Bogaard, ‘De programmatische aanpak getoetst’, *M en R* 2018/19 (p. 100) en M. Scheltema, ‘Artificial Intelligence en transnationale private regulering: een nuttige combinatie?’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 783.

167 M. Scheltema, ‘Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?’, *NJB* 2015/814 (p. 1151).

uiteenlopen.¹⁶⁸ Dit heeft tot gevolg dat de Awb nageenog geen rol speelt bij het harmoniseren, vereenvoudigen of systematiseren van datagebruik door bestuursorganen in de publieke sector. Hierdoor kunnen bestuursorganen noch in de Awb, noch in de bijbehorende parlementaire geschiedenis houvast vinden over hoe zij om moeten gaan met data.

5. Visies voor de toekomst

Data vormt dé grondstof voor het data-gedreven bestuur van de 21^e eeuw. Het verzamelen en (al dan niet geautomatiseerd) analyseren van data vormt de nieuwe wijze van machtsuitoefening door de overheid, waarvan ik in paragraaf 2 enkele voorbeelden heb gegeven. In paragraaf 3 en 4 heb ik uiteengezet waarom de Awb er niet in slaagt de data-gedreven bestuurshandeling te normeren. De Awb kan nauwelijks grip krijgen op het proces van dataverzameling buiten de bestuurlijke besluitvorming om, omdat dit kwalificeert als een feitelijke handeling. Een additioneel probleem is dat de normen uit de Awb, die primair de relatie tussen burger en bestuursorgaan reguleren, moeilijk toepasbaar zijn op het handelen van publiek/private softwareontwikkelaars. De Awb, die beperkt blijft tot het normeren van de duale rechtsverhouding tussen burger en overheid en enkel rechtsbescherming biedt tegen besluiten, verliest betekenis in een publieke sector waarin het handelen van het openbaar bestuur meer en meer wordt gedreven door data. Leidt de dataverwerking wél tot een bestuursrechtelijk besluit, dan heeft de Awb meer potentie om het datagebruik te normeren. Hoewel de Awb niet spreekt over de opslag, verwerking of verzameling van data, biedt deze wel verschillende aanknopingspunten om sturing te geven aan de data-gedreven overheid. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, kunnen daarbij een centrale rol krijgen.¹⁶⁹ Van die beginselen gaat echter niet uit zichzelf een normerende werking uit. Bestuursrechters hebben een belangrijke rechtsvormende taak om algemene beginselen van behoorlijk bestuur nader te ontwikkelen om het gemis aan wettelijke regulering te compenseren. Maar ook buiten de reikwijdte van deze beginselen van behoorlijk bestuur kan de ontwikkeling van nieuwe ongeschreven rechtsnormen een oplossing bieden voor de bestaande bestuursrechtelijke schotten in de regulering van de data-gedreven bestuurshandeling. De PAS-uitspraak illustreert de

wijze waarop rechterlijke rechtsvorming in de data-gedreven context kan plaatsvinden.

Een rechtstatelijk bestuursrecht, dat een kader wil bieden voor doelmatig en effectief bestuur, moet om betekenisvol te kunnen zijn in de 21^e eeuw meer oog krijgen voor het reguleren van data-gedreven machtsuitoefening door de overheid. Dit vraagt niet alleen om rechtsvorming door bestuursrechters, maar ook om visie en sturing van de wetgever en de politiek. Met het oog op de toenemende dataficering van het openbaar bestuur mag van de overheid worden verwacht dat zij haar datahuishouding op basis van een samenhangende visie inricht. De staatssecretaris van Economische Zaken heeft die recent voor datavergaring in de private sector geformuleerd.¹⁷⁰ Met het aantreden van het huidige kabinet draagt voor het eerst in de Nederlandse politiek één bewindspersoon (de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties) de verantwoordelijkheid voor de digitale overheid,¹⁷¹ waarbij ik hoop dat uit zijn koker ook een samenhangende visie op datavergaring in de publieke sector zal verschijnen.

*Bart Jan van Ettehoven*¹⁷²

'Big data, algoritmen en behoorlijke bestuursrechtspraak'

Inleiding

Fatma Çapkurt heeft zojuist een overtuigend pleidooi gehouden voor een eigentijds bestuursrechtelijk kader voor effectief bestuur in het datatijdperk. Ik sluit me daar helemaal bij aan. Ik zal proberen er nog enkele gedachten aan toe te voegen over big data, algoritmen, behoorlijk bestuur en behoorlijke bestuursrechtspraak.

Databewustzijn

We leven in een data-gedreven samenleving. Niet alleen het bedrijfsleven bedient zich van big data en artificiële intelligentie (AI), ook de overheid doet dat. Slimme technologieën, zoals blockchain en 'machine learning', worden ingezet bij (automatische) besluitvorming, maar ook in het wetgevingsproces en bij het maken van beleid. De inzet van die technologieën kan op een positieve wijze bijdragen aan de kwaliteit van het openbaar bestuur en de bestuursrechtspraak. En onder kwaliteit reken ik ook de (digitale) toegang tot

168 F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Blinde vlek in de Awb: data', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 253-265 en A.C.M. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk', in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, (VAR-preadviezen VAR-reeks 158) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 173.

169 Ongevraagd advies onder de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, Afdeling Advisering W04.18.0230/I.

170 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat *De Nederlandse visie op datadeling tussen bedrijven*, Den Haag, 1 februari 2019.

171 Kabinetsreactie inzake advies Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen.

172 Bart Jan van Ettehoven is voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en onbezoldigd hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

het bestuur en de bestuursrechtspraak. Maar als we profijt willen trekken van de huidige data-gedreven technologieën, dan moeten we allereerst zorgen dat de datahuishouding van bestuur en bestuursrechtspraak op orde is. Juristen moeten *databewustzijn* ontwikkelen. En bij de bestuursrechtspraak staat het databewustzijn nog in de kinderschoenen. Als de rechtspraak AI wil inzetten¹⁷³ moet worden geïnvesteerd in beschikbaarheid van rechtspraakdata. Wat mij betreft te beginnen met het online plaatsen van ALLE uitspraken van de gerechten.

Naast beschikbare en betrouwbare data hebben we een set aan spelregels nodig hoe met data en AI om te gaan. Die spelregels moeten bijdragen aan het vertrouwen van de burger dat het er eerlijk aan toe gaat. De bestuursrechtspraak heeft de eerste stappen gezet.



Bart Jan van Ettehoven

Foto: André van Haasteren Fotografie

Algoritmen in de bestuursrechtspraak

In het kader van beroepen tegen besluiten over het landelijk Programma Aanpak Stikstof heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich moeten buigen over AERIUS, een rekenmodel dat decentrale bestuursorganen moeten gebruiken om te bepalen of een Wnb-vergunning kan of moet worden verleend. Het programma 'Aerius-calculator' bevat algoritmen die rekenen met omvangrijke dataverzamelingen (big data) met informatie over de uitstoot van stikstof door o.a. de intensieve veehouderij. Als een agrariër invult welk type stal hij wil, op welke locatie, met welk aantal dieren van welke soort en met welke luchtwasser, dan zegt de computer of je een vergunning krijgt. Een fraai voorbeeld van 'computer says YES / computer says NO'.

173 Voor o.a.: wetenschappelijk onderzoek, genereren managementinformatie, zaaktoedeling en roosteren, zaakdifferentiatie en regie, online betalen van griffierecht, partijen zelf een zitting laten boeken – de online zittingsplanner, voorlichting aan partijen – 'neutral evaluation', automatische waarschuwingen bij fatale termijnen, anonimisering van uitspraken, digitaal vervaardigen processen verbaal met speech2text software, ondersteuning bij helder taalgebruik, het ordenen van de relevante feiten, het maken van samenvattingen en tijdlijnen, het ordenen van door partijen aangevoerde argumenten – 'argument mining', beslisondersteuning met suggestie voor de uitkomst, en het terugkoppelen van de "lessen" uit de rechtspraak aan wetgever en bestuur.

En dan gaat het mis. Want als de computer NEE zegt en de vergunning weigert, dan komt de agrariër in beroep. En als de computer JA zegt en een vergunning afgeeft, dan komt een natuur- of milieugroepering in beroep. Het probleem is dat wat de computer ook beslist, het verantwoordelijke decentrale bestuursorgaan niet kan uitleggen waarom de vergunning is verleend of geweigerd. Dat orgaan verwijst voor uitleg naar de centrale overheid, die AERIUS heeft laten bouwen. Het heeft de Afdeling bestuursrechtspraak veel moeite gekost erachter te komen hoe het programma AERIUS werkt en om zicht te krijgen op de "knoppen" waaraan kan worden gedraaid door het bestuur. In de tussenuitspraak van 17 mei 2017¹⁷⁴ kwam de Afdeling tot de volgende conclusie over het gebruik van algoritmen bij bestuurlijke besluitvorming:

"Het PAS, de bijbehorende passende beoordeling en AERIUS brengen echter ook het risico met zich dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames.¹⁷⁵ Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen op het PAS gebaseerde besluiten kan daardoor een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan. Zij kunnen in geval van besluitvorming op basis van een programma dat vanuit hun perspectief is te beschouwen als een zogenaamde "black box" immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen (...).

Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust in dit geval op genoemde ministers en de staatssecretaris de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Deze volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd mogelijk is, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen."

Abbb 2.0

De PAS-zaak is in zekere zin een 'wake up call'. Het was voor mij de eerste keer dat ik werd geconfronteerd met een beroep tegen een besluit dat automatisch is tot stand gekomen met behulp van algoritmes en big

174 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

175 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 mei 2018 (ECLI:NL:HR:2018:672) hetzelfde criterium gebruikt. Zie ook Hoge Raad 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

data. En het zal niet de laatste keer zijn. Dat plaatst de bestuursrechter voor de vraag hoe op eigentijdse wijze invulling te geven aan de grondrechten op een behoorlijk proces ('fair trial', 'equality of arms', 'recht van de verdediging'). Gaan we het redden met een herijking van de bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel? Of is er behoefte aan nieuwe beginselen, abbb 2.0, die meer zijn toegesneden op de inzet van nieuwe technologieën? Is er behoefte aan introductie van het transparantiebeginsel? Of aan andere beginselen? Moet het procesrecht worden gewijzigd? Is er reden bewijsrechtelijke uitgangspunten vast te leggen in verband met de voortschrijdende technologie?

Frankrijk

Misschien is het verstandig eerst wat meer ervaring op te doen met het toetsen van AI-besluiten, jurisprudentie te vormen, en dan te bekijken of wetgeving nodig is en zo ja wat voor wetgeving. Maar we moeten als bestuursrechtsgemeenschap wel alvast beginnen met nadenken over nut en noodzaak van wetgeving op dit vlak, en aan welk soort spelregels we behoefte hebben. Daarbij kunnen we leren van de ervaringen uit het buitenland, waaronder Singapore, Australië, Canada, Estland, Ierland en Frankrijk. De Fransen hebben sinds 2016 hun 'Loi n 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique', met daarin het recht voor burgers om een vergissing te mogen maken in de digitale communicatie met de overheid. Veel interessanter nog is de uitspraak van de Conseil Constitutionnelle (CC) van 12 juni 2018.¹⁷⁶ Die uitspraak gaat over de toelaatbaarheid van besluiten die uitsluitend met toepassing van algoritmen zijn tot stand gekomen. In de uitspraak oordeelt de CC:¹⁷⁷

- dat in een besluit moet worden aangegeven of gebruik is gemaakt van een algoritme;
- dat op verzoek van de belanghebbende de werking van het algoritme moet worden uitgelegd;
- dat tegen een dergelijk besluit het recht van bezwaar en beroep moet openstaan;
- dat een beslissing op bezwaar niet mag worden genomen door uitsluitend een algoritme, maar door een mens moet worden genomen;
- dat een besluit niet uitsluitend op basis van een algoritme mag worden genomen als gevoelige data ('sensitive data') zijn toegepast;¹⁷⁸

176 Conseil Constitutionnelle, Décision no 2018-765 DC du 12 juin 2018.

177 De spelregels in de uitspraak zijn geschreven voor de Franse situatie met administratief beroep; ik heb getracht de uitspraak te "vertalen" naar Awb-begrippen.

178 Vergelijk art. 9 lid 1, van de AVG: 'Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid zijn verboden.'

- dat het bestuur een controller moet hebben die uitleg kan geven over de werking van het algoritme en die verantwoordelijk is voor de juiste werking ervan;
- dat AI-toepassingen met 'machine learning' en 'deep learning' niet mogen leiden tot wijziging van het algoritme ('coding') zodanig dat strijd met wettelijke regels of bevoegdheden ontstaat; en
- dat het gebruik van algoritmen voor rechterlijke beslissingen verboden is.

Kloeke uitgangspunten. Deze uitspraak roept de vraag op of wij ook in Nederland dergelijke rechtsregels nodig hebben om het vertrouwen van de burger in het bestuur en de bestuursrechtspraak te behouden.

Vertrouwen

Wat zijn sleutels tot publiek vertrouwen in overheid en overheidsrechtspraak als het gaat om de inzet van AI op overheidsbesluiten? Uit de rechtspraak en literatuur in het buitenland haal ik de volgende sleutels.

1. Transparantie ('transparency'). Wees open over het gebruik van AI bij besluitvorming. Maak spontaan melding van het gebruik van AI. Leg op verzoek uit wat er in de 'black box' zit, welke data zijn gebruikt en hoe het algoritme werkt (technische transparantie).¹⁷⁹
2. Uitlegbaarheid ('explainability' – XAI).¹⁸⁰ Als de overheid gebruikmaakt van een algoritme bij besluitvorming, dan draagt diezelfde overheid de verantwoordelijkheid voor uitleg over de werking van dat algoritme. De eis om uit te leggen betekent dan ook dat opgehelderd moet worden hoe het algoritme werkt en hoe op basis van dat algoritme eerder tot een bepaalde uitkomst is gekomen. Met deze wens (eis) wordt niet standaard rekening gehouden bij het bouwen van algoritmes. De 'leg uit'- functie moet door de programmeurs in het algoritme worden gesleuteld ('explanation model').
3. Reproduceerbaarheid ('reproducibility'). Het algoritme moet de berekening waarop een beslissing of besluit is gebaseerd kunnen reproduceren. Bij systemen die continue berekeningen uitvoeren op basis van de meest recente data, wat om bestuurlijke of andere redenen wenselijk kan zijn, is de reproductie-functie niet standaard ingebouwd. Bestuursrechtjuristen hebben echter behoefte aan een 'terug-in-de-tijd'-knop vanwege de 'ex tunc'-toetsing van besluiten.
4. Aanspreekbaarheid ('accountability'). Het gaat hier om het nemen van verantwoordelijk voor de deugdelijk werking van een algoritme ('res-

179 In de uitspraak van 18 juli 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2454) heeft de ABRvS een nuancering aangebracht op de uitspraak van 17 mei 2017 wat betreft de verplichting om spontaan inzicht te geven in alle gebruikte data.

180 De eis van uitlegbaarheid is de vertaling van wat in de V.S. 'Explainable Artificial Intelligence' (XAI) wordt genoemd.

possible AI'). Als de overheid dit soort technieken inzet, moet diezelfde overheid op het eerlijk gebruik daarvan ('fair use') kunnen worden aangesproken. Achter deze noemer gaan veel aspecten schuil, die deels hiervoor al zijn genoemd:

- Behoorlijk datagebruik: betrouwbare data (wat is de bron?), representatieve data, controle op ruis ('bias') en mogelijk discriminerende effecten.¹⁸¹
 - Governance: is er een verantwoordelijke controller die kan worden aangesproken op de behoorlijke werking van het algoritme?, staat de overheid garant voor een eerlijk gebruik van het algoritme?
 - Eerlijk gebruik: is de burger op de hoogte gebracht dat (zijn) gegevens worden gebruikt door een algoritme?, is er voldoende transparantie over de onderliggende gegevens, aannames en keuzes?, is voorzien in uitleg van het algoritme als daarom wordt verzocht?, kan de uitkomst worden gereproduceerd?, kunnen fouten in de gebruikte gegevens worden hersteld?
 - Eerlijk proces: is voorzien in een klachtenregeling over de toepassing van het algoritme?, is er voorzien in recht van bezwaar en beroep op de rechter?, kan het recht op tegenspraak voldoende inhoud worden gegeven?, kan de rechter – evt. met inschakeling van gerechtsdeskundigen – reële rechtsbescherming geven?
5. Open standaarden ('open source'). Het gebruik van open standaarden is gewenst omdat daarmee de kosten van gebruik laag kunnen worden gehouden en het bijdraagt aan transparantie en controleerbaarheid. Bij door commerciële bedrijven gemaakte algoritmen kunnen intellectuele eigendomsrechten in de weg staan aan de mogelijkheid om onder de "motorkap" van het algoritme te kunnen kijken. En dat kan rechtsbescherming belemmeren. Het verdient daarom aanbeveling dat als de overheid zelf algoritmen laat bouwen als eis wordt gesteld dat gebruik wordt gemaakt van open standaarden. In de VS worden commerciële softwarebedrijven die willen werken in het publieke domein, zoals in de zorg, verplicht om een "open koppelvlak" te baseren op uniforme standaarden (API). Er moet discussie komen over een vergelijkbare eis in ons land, zeker als bedrijven gebruik gaan maken van met belastinggeld tot stand gekomen overheidsdata.

Toezichthouder voor AI?

Een interessante vraag is nog wie, of beter: welke instantie, toezicht gaat houden op eerlijk en verantwoord gebruik van AI en algoritmen. Als het gaat

om de verwerking van persoonsgegevens dan is een rol weggelegd voor de Autoriteit Persoonsgegevens. Zo kent art. 22 van de AVG het recht om niet onderworpen te worden aan geautomatiseerde besluitvorming van persoonsgegevens. Hopelijk lukt het de AP om de nodige deskundigheid te verwerven om zijn toezichthoudende en handhavende taak inhoud te kunnen geven. De bevoegdheid van de AP is echter beperkt tot verwerking van persoonsgegevens. En veel gegevens die gebruikt worden in big data-analyses zijn geen persoonsgegevens, zoals het voorbeeld van PAS en AERIUS laat zien. Wie moet daar dan toezicht op houden? Gaan de ACM en de AFM een rol opeisen? Of laten we het aan de markt over? En wat als de overheid zelf AI-instrumenten inzet? Wie is dan beschikbaar als toezichthouder? Is er een rol weggelegd voor de Nationale Ombudsman? De bestuursrechter? Die komt er alleen aan te pas als het gaat om de inzet van AI bij de totstandkoming van voor beroep vatbare besluiten. En hoewel belangrijk is dat maar een deel van het overheidshandelen. Fatma noemde dat zojuist de blinde vlek van de Awb. Moeten we het dan van de burgerlijke rechter hebben? Is die voldoende toegankelijk en uitgerust met voldoende kennis om het toezicht op AI-gebruik door de overheid inhoud te geven? Ik denk het niet. Het is "dweilen" aan de achterkant, terwijl het probleem aan de voorkant moet worden aangepakt. Het verdient dan ook aanbeveling om te investeren in het voorkomen van narigheid door af te dwingen dat algoritmen voldoen aan de hiervoor genoemde eisen. Daarnaast moeten we nadenken over de wenselijkheid van een toezichthouder voor eerlijk gebruik van AI binnen het publieke domein.

Wetgever aan zet?

Ik sluit af met de vraag waarmee ik ook begon. Is er behoefte aan een set spelregels over het eerlijk gebruik van algoritmen, in ieder geval als die algoritmen door de overheid zelf worden gebruikt. Ik meen van wel. We willen kunnen profiteren van slimme technologieën, maar ook inhoud geven aan grondrechten, publieke waarden en zorgen voor een eerlijk proces. Dat zal niet gaan lukken zonder kwaliteitseisen aan data, regels over behoorlijk datagebruik, eerlijk gebruik van algoritmen en het nemen van verantwoordelijkheid als gebruik wordt gemaakt van big data, AI en algoritmen.

De Minister voor Rechtsbescherming is goed op de hoogte van de stand van de techniek en de discussie over transparantie bij de inzet van algoritmes. Dat blijkt uit zijn brieven aan de kamer.¹⁸² Daar blijkt tevens uit dat hij het op dit moment nog te vroeg vindt

¹⁸¹ Om die reden wordt in Slovenië een 'human rights impact assessment' voorgeschreven indien een algoritme gebruik maakt van 'sensitive data'.

¹⁸² Zie de brief van minister Dekker van 9 oktober 2018: 'Transparantie van algoritmes in gebruik bij de overheid' aan de voorzitter van de TK en zijn brief van 19 december 2018: 'AI en algoritmen in de rechtspleging'.

om met wetgeving te komen. Dat is niet onbegrijpelijk, omdat de ontwikkelingen hard gaan. Wetgeving moet enerzijds robuust zijn, maar ook flexibel genoeg om niet na elke nieuwe technische ontwikkeling te moeten wijzigen.

Daarnaast moet rekening worden gehouden met eisen voortvloeiend uit andere wettelijke regels over o.a. openbaarheid (WOB), privacy (AVG) en archivering (Archiefwet). Verder speelt bij de terughoudendheid om nu al met wetgeving te komen vermoedelijk een rol dat de mogelijkheden van een nationale wetgever beperkt zijn in het licht van een mondiale ontwikkeling als digitalisering. Maar niets doen is geen optie. De tijd is gekomen dat (ook) Nederland stilstaat bij de vraag hoe en met welke instrumenten we in de data-gedreven samenleving inhoud geven aan behoorlijk bestuur en behoorlijke bestuursrechtspraak. Aan de slag dus!

9. Op weg naar 2044...

Terug naar de vragen die in paragraaf 3 zijn gesteld. Is de Awb een geslaagde wet? Ook al zijn eenduidige en volledige antwoorden niet mogelijk, afgaande op de gedachtewisseling op 8 februari is de Awb in het licht van haar doelstellingen zeker een geslaagde wet te noemen. De Awb stond aan de wieg van de 'groei en bloei' van het algemeen deel van het bestuursrecht.¹⁸³ Zij heeft dit rechtsgebied weten te binden en de autonomie hiervan sterk bevorderd. De aandacht voor het algemeen deel kwam in een kwart eeuw tijd tot volle wasdom. Maar dit alles betekent niet dat het werk nu af is. Maatschappelijke ontwikkelingen en voortschrijdende technologische ontwikkelingen maken het zelfs onmogelijk om een wet als de Awb ooit volledig te voltooien. Tijdens het congres werd het dynamische karakter van het Awb-project nog eens goed duidelijk. Zelfs de basiskeuzen die aan deze wet ten grondslag liggen zijn geen rustig bezit.

Minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, ging in zijn toespraak aan het slot van het congres vooral in op de uitdagingen die er zijn voor de Awb-wetgever. Hij benadrukte dat er in de houding van bestuursorganen naar de burger (nog) veel te verbeteren valt. Het burgerbeeld dat veel bestuursorganen hanteren, is nog te vaak dat van de rationeel handelende, zelfredzame burger. Dat beeld klopt niet, zo heeft de WRR in het bekende rapport *Weten is nog geen doen*¹⁸⁴ laten zien. De minister gaf aan te willen werken aan een responsieve rechtsstaat in plaats van een bureaucratische rechtsstaat. In dat kader besprak hij enkele voornemens, zoals de mogelijkheid om in de Awb te regelen dat bestuursorganen een geldschuld volledig of deels kunnen kwijtschelden in echt schrijvende gevallen. Verder wil hij dat de rechter strenger wordt voor hardleerse over-

heden: er moeten hogere proceskostenvergoedingen komen als de overheid tegen beter weten in procedures voert tegen haar burgers.

Sander Dekker¹⁸⁵

Afsluitende toespraak Congres "25 jaar Awb"

Beste Awb-mensen,

Ik heb me laten vertellen dat dit in uw kringen een gebruikelijke aanspreektitel is.

De Awb-mens staat model voor iemand:

- die wél weet wat de afkorting Awb betekent;
- met die Awb goed uit de voeten kan; en
- die met de overheid op voet van gelijkheid verkeert.

De uitvinder van deze term bedoelde dit echter niet zo positief. Dat is overigens Leo Damen, destijds hoogleraar in Groningen. Naar ik begreep kon hij hier helaas niet aanwezig zijn, wegens een vakantie in Zwitserland. Verkeerde prioriteiten natuurlijk. Volgens Damen zijn er eigenlijk nauwelijks echte Awb-mensen. De verhouding tussen overheid en burger is immers per definitie ongelijk. En van het compenseren van die ongelijkheid, wat de Awb zou moeten doen, komt in de praktijk weinig terecht, zo vat ik hem samen. Ik moet het feestje van vandaag natuurlijk niet gaan bederven, maar ik ben het er wel mee eens dat er in de houding van bestuursorganen naar de burger nog veel te verbeteren valt.

Het burgerbeeld dat veel bestuursorganen hanteren, is nog te vaak dat van de rationeel handelende, zelfredzame burger. De WRR heeft in het bekende rapport "Weten is nog geen doen" wat mij betreft definitief afgerekend met dat beeld. Zelfs u en ik – normaal gesproken misschien "Awb-mensen" – kunnen weleens in een situatie belanden waarin we helemaal geen Awb-mens meer zijn:

- Dan laten we een betalingstermijn verlopen.
- Maken we een aanmaningsbrief niet open.
- Of zijn we te laat met het indienen van een bezwaarschrift.

Dan voelen we, naast zelfverwijt ongetwijfeld, even wat veel andere mensen voelen. Irritatie. Frustratie. Onmacht.

Natuurlijk zijn het gelijkheidsbeginsel en de gebondenheid aan het recht belangrijk. Het zijn fundamenteen waarop onze rechtsstaat gebouwd is: bescherm de burger tegen willekeur van de heerser en machtsmisbruik van de staat! Regels zijn regels, en ze gelden voor iedereen en altijd. We hebben er ons welzijn en onze welvaart aan te danken.

Tegelijk hebben we het met elkaar wel erg ingewikkeld gemaakt. In onze ijver om de rechten van de burger te beschermen slaan we weleens door met re-

¹⁸³ Zie F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2006.

¹⁸⁴ *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid*, Rapport WRR-2017.

¹⁸⁵ Sander Dekker is Minister voor Rechtsbescherming.

gels, protocollen en procedures waar diezelfde burger niet om gevraagd heeft. Een voorbeeld daarvan las ik laatst in de column van Reinier van Zutphen, onze Nationale ombudsman, in De Telegraaf. Een mevrouw met weinig inkomen en spaargeld komt al een paar jaar in aanmerking voor kwijtschelding van lokale belastingen. Maar opeens krijgt ze van de gemeente en het waterschap een brief dat ze nu wel moet betalen. Bij navraag blijkt de reden dat ze sinds kort een en/of-rekening heeft, samen met haar moeder. Volgens de regels wordt al het geld op de en/of-rekening bij elkaar opgeteld en daardoor zit ze nu boven de kwijtscheldingsgrens. Maar de enige reden dat ze een en/of-rekening heeft, is dat ze de financiële zorg op zich heeft genomen voor haar moeder, die in een verzorgingstehuis is beland. Het meeste geld dat op de rekening staat, is dus gewoon van haar moeder. Maar de gemeente en het waterschap zeggen: zo zijn nu eenmaal de regels als je een en/of-rekening hebt. Pas na een interventie van de Nationale ombudsman blijkt dat de regels in dit geval ook anders kunnen worden toegepast, zodat kwijtschelding weer mogelijk wordt. En sterker nog: de gemeente en het waterschap spreken af dat dat voortaan voor al dit soort gevallen zo moet gaan. Wat er hier gebeurde, is dat de gemeente en het waterschap iedereen met een en/of-rekening op dezelfde manier wilde behandelen. Maar door deze mevrouw werd dat juist ervaren als willekeur. Want met haar bijzondere situatie werd geen rekening gehouden.

Ik vind dit een duidelijk voorbeeld van hoe we moeten werken aan een responsieve rechtsstaat in plaats van een bureaucratische rechtsstaat. Steeds meer ontdekken we dat de overheid ook moet kunnen leveren waar dat nodig is. Menselijk contact en een redelijk oog voor specifieke gevallen mogen wel wat meer ruimte krijgen.

Anders dan wel eens wordt gedacht, bestaan daarvoor ook best vaak mogelijkheden:

- De wettelijke formulering van bestuursbevoegdheden geeft vaak beslissingsruimte.
- Er zijn wetten met hardheidsclausules.
- Er zijn wetten die het mogelijk maken dat een bepaalde schuld aan de overheid geheel of gedeeltelijk wordt kwijtgescholden.
- De Awb biedt bestuursorganen ook de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen, als iemand zijn schuld aan de overheid niet kan betalen.

Ik vind dat overheden veel alerter moeten zijn om deze mogelijkheden in de praktijk ook vaker toe te passen. Tegelijk wil ik er niet voor weglopen dat wetgeving soms nog te weinig flexibel is.

Daarom bekijken we nu bijvoorbeeld of we ook algemeen, dus in de Awb en explicieter, kunnen regelen dat bestuursorganen een geldschuld volledig of deels kunnen kwijtschelden in echt schrijvende gevallen.

Bijvoorbeeld als zelfs een betalingsregeling geen oplossing kan bieden. Op die manier willen we de overheid responsiever maken: meer inspelen op de individuele behoeften van mensen. Ik merk in gesprekken en tijdens werkbezoeken dat veel bestuursorganen dat ook graag willen.

Maar helaas komt het nog steeds te vaak voor dat overheden mensen min of meer dwingen om een gang naar de rechter te maken waar dat niet nodig is.

Nog maar heel kort geleden stond er een voorbeeld in een van de jurisprudentiebladen die u allemaal leest. Dat blad heet "AB". (Administratiefrechtelijke Beslissingen). Voor mij was deze afkorting eerlijk gezegd geheimtaal, maar voor u is het ongetwijfeld een AB-C'tje.

In de AB stond een zaak over burgers die bij de Raad van State een kort geding hadden aangespannen tegen de gemeente over een bestemmingsplan. Door dat bestemmingsplan kon er ergens in Drenthe een fly over worden aangelegd over de N34. De advocaat van deze mensen had talloze keren geprobeerd met de gemeente en de provincie contact te zoeken. Want ze hadden een voor hen heel wezenlijke vraag: Wanneer zouden die werkzaamheden aan de fly over gaan beginnen? De advocaat kreeg er nooit duidelijkheid over. En ook de griffier van de Raad van State belde meerdere keren met de gemeente en de provincie. Zonder resultaat. De duidelijkheid moest dus maar komen op een kort geding zitting bij de Raad van State. Maar daar kwamen de provincie en de gemeente niet opdagen.

Uiteindelijk is de rechter-staatsraad tijdens de zitting zelf gaan bellen met een ambtenaar van de provincie. En hem lukte het. Pas toen bleek dat het nog een hele tijd ging duren voordat de provincie zou beginnen met de aanleg. En pas toen werd dus duidelijk dat er geen sprake was van spoedeisend belang en dat dit hele kort geding dus niet nodig was geweest. Die belabberde houding van de overheid was voor de rechter reden om de gemeente te veroordelen tot een hoge proceskostenvergoeding. Misschien had hij dat ook wel met de provincie willen doen, maar die was nu eenmaal formeel geen partij in deze procedure.

Ik moet als minister natuurlijk terughoudend zijn met het becommentariëren van rechterlijke uitspraken. Maar ik wil u wel verklappen dat ik dacht: hoera voor de rechter. Want het gaat hier om onnodige procedures die burgers op de kast jagen. Zonde van de tijd, de energie en het geld dat we aan de rechtspraak uitgeven. Als de overheid onnodige procedures veroorzaakt, is dat trouwens ook zonde van het geld dat we nodig hebben om het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand overeind te houden.



De Minister voor Rechtsbescherming Sander Dekker

Foto: André van Haasteren Fotografie

De Commissie Van der Meer, die de puntentoekenning bij de gefinancierde rechtsbijstand heeft onderzocht, heeft daar ook al op gewezen. Vaak zijn overheden immers de wederpartij in zaken waarin met gesubsidieerde rechtsbijstand wordt geprocedeerd. Ik heb daarom een speerpunt gemaakt van het terugdringen van onnodige procedures bij de overheid. Dat doen we natuurlijk door het aanpakken van het probleem aan de voorkant: nog veel meer inzetten op laagdrempelige instrumenten voor conflictoplossing.

Het programma Passend Contact met de Overheid van BZK – velen van u hier bekend – gaan we daarom verder versterken. Maar ook wil ik dat de rechter strenger wordt voor hardleerse overheden: hogere proceskostenvergoedingen als de overheid tegen beter weten in procedures voert tegen haar burgers. Een aanpassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht om dat te regelen, breng ik nog voor de zomer in consultatie. Ook gaat er voor de zomer een plan van aanpak naar de Kamer waarin het kabinet aangeeft hoe we nog verder kunnen bereiken dat de overheid het goede voorbeeld gaat geven.

Werken aan een responsieve rechtsstaat betekent niet alleen een responsief bestuur, maar ook een responsieve rechtspraak.

Eind vorig jaar kreeg ik van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, Bart Jan van Ettehoven, een mooi rapport toegezonden: “De amicus curiae geëvalueerd”. Het is een verslag over de inzet van een nieuw instrument dat de Afdeling heeft beproefd. Namelijk anderen dan partijen laten meedenken bij een bepaalde zaak.

Neem een zaak over de herziening van een gemeentelijk exploitatieplan. Daar werd aan de VNG en aan organisaties van projectontwikkelaars en bouwondernemers gevraagd wat zij van de kwestie vonden. Wat is logischer en nuttiger dan dat? Door die inbreng van anderen kan de rechter een beter en breder zicht krij-

gen op de mogelijke maatschappelijke gevolgen van een te nemen beslissing.

De vier hoogste bestuursrechters hebben aan mij in overweging gegeven (het zijn voorzichtige lieden) om voor de figuur van de amicus curiae een wettelijke grondslag op te nemen in de Awb. Ik kan u melden dat ik dat een goed idee vind en dat ik zo'n bepaling in de Awb dus ga voorbereiden. Ik denk dat het instrument van meedenkers een bijdrage kan leveren aan een maatschappelijk effectiever (of zo u wilt: responsiever) bestuursrecht.

Deze voorgenomen aanvulling van de Awb laat al zien dat de Awb natuurlijk nooit af is, ook niet na 25 jaar. Als er één persoon is die dat ook vindt, dan is het wel de geestelijk vader van de Awb: Michiel Scheltema. In de archieven is terug te vinden dat Michiel al in 1982 als voorzitter van een zogenoemde startwerkgroep de contouren schetste voor wat jaren later de Awb zou worden. En daarna heeft hij haast letterlijk elke dag met hart en ziel aan de Awb gewerkt. Ik durf wel de stelling aan dat als Michiel Scheltema er niet was geweest, wij hier nu niet met elkaar het 25-jarig bestaan van een Awb zouden vieren.

Je hoort vaak dat mensen die zo lang en intensief aan iets hebben gewerkt, daar moeilijk afstand van kunnen nemen. Ze vinden dan dat er aan het resultaat geen letter meer mag worden veranderd. Zo niet Michiel. Sterker nog, u hoort hem regelmatig zeggen dat de Awb inmiddels behoorlijk ouderwets is. Ik kan u wel vertellen dat dat soms tot een zeker ongemak leidt bij de ambtenaren op het ministerie.

Zij denken juist dat de Awb een heel moderne wet is, vergeleken met bijvoorbeeld het bijna 200 jaar oude Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (al is dat wetboek natuurlijk later vaak flink gewijzigd). Maar Michiel, dank dat je mijn ambtenaren op deze manier scherp houdt!

U zult allemaal weten dat Michiel Scheltema ruim 35 jaar geleden (!) aantrad als regeringscommissaris. U zult inmiddels misschien ook hebben vernomen dat precies vandaag – en die dag is natuurlijk niet toevallig gekozen – aan de regeringscommissaris eervol ontslag is verleend. Daarmee is 8 februari 2019 een historische datum geworden. Ik heb me er overigens van verzekerd dat Michiel het zelf ook weet. U hoeft dus niet bezorgd te zijn dat hier straks een tweede Philip Freriks opstaat.

Michiel, als ik het goed heb geteld, heb je in die 35 jaar twintig bewindspersonen terzijde gestaan. Ik tel dan natuurlijk ook de bewindspersonen van Binnenlandse Zaken mee die medeverantwoordelijk waren voor de Awb. Kajsa Ollongren en ik zijn er trots op dat wij de laatsten mogen zijn in dit rijtje. Vaak stond je onze voorgangers letterlijk terzijde. Dan beantwoordde je in de Kamer met de van jou bekende souplesse de vra-

gen waar onze voorgangers zich echt geen raad mee wisten. In het koninklijk besluit waarmee aan jou eervol ontslag is verleend (en dat vanochtend in de Staatscourant is gepubliceerd), staat dat dit gebeurt, en ik citeer: 'onder dankbetuiging voor de vele en gewichtige bewezen diensten'. Dat is in jouw geval be-
slist geen holle frase.

Het is ondoenlijk om alles wat jij als regeringscommissaris voor de regering en voor het bestuursrecht hebt gedaan, op te sommen. En als ik jou een beetje ken, zit je daar ook helemaal niet op te wachten. Al was het maar omdat jij niet van terugkijken houdt, maar vooral steeds vooruit wilt kijken. Vooruitkijken naar de toekomst van de Awb. Daarbij past ook het cadeau dat minister Ollongren en ik je voor je afscheid willen meegeven. Ik moet eerlijk tegen u allen zeggen: het cadeau is voor de ontvanger geen verrassing, want hij gaat er zelf een belangrijk aandeel in hebben. Michiel, om je te bedanken voor alles wat jij als regeringscommissaris hebt gedaan, bieden wij jou aan: De Scheltemalezing.

De Scheltemalezing is een serie van vijf jaarlijkse lezingen met als rode draad een thema dat jij zelf hebt aangedragen. Ze zullen gaan over de manier waarop de Awb de verhouding tussen overheid, burger en samenleving vormgeeft. We zijn ontzettend blij dat jij meteen "ja" zei, toen we je vroegen of je zelf de eerste lezing zou willen verzorgen.

Beste Awb-mensen, noteert u het vast in uw agenda: dat zal zijn op vrijdagmiddag 5 april a.s., hier ter stede. Dank aan u allen voor uw aandacht, maar vooral: dank aan Michiel Scheltema voor alles wat hij voor ons heeft gedaan!

Naast de digitale vernieuwingen stond het Awb-project de afgelopen vijftien jaar natuurlijk ook bol van andere innovaties. De discussie over onwenselijke 'juridisering' van het openbaar bestuur (eind jaren negentig van de vorige eeuw) vormde de opmaat voor een veel bredere wens om te komen tot meer tijdigheid en finaliteit in het bestuursrecht, alsmede tot het keren van 'oneigenlijk gebruik' van procesrecht. Te wijzen valt op nieuwe voorzieningen in verband met niet tijdig beslissen, de introductie van de bestuurlijke lus, een verruiming van de mogelijkheid om gebreken te passeren en de komst van het incidenteel appel. Niet alles kon op 8 februari 2019 aandacht krijgen.

Hoe dan ook, alle wijzingen en vernieuwingen hebben het Awb-project in een kwart eeuw springlevend weten te houden en zij kunnen het vertrekpunt vormen voor de verdere ontwikkelingen op het vlak van besluitvorming en rechtsbescherming. Dat zich hier veel aandient zal op basis van deze bijdrage duidelijk zijn. Dit alles illustreert dat de Awb een dynamische en vitale wet is. Anno 2019 zijn alle ingrediënten aanwezig om te mogen veronderstellen dat er

in 2044 een vijftigjarig jubileum van deze wet – eventueel naast een Unierechtelijke variant – kan worden gevierd. Toekomstvoorspellingen zijn vaak onzeker, maar de Awb is een solide instituut.



Een bestuursrechtelijke must have: de jubileumbundel 25 jaar Awb