

Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire

Alex Brenninkmeijer & Bert Marseille¹

Na het rapport *Ongekend onrecht* ontwikkelt zich in de kolommen van het *NJB* een discussie over de rol van de Raad van State als rechter die de Raad over zichzelf heeft afgeroepen. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van Raad van State wil in de spiegel kijken, de Raad van State wil een dialoog over zijn functioneren, de Raad van State wil terugkoppeling, wil ook een respectvolle dialoog tussen de staatsmachten. Ondertussen heeft de Tweede Kamer moties aangenomen om te garanderen dat de bestuursrechter altijd aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen en stuurt ze aan op een oordeel van de Venetië-Commissie van de Raad van Europa. De vraag is, waarover moet die dialoog gaan?

De aanleiding voor de voorgenomen dialoog

Onder de kop 'Grondbeginselen van de rechtsstaat geschonden' concludeert de commissie-Van Dam over de Raad van State als rechter dat deze 'een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering'.²

De publicatie van rapport *Ongekend onrecht* op 17 december 2020 viel vrijwel samen met een voorlichting over versterking van de kwaliteit van de rechtsbescherming voor de individuele burger van 18 december 2020 van de Afdeling advisering aan de Eerste Kamer naar aanleiding van de motie-Backer c.s.³ Zelden komt de dubbel-functie van de Raad van State als adviseur en rechter zo helder in beeld. Tweemaal een reflectie.

Als adviseur concludeert de Raad van State:

'Een goed functionerende democratische rechtsstaat is essentieel voor de stabiliteit van het politieke systeem en het vertrouwen van burgers in dat systeem en de overheid als geheel. De abstracte notie van de democratische rechtsstaat is hiervoor niet voldoende: burgers moeten concreet ervaren dat zij in een democratische rechtsstaat leven, zich gehoord voelen en zich daadwerkelijk beschermd weten tegen machtsmisbruik en willekeur. Reflectie op en onderhoud van de democratische rechtsstaat is daarom onontbeerlijk.'

Deze reflectie draagt helaas een abstract karakter omdat de Raad van State niet concreet ingaat op de vraag waar voor burgers het risico bestaat dat zij zich niet gehoord

voelen en zich niet beschermd weten tegen machtsmisbruik en willekeur. De reflectie is hoofdzakelijk gericht op de verhouding tussen de staatsmachten en een mogelijke terugkoppeling van bijvoorbeeld de rechtspraak richting wetgeving en bestuur.

De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelt in zijn reactie op de toeslagen-affaire:⁴

'Reflectie is noodzakelijk om te leren van het verleden en de lessen te vertalen in verhoging van de kwaliteit van de rechtspraak en de rechtsbescherming. Binnen de ABRvS is met reflectie begonnen al voorafgaand aan de koerswijziging. Toen is niet

Auteurs

1. Prof. dr. A.F.M. Brenninkmeijer is hoogleraar institutionele aspecten van de rechtsstaat aan de Universiteit Utrecht en lid van de Europese Rekenkamer, hij is medewerker van het *NJB*. Prof. mr. dr. A.T. Marseille is werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep.

Noten

2. Verslag Parlementaire ondervragings-

commissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend Onrecht*, p. 7.

3. Voorlichting naar aanleiding van de motie-Backer c.s. over versterking van de kwaliteit van de rechtsbescherming voor de individuele burger, gepubliceerd op 18 december 2020, 16.20.0242/II/Vo.

4. B.J. van Etekoven, "Tussen wet en recht". Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/100, afl. 2, p. 98.



alleen aan de orde gekomen de vraag of de ABRvS de koers moest wijzigen, maar ook of dat al niet eerder had gekund, en wat de redenen zijn geweest waarom dat niet eerder is gebeurd. Ook na de uitspraken van oktober 2019 zijn er gesprekken geweest tussen rechters en de juridische ondersteuning over de gang van zaken. De uitspraken over kinderopvangtoeslagen in de periode 2008 tot 2019 zijn geanalyseerd, vergelijkbaar met de analyse van prof. Zijlstra. Het is belangrijk in de komende periode met deze reflectie door te gaan, zowel intern als met externe gesprekspartners.'

Ter invulling van die reflectie noemt de voorzitter drie niveaus van reflectie:

1. De rechter: In concrete zaken 'Maatwerk en de menselijke maat', 2. 'Vanuit de Afdeling bestuursrechtspraak: reflectie over de genomen beslissingen en de juridische (on)mogelijkheden' en 3. 'Vanuit de Raad van State in het kader van de rechtsstaatgesprekken een dialoog met de andere overheidsmachten, de Nationale ombudsman, rechtswetenschap en pers (over hoe onderling het evenwicht te bewaren, "checks and balances" vorm te geven, elkaar te versterken met behoud van eigen verantwoordelijkheid, kritisch maar met respect). Deze gesprekken kunnen ook betrekking hebben op methoden van "terugkoppeling" en hoe die kunnen bijdragen aan tijdige correctie van "systeemfalen".⁵ Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een plan van aanpak voor de reflectie (punt 2) bekend gemaakt.⁶

Welke vragen zijn van belang voor de reflectie?

Welke suggesties kunnen we de Raad van State meegeven voor deze reflectie over de rechtersrol onder de Awb? Mis-

Net als bij een visitatie of peerreview kan zelf veel voorwerk gedaan worden, maar uiteindelijk moet de kritische blik van buiten komen

schien als eerste: doe het niet alleen zelf. Net als bij een visitatie of peerreview kan zelf veel voorwerk gedaan worden, maar uiteindelijk moet de kritische blik van buiten komen. Een ander hoog college van staat, de Algemene Rekenkamer, heeft bijvoorbeeld een peerreview laten uitvoeren door de rekenkamers van Zweden, het Verenigd Koninkrijk en Canada.⁷ Het risico bestaat immers dat de Raad van State en de betrokken staatsraden te veel naar de mond gepraat worden. Er is vrijwel geen bestuursrechtjurist die er niet ooit van droomt om zelf staatsraad te worden. Het gevaar bestaat dat het de neiging drukt om kritisch te zijn – en dan werkt de reflectie niet.⁸ Een bijkomende vraag is hoe voorkomen kan worden dat jurisprudentiesignalen vanuit de eerste aanleg genegeerd worden, of dat rechters in eerste aanleg te weinig ruimte ervaren om die signalen te geven. Wellicht kan de tussenkomst van de Venetië-Commissie als extern oog behulpzaam zijn. Overigens vraagt niet alleen de rechtsprekende rol van de Raad van State om reflectie, ook die van de andere bestuursrechtelijke instanties.

Beantwoording van de door de Raad van State geformuleerde vraag of burgers concreet ervaren dat zij in een

democratische rechtsstaat leven, zich gehoord voelen en zich daadwerkelijk beschermd weten tegen machtsmisbruik en willekeur vraagt enige afstand van de dagelijkse praktijk op basis van een aantal essentiële beginselen van het bestuursprocesrecht.

Toegang

Als eerste noemen we de toegang tot de rechter. De toegang tot de procedure bij de bestuursrechter is voor rechtzoekenden in een aantal opzichten laagdrempelig (laag griffierecht, geen verplichte procesvertegenwoordiging, gering procesrisico) maar niet voor wat betreft de termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel. Die zijn niet alleen kort (zes weken), maar overschrijding wordt zelden of nooit verschoonbaar geacht en tot op de minuut gecalculeerd.⁹ Dat geldt niet alleen voor de termijn voor het instellen van beroep bij de bestuursrechter, maar ook voor die van het maken van bezwaar.¹⁰ Daar komt bij dat de rechter ook de bezwaartermijn ambtshalve toetst, met als consequentie dat als het bestuursorgaan er geen probleem van maakt dat een bezwaarmaker een dag te laat is, de rechter – als na de bezwaarprocedure bij hem beroep wordt ingesteld – ambtshalve zal oordelen dat het bestuursorgaan het bezwaar ten onrechte inhoudelijk heeft behandeld en zal beslissen dat het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk is, met als consequentie dat een inhoudelijke beoordeling van het geschil tussen overheid en burger door de rechter achterwege blijft. En dat is niet alles, want er zijn nog allerlei andere termijnen waarvoor geldt dat het overschrijden ervan fataal kan zijn, zoals die voor het betalen van griffierecht en het indienen van bezwaar- en beroepsgronden. Het bestuursrecht meet op dit punt vaak met twee maten – en ten nadele van de burger. Illustratief is een uitspraak in een zaak waarin de bezwaarmaker één dag na de aan haar gestelde termijn haar bezwaargronden indiende, waarna het bestuursorgaan meer dan vier maanden later besliste dat het bezwaar niet-ontvankelijk was. Die beslissing bleef tot in hoogste instantie in stand.¹¹ Jue heeft in een bijdrage aan het *NJB* begin vorig jaar indringend de ongewenste effecten – zeker in tweepartijgeschillen – van de uiterst strenge ontvankelijkheidsjurisprudentie voor het voetlicht gebracht.¹²

‘Ik heb gemerkt dat in de sfeer van uitkeringen een te laat bezwaar of beroep relatief veel voorkomt. (...) De gedachte dat deze mensen het moeten kunnen, kunnen we maar beter verlaten. Ze is een fictie en

domweg ineffectief. Ik ga niet zeggen dat we daarom de termijn om bezwaar te maken of beroep aan te tekenen moeten bestempelen als een termijn waartegen zonder meer kan worden gezondigd. Zeer zeker niet. Maar wat ik wel wil bepleiten is dat we met die termijn veel soepeler moeten omgaan dan we nu doen. Dat is mogelijk, omdat de bestuursrechter de bevoegdheid heeft om inschikkelijk te zijn. Op tal van punten heeft de wetgever de rechter de vrije hand gelaten om pasklaar te beslissen.’

Jue staat niet alleen in zijn pleidooi. Met enige regelmaat wordt gepleit voor een soepeler interpretatie van artikel 6:11 Awb, dat bestuursorganen en de rechter de bevoegdheid verschafft termijnoverschrijdingen door de vingers te

Het stemt tot nadenken dat al jarenlang ongeveer één op de zes zaken de toegangsdrempel bij de bestuursrechter niet weet te overschrijden

zien, en voor een einde aan de ambtshalve toetsing door de rechter van de bezwaartermijn.¹³ Het stemt tot nadenken dat al jarenlang ongeveer één op de zes zaken de toegangsdrempel bij de bestuursrechter niet weet te overschrijden.¹⁴ Wat is de rechtvaardiging van de rigide strengheid van de bestuursrechter op dat punt?

Equality of arms

Barkhuysen en Van Emmerik hebben ter gelegenheid van 25 jaar Awb het bestuursprocesrecht beoordeeld vanuit het beginsel van *equality of arms* zoals dat in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op artikel 6 EVRM ontwikkeld is.¹⁵ Zij schrijven:

‘Grosso modo kan worden vastgesteld dat van een bestuursprocesrecht dat de burger in een procedure tegen de overheid bij de hand neemt in het kader

5. Van Ettekoven 2021, p. 106-107.

6. www.raadvanstate.nl/kinderopvangtoeslag/programma-reflectie/. Zie ook verderop: *NJB* 2021/642, afl. 8, pag. 652-653.

7. www.rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2021/01/25/peer-review-van-de-algemene-rekenkamer. De Nationale ombudsman heeft bij zijn 25-jarig bestaan een ruime groep onderzoekers gevraagd om – zonder ‘begeleidingscommissie’ of andere vorm van filtering het functioneren van de ombudsman te beoordelen. *Werken aan behoorlijkheid*. De Nationale ombuds-

man in zijn context, Boom uitgeverij, 2007.

www.nationaleombudsman.nl/uploads/brochure-werkenaanbehoorlijkheid.pdf.

8. J.E. van den Brink & R. Ortle, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard’, *NJB* 2021/353, afl. 5, p. 365.

9. Een voorbeeld: ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2151.

10. Zie bijvoorbeeld CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0153, AB 2006/374, m.nt. Ortle.

11. CRvB 12 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2974.

ECLI:NL:CRVB:2019:2974.

12. R.J. Jue, ‘Maatschappelijk effectiever rechtspreken’, *NJB* 2020/184, afl. 3.

13. Zie recent: L.J.A. Damen, ‘Op naar 2CGST in het bestuursrecht’, *NTB* 2020/2.

Zie voor een pleidooi van iets langer geleden: N. Verheij, *Relatief onaantastbaar? Over formele rechtskracht van besluiten* (oratie Maastricht), Maastricht 2005.

14. Afgaande op de verhouding tussen de vereenvoudigde en op reguliere wijze behandelde zaken door de bestuursrechter, zoals blijkt uit de in de WODC-publicatie

‘Rechtspleging civiel en bestuur’ te vinden cijfers. Zie: www.wodc.nl/onderzoek-in-uitvoering/documenten/publicaties/2019/12/19/rechtspleging-civiel-en-bestuur-tabellen-2018.

15. Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik, ‘Equality of arms en de Algemene wet bestuursrecht’, in: Tom Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 245-251.

van ongelijkheidscompensatie, we nu terecht zijn gekomen in een veel zakelijker procesrechtelijk speelveld waarop de burger de nodige risico's loopt wanneer hij niet uit zichzelf de goede stappen zet. Voor dat nieuwe evenwicht valt vanuit doelmatigheidsperspectief en ook vanuit de belangen van andere betrokken partijen het nodige te zeggen, zij het dat het gebrek aan verplichte rechtsbijstand steeds meer gaat wringen. (...) Ten slotte blijft adequate rechtsbijstand in het bestuursrecht een cruciaal punt om te kunnen blijven spreken over daadwerkelijke equality of arms.'

Wederom kan de vraag worden gesteld worden of het gerechtvaardigd is dat er een flink aantal beperkingen aan de niet-overheidspartij worden opgelegd, terwijl de overheid op verschillende manieren door de rechter geholpen wordt om tot een rechtsgeldig besluit te komen.

Ongelijkheidscompensatie

Het beginsel van 'ongelijkheidscompensatie' vormt een andere basis voor een mogelijke toets. Is er in de dagelijkse rechterlijke praktijk voldoende balans tussen procespartijen onder de Awb? Damen stelt dat in de afgelopen 25 jaar, met – achteraf gezien – als kantelpunt in 1997 het rapport van de werkgroep Van Kemenade – het Awb bestuurs(proces)recht extreem formalistisch, bestuursvriendelijk en burgervrijandig is geworden.¹⁶ Damen:

'Er worden steeds hogere juridische eisen gesteld aan het (proces)gedrag van de gewone burger, en steeds lagere eisen aan de juridische kwaliteit van de besluitvorming en het procesgedrag van het openbaar bestuur. Het openbaar bestuur mag ook bijna eindeloos herkansen.'

Dit terwijl 'het beginsel van ongelijkheidscompensatie erop neer [komt] dat degene die over de zaak oordeelt, rekening dient te houden met verschillen tussen de machtsposities van partijen (op het punt van bijvoorbeeld deskundigheid en financiële adem).'¹⁷

Onder verwijzing naar de dissertatie van Mallan over 'lekenbescherming' in het bestuursprocesrecht,¹⁸ concludeert Damen dat de ongelijkheidscompensatie als beginsel van bestuursprocesrecht verkommerd is. Op zich is het al opmerkelijk dat Mallan in zijn dissertatie het beginsel van ongelijkheidscompensatie uiteindelijk herverpakt als 'lekenbescherming', omdat 'ongelijkheidscompensatie' niet in de jurisprudentie terug te vinden is, hoewel de Awb-wetgever destijds belangrijke betekenis aan dit beginsel toekende.

Mallan stelt echter dat het gaat om het compenseren van het gebrek aan kennis bij de burger. Maar daarnaast zijn er andere redenen waarom de niet-overheidspartij in een zwakkere positie verkeert: a. de creatie van eigen recht

door het bestuur; b. financiële ongelijkheid – de diepe zakken van het bestuur in vergelijking met de burger; c. de toegangsdrempels van de bezwaarprocedure en de procedure in eerste aanleg bij de bestuursrechter, die wel voor de burger gelden en niet voor de overheid, en d. het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging (*repeat player* versus *one shotter*).¹⁹ Uit onderzoek komt naar voren dat burgers die zich door een juridisch professional laten bijstaan significant vaker succes hebben bij de rechter.²⁰

Finale geschilbeslechting

Verburg constateert in zijn dissertatie:

'De focus van de bestuursrechter op finale geschilbeslechting sinds ongeveer 2007 heeft onbedoeld meegebracht dat het probleem van de bestuursrechter gelijk is aan het probleem van het bestuursorgaan; beide zijn gefocust op het naar de eindstreep brengen van een besluit. (...)

Omdat de bestuursrechter finaal wil beslissen, geeft hij wel het bestuursorgaan gelegenheid om nieuwe argumenten en nieuw bewijs in te brengen (vooral zichtbaar bij de bestuurlijke lus), maar als aan de zijde van de appellerende burger sprake is van tekortschietende argumentatie of tekortschietend bewijs, houdt hij zijn kiezen op elkaar (de ontbrekende burgerlijke lus). Dat zou dan ineens 'meeprocederen' zijn, zeker als die burger wordt bijgestaan door een advocaat. Dat is in onbalans.'²¹

In deze constatering ligt een belangrijke reden besloten van het 'gouvernementele karakter' van de bestuursrecht-spraak. De 'bestuurlijke lus' bergt het gevaar in zich dat de bestuursrechter, door een actieve opstelling richting het bestuur, zich verwijderd van de belangen van de burger in de procedure. Verburg pleit ervoor om de burger serieus te nemen in het proces. Bovendien moet de rechter transparant zijn over de bewijskwesities die spelen, zodat de burger – op gelijke wijze als bestuursorganen – op kan komen voor zijn rechten. Wat is de rechtvaardiging voor het 'mee procederen met de overheid' als de bestuursrechter dat niet doet bij de burger?

Niet onbelangrijk is dat de bepalingen over de mogelijkheden van de rechter om zelf feitenonderzoek te doen (actief oproepen van getuigen en deskundigen-onderzoek entameren) in 25 jaar Awb vrijwel tot een dode letter zijn geworden,²² ondanks het feit dat het recht op een eerlijk proces die actieve opstelling van de rechter vereist. Ook de jurisprudentie van het EHRM over de betekenis van het beginsel van 'equality of arms' in het geval het geschil bij de rechter gaat over een besluit dat is gebaseerd op een voor het bestuursorgaan werkzame deskundige,²³ heeft – anders dan werd verwacht²⁴ – niet geleid tot een toename van het gebruik door de bestuursrechter van diens onderzoeksbevoegd-

De 'bestuurlijke lus' bergt het gevaar in zich dat de bestuursrechter, door een actieve opstelling richting het bestuur, zich verwijderd van de belangen van de burger in de procedure

De veronderstelling dat een bestuursbesluit juist is, valt te rechtvaardigen, niet echter het feit dat de bestuursrechter zich te veel achter de belangen van het bestuursorgaan om een besluit in stand te houden schaaft

heden.²⁵ Over het oproepen van getuigen concluderen Barkhuysen en Van Emmerik dat:

‘uit het recht op een eerlijk proces volgt dat de (bestuurs)rechter afdoende motiveert waarom er geen aanleiding bestaat getuigen te horen. Ook moeten (bestuurs)rechters zich actief opstellen als het gaat om het oproepen van getuigen die mogelijk licht kunnen doen schijnen op voor de beslechting van het geschil in kwestie cruciale feiten. De bestuursrechter kan zich dan niet alleen verschuilen achter de vraag of partijen zelf getuigen hebben opgeroepen of meegebracht naar de zitting.’

Wat is de rechtvaardiging voor het tot een zo goed als dode letter laten worden van de onderzoeksmogelijkheden die de Awb-wetgever de bestuursrechter biedt?

Legitimatatie, aanvaarding en vertrouwen

Damen constateert dat het bestuursprocesrecht in 25 jaar Awb door de bestuursrechter is ontwikkeld tot bestuursvriendelijk en burgeronvriendelijk recht, waarbij verplichte procesvertegenwoordiging vanwege de druk op de *equality of arms* door Barkhuysen en Van Emmerik aanbevolen wordt. De bekommernis van bestuursrechtjuristen in de bundel *25 jaar Awb* met de ongelijkheid in procespositie tussen overheid en burger houdt echter niet over. Dat neemt niet weg dat het pleidooi van Verburg voor een bestuursprocesrecht in balans hout snijdt. De efficiency van het bestuursproces is steeds meer op de voorgrond komen te staan en de rechtsbescherming van de burger blijkt te vermageren. De uitspraak waarbij de Raad van State in de Toeslagenaffaire omging was voor een deel gefundeerd op de analyse van het – beperkte – ‘doenvermogen’ van burgers door de WRR.²⁶ De constatering dat burgers niet zo ‘zelfredzaam’ zijn als de overheid in wetgeving en

beleid vaak aanneemt, houdt een relativering in van de neo-liberale visie op burgers. Is er reden voor de Raad van State om na te gaan in hoeverre deze neo-liberale benadering in de eigen jurisprudentie heroverweging behoeft?

Deze onevenwichtige invulling door de bestuursrechter van zijn rechtsprekende rol was door de wetgever 25 jaar geleden niet voorzien en ook niet beoogd. Dit leidt tot de vraag wat de legitimatie is van de bestuursrechter om de Awb op deze manier uit te leggen en toe te passen. Inmiddels komt een reactie op gang in de vorm van ‘responsief’ bestuursrecht en een roep om ‘maatwerk’,²⁷ maar dat weerspiegelt zich nog maar zeer ten dele in de rechtspraak van de bestuursrechter. De veronderstelling dat een bestuursbesluit juist is, valt te rechtvaardigen, niet echter het feit dat de bestuursrechter zich te veel achter de belangen van het bestuursorgaan om een besluit in stand te houden schaaft. Dat levert geen eerlijk proces op. Op die manier verliest de rechter de vereiste *equality of arms* uit het oog.

Equality of arms en ongelijkheidscompensatie zijn beginselen die in het juridische domein ingang hebben gevonden. Als het echter om kernwaarden van het bestuursprocesrecht gaat, kan de vraag gesteld worden of legitimatie, aanvaarding en vertrouwen op basis van een meer empirische benadering van het bestuursprocesrecht niet meer aandacht vragen dan ze in de literatuur krijgen.

De Awb kan immers op verschillende manieren gelezen en toegepast worden. Scheltema bepleit een overgang van een bureaucratische naar een responsieve rechtsstaat.²⁸ De Awb kan daarbij een zinvolle rol vervullen, omdat het wettelijke kader voor beide benaderingen goede aanknopingspunten biedt. 25 jaar Awb met 25 jaar jurisprudentie en overheidsorganisaties die inmiddels redelijk tot goed vertrouwd zijn met deze wet dragen ertoe bij dat deze wet de juridische kern vormt van onze – goed georganiseerde – bureaucratie. Daar staat tegen-

16. Leo Damen, ‘Van Awbmens naar responsieve burger?’, in: Barkhuysen e.a. (red.) 2019, p. 113-122.

17. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 68.

18. Zie A. Mallan, *Lekenbescherming in het bestuursprocesrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2014.

19. Mallan 2014.

20. A.T. Marseille, ‘Dilemma’s van alledaagse bestuursrechtspraak’, *NJB* 2005, afl. 5, p. 240-247.

21. D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in*

balans, Bejegening, beslechting en bewijs (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 238. Empirisch onderzoek lijkt de observatie van Verburg te bevestigen. Zie A.T. Marseille & M. Wever, ‘Snelheid, maatwerk en finaliteit in de bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank’, *NJB* 2019/2552, afl. 41.

22. Marseille & Wever 2019. Een uitzondering wordt gevormd door milieuzaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak, waar met enige regelmaat advies wordt ingewonnen van externe deskundigen.

23. Zie EHRM 8 oktober 2015, 77212,

AB 2016/167, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. Faas. Zie voorts CRvB 30 juni 2017,

ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/366, m.nt. Koenraad, AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen, en ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365, m.nt. Koenraad en A.M.L. Jansen.

24. B.J. van Ettehoven, ‘De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht’, O&A 2016/29.

25. Marseille & Wever 2019.

26. Wetenschappelijke Raad voor het Rege-

ringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

27. Michiel Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat’, *NTB* 2015/37; S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk in de Awb*, Den Haag: Pels Rijcken 2019; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

28. Scheltema 2015.

over dat deze krachtig vormgegeven juridisch/bureaucratische systeemwereld tot spanning kan leiden in contacten met de leefwereld van burgers.

Die spanning betreft niet alleen de vraag onder welke voorwaarden een beroep op een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden verzilverd, maar ook de legitimatie van ons bestuur en aanvaarding van de besluiten ervan, eerlijke rechtspraak en ten slotte ook vertrouwen in het rechtvaardig functioneren van onze rechtsorde in bredere zin. Deze drie laatste onderwerpen – legitimatie, aanvaarding en vertrouwen – zijn als zodanig niet terug te vinden in de Awb, de jurisprudentie en de bestuursrechtelijke dogmatiek. Toch zouden legitimatie, aanvaarding en vertrouwen de belangrijkste ambities van het bestuursrecht moeten vormen. Herkenbare ambities.

Om die ambitie te realiseren is niet alleen bestuursrechtelijke vakkennis vereist, maar ook kennis van de wijze waarop juridische procedures zodanig kunnen worden toegepast dat burgers zoveel als redelijkerwijs mogelijk procedurele rechtvaardigheid ervaren.²⁹

Indringender toetsing

Procedurele rechtvaardigheid is een groot goed, maar de acceptatie van de uitkomst van bestuursrechtelijke geschillen loopt ook via de ervaren distributieve rechtvaardigheid.³⁰ Het is voor de rechter moeilijker beslissingen te nemen die als distributief rechtvaardig worden ervaren, naarmate de rechtsregels die hij moet toepassen vaker tot onevenredige uitkomsten leiden. Een kritische toetsing van een bestuurlijke benadering die uitgaat van het adagium 'regel is regel'³¹ kan uitkomst bieden.³² Uit de discussie die naar aanleiding van de toeslagenaffaire is ontstaan over de wijze van toetsing door bestuursrechter, is duidelijk geworden dat onevenredige uitkomsten van de oordeelsvorming door de rechter minder vaak het gevolg zijn van 'spijkerharde' regelgeving dan van de keuze van de rechter om geen gebruik te maken van de instrumenten waarover hij beschikt om tot rechtvaardige uitkomsten te komen.³³

Wie de rechtspraak van de bestuursrechter in ogenschouw neemt, ziet op dat punt een zeer divers beeld. Naast uitspraken waarin de rechter zich uiterst terughoudend opstelt ten opzichte van het bestuursorgaan, zijn er ook talloze uitspraken waarin is te zien dat de rechter al zijn creativiteit aanwendt om tot een rechtvaardige uitkomst te komen. Een voorbeeld biedt een uitspraak over de herregistratie van een fysiotherapeut. Zij had de termijnen laten verlopen met als gevolg dat ze uit het register van fysiotherapeuten was geschrapt. Ook al bood de tekst van de ministeriële regeling waarop het besluit was gebaseerd geen enkele mogelijkheid anders te beslissen, toch vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak het besluit, omdat de uitkomst in strijd was met het evenredigheidsbeginsel.³⁴

Hoe ver kan de rechter gaan? Scheltema heeft de discussie op scherp gesteld door te betogen dat de rechter ook besluiten die zijn gebaseerd op een in een wet in formele zin neergelegde bevoegdheid aan het evenredigheidsbeginsel zou moeten toetsen. Hij stelt dat

'ons rechtssysteem niet kan leiden tot resultaten in strijd met de redelijkheid, en ook geen onredelijke eisen aan burgers kan stellen. Zeker niet wanneer de wetgever zelf dit uitgangspunt heeft vastgelegd, zoals

in artikel 3:4 lid 2 [Awb] is gebeurd. Dan moet men de wet die een gebonden bevoegdheid regelt in beginsel zo uitleggen dat bestuursorganen de beleidsruimte behouden om besluiten in strijd met artikel 3:4 lid 2 te vermijden. (...) Omdat het zicht van de wetgever om vele redenen beperkt is, en hij niet alle consequenties van de wet voorzien kan hebben, moet men ervan uitgaan dat hij geen besluiten in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft willen voorschrijven. Dit ligt alleen anders wanneer de wetgever uitdrukkelijk van het tegendeel heeft doen blijken.'³⁵

Blijkens zijn bijdrage aan het *NJB* schat Van Ettekovén in dat het *wishful thinking* is te veronderstellen dat de bestuursrechter op eigen initiatief de stap zal zetten om de toetsing van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel te verruimen zoals Scheltema voorstelt.³⁶ Wat ons betreft is het echter niet alleen zeer gewenst dat de rechter deze stap zet, maar ook heel goed denkbaar, al was het maar omdat een dergelijke toepassing van het evenredigheidsbeginsel binnen de grenzen blijft die de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest heeft getrokken.³⁷ Dus de vraag is wat de rechtvaardiging is van de keuze van de rechter om terughoudend te toetsen als het rechtsgevoel leert dat de uitkomst onrechtvaardig is.

Bestuursrechter en bestuursorganen

De rechter kan het echter niet alleen. Het zoeken naar rechtvaardige uitkomsten van bevoegdheidsuitoefening door de overheid begint bij besluitvorming door bestuursorganen. Voor zo ver het bestuur daarbij speelruimte heeft, oriënteert het zich bij het gebruik daarvan op de jurisprudentie van de rechter. Dat kan tot misverstanden leiden. Bestuursorganen zijn soms geneigd om uit het feit dat de rechter een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening billijkt, te concluderen dat een dergelijke handwijze de enige juiste is. De jurisprudentie over de bevoegdheid van bestuursorganen om terug te komen op rechtens onaantastbaar geworden beslissingen biedt een voorbeeld. Jarenlang oordeelde de bestuursrechter dat bestuursorganen elk verzoek om terug te komen van een rechtens onaantastbaar geworden besluit naast zich neer konden leggen, zonder dat in die uitspraken expliciet duidelijk werd gemaakt dat dat geenszins een verplichting was.³⁸ Het gevaar is dan dat bestuursorganen uit het zicht verliezen dat ze wel degelijk iets te kiezen hebben en strenger zijn voor de burger dan ze zelf willen. De jurisprudentie over de beoordeling door het bestuur van de formele vereisten waaraan bezwaarschriften moeten voldoen, biedt evenzeer een voorbeeld. De wet verschaft het bestuursor-

Wat is de rechtvaardiging van de keuze van de rechter om terughoudend te toetsen als het rechtsgevoel leert dat de uitkomst onrechtvaardig is?

gaan speelruimte als het wordt geconfronteerd met herstel van verzuimen buiten de termijn die het bestuursorgaan daarvoor heeft gesteld.

Als de bestuursrechter in uitspraken waarin hij accepteert dat een bestuursorgaan uiterst terughoudend gebruik maakt van diens beslissingsruimte ongenoemd laat dat die ruimte er wel is, raakt uit beeld dat bestuursorganen wel degelijk de vrijheid hebben om in een dergelijke situatie zich royaal ten opzichte van de burger te tonen. Ook de toeslagenaffaire is hier illustratief. Uit de jurisprudentie van de Afdeling viel niet op te maken dat de belastingdienst beleidsvrijheid had als het moest beslissen hoe te reageren op onregelmatigheden in de verantwoording van de eigen bijdrage.³⁹ Dat hielp er niet aan mee de belastingdienst op het spoor te zetten van een minder hardvochtige uitvoering van de Wet op de kinderopvang. Al deze voorbeelden laten zien dat woorden van de rechter ertoe doen. Ook als de rechter een strenge opstelling van het bestuur jegens de burger goedkeurt omdat hij vindt dat deze binnen de grenzen van de wet valt, kan het helpen als hij in zijn uitspraak duidelijk maakt dat de betreffende wettelijke regeling ook ruimte biedt voor een soepelere opstelling. Het vergroot de kans dat bestuursorganen zich realiseren dat ze iets te kiezen hebben en het kan hen helpen bij het maken van een verantwoorde keuze. De vraag is dus of de bestuursrechter niet vaker sturing zou moeten geven aan bestuursorganen in de richting van rechtvaardige besluitvorming.

Tegenspraak van buitenstaanders

Dat de bestuursrechter het niet alleen kan, heeft nog een andere dimensie. Een van de opvallendste aspecten van de behandeling door de Raad van State van de kinderopvangtoeslagzaken is dat met regelmaat sprake was van intern overleg door de Afdeling bestuursrechtspraak over de te volgen koers – mede gevoed door uitspraken van de Rechtbank Rotterdam waarin een minder stringente benadering werd gekozen – zonder dat dit tot bijstelling van de jurisprudentie leidde. Ook al was sprake van mechanismen die voor een koerswijziging hadden kunnen zorgen, het gebeurde niet en een grote meerderheid van rechtbanken hield zich koest in de wetenschap dat de Raad van State hen toch zou afserven.

Dat roept de vraag op of effectievere instrumenten van tegenspraak beschikbaar waren geweest. In onze visie is dat zeker het geval – en heel dicht bij huis. Sinds 2013 hebben alle hoogste bestuursrechters de mogelijkheid conclusies te vragen van een advocaat-generaal. De belastingkamer van de Hoge Raad, die die mogelijkheid al vele decennia heeft, maakt veelvuldig gebruik van dat instrument. In vergelijking daarmee vragen de andere drie hoogste bestuursrechters slechts zelden om een conclusie van een advocaat-generaal, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven trouwens nog aanzienlijk minder vaak dan de Afdeling bestuursrechtspraak.⁴⁰ Overigens is het van belang dat die conclusies niet alleen reflecteren op de technisch-dogmatische aspecten van de jurisprudentie, maar onder omstandighe-

Ook als de rechter een strenge opstelling van het bestuur jegens de burger goedkeurt omdat hij vindt dat deze binnen de grenzen van de wet valt, kan het helpen als hij in zijn uitspraak duidelijk maakt dat de betreffende wettelijke regeling ook ruimte biedt voor een soepelere opstelling

29. Alex Brenninkmeijer, 'De burger tussen de ambities en doelstellingen van de Awb', in: Barkhuysen e.a. (red.) 2019, p. 39-48.

30. I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015; M. Wever, *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020.

31. *Regel is regel is niet genoeg*, Jaarverslag Nationale ombudsman 2006.

32. Schuurmans, Leijten & Esser 2020.

33. A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', AA 2020, p. 393-399; Van Ettikovon 2021, p. 99 i.k.

34. ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, AB 2021/4, m.nt. Van der Heijden. Zie voor vergelijkbare

uitspraken: Van den Brink & Ortlep 2021, p. 369.

35. Michiel Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen. Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht* (preadvies

Nederlandse vereniging van wetgeving 2020), zie: www.nederlandsevereniging-voorwetgeving.nl/wp-content/uploads/2020/11/Preadvies-Scheltema-Een-wet-van-Meeden-en-Perzen.pdf. Zie ook de website van de Nederlandse vereniging voor wetgeving voor kritische reacties

van Olaf Ifzaren, Marte van der Loop en Sjoerd Zijlstra op de ideeën van Scheltema. 36. Van Ettikovon 2021, p. 105, noot 29.

37. Scheltema 2020, p. 21.

38. Zie ABRvS 23 november 2015, ECLI:NL:RVS:2016:3131, AB 2017/101, m.nt. Bröning, voor de omslag in de juris-

prudentie. Overigens lijkt het sindsdien maar zelden voor te komen dat een burger die procedeert tegen een weigering van het bestuursorgaan om terug te komen van een rechtens onaantastbaar geworden besluit bij de bestuursrechter aan het langste eind trekt. Zie daarover de noot van A.T.

Marseille bij CRvB 31 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:363, AB 2018/308. Zie voor een uitzondering CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:659, JB 2019/88, m.nt. Venderbos.

39. Voor een voorbeeld: ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610, overweging 14.

40. Sinds 2013 zijn er, voor zover wij hebben kunnen nagaan, door de drie hoogste bestuursrechters in totaal 23 conclusies gevraagd, waarvan achttien door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van

State, vier door het College van Beroep van het bedrijfsleven en één door de Centrale Raad van Beroep. Een toename van het gebruik van het instrument is niet waar te nemen. In 2013 werden drie conclusies gevraagd, in 2014 twee, in 2015 drie, in 2016 drie, in 2017 drie, in 2018 vier, in 2019 drie, in 2020 één en in 2021 tot nu toe ook één. Een van de conclusies betrof de kinderopvangtoeslagen, maar die conclusie ging niet over de kern van de jurisprudentie, maar over de vraag of, net als in het belastingrecht, een uiterste, bindende termijn geldt waarbinnen de Belastingdienst/Toeslagen nog bevoegd is voorschotten te herzien of kinderopvangtoeslagen definitief vast te stellen (27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:159).

den ook op de maatschappelijke implicaties.

In het afgelopen decennium heeft de Afdeling honderden zaken over kinderopvangtoeslagen behandeld. De vraag naar rechtvaardiging van de hoofdlijn van haar jurisprudentie is nooit aan een staatsraad advocaat-generaal voorgelegd, ook niet in de zaak die leidde tot de uitspraken van oktober 2019 waarin de Afdeling haar jurisprudentie over de toepassing van de Wet op de kinderopvangtoeslagen wijzigde. Het is achteraf niet te zeggen of als de Afdeling een conclusie van een staatsraad advocaat-generaal had gevraagd, dat eerder tot een wijziging van haar jurisprudentie had geleid. Waar het ons om gaat is dat de Afdeling bestuursrechtspraak, net als de Centrale Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, beschikken over een instrument dat voor de tegenspraak kan zorgen die elke organisatie, of het nu een rechterlijke instantie, een bedrijf, een gemeente, een NGO of een instelling voor onderwijs en of onderzoek is, nodig heeft om goed te kunnen functioneren. Het grootste mankement van de procedure van hoger beroep in het algemene bestuursrecht ten

De vraag is wat de rechtvaardiging is van de structurele onderbenutting van conclusies van advocaten-generaal

opzichte van die in het civiele, het straf- en het belastingrecht was het ontbreken van de mogelijkheid een conclusie te vragen aan een advocaat-generaal. Die achterstelling is opgeheven. Zeker in het licht van het gebruik van het instrument door de Hoge Raad is het verbazingwekkend dat de drie andere hoogste bestuursrechters slechts zelden om een conclusie vragen. Al met al denken wij dat een royaler gebruik ervan een enorme impuls kan geven aan de kwaliteit van de bestuursrechtspraak in hoger beroep.⁴¹ De vraag is daarom wat de rechtvaardiging is van de structurele onderbenutting van conclusies van advocaten-generaal.

Hoe luidt de agenda voor de reflectie van de Raad van State?

Waar zou, in het licht van alles wat we hiervoor naar voren hebben gebracht, de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over moeten

gaan?

De onderwerpen die wij aan de orde stellen betreffen een breed spectrum van bestuursrechtelijke vragen, zoals de toegang tot de rechter, de balans tussen de positie van de burger en de overheid en *equality of arms* in de procedure, de gepaste intensiteit van de toetsing, de noodzaak van geïnstitutionaliseerde tegenspraak in de procedure bij de rechter, de houding tegenover lagere rechters als het gaat om jurisprudentie-impulsen van onderop, de wisselwerking tussen de jurisprudentie van de bestuursrechter en de besluitvorming in het overheidsbestuur en de signalen die de rechter daarbij aan het bestuur geeft. Een volle agenda, waarbij wij telkens de vraag stellen wat de rechtvaardiging voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en andere bestuursrechters is voor bepaalde keuzes. Het is niet bevredigend wanneer de rechter keuzes die hij maakt impliciet laat en daarbij de indruk wekt niet anders te kunnen. Aan rechtspraak is in meerdere opzichten keuzevrijheid verbonden, die verantwoord gebruikt moet worden.

Daarbij zou ook de vraag aan de orde moeten komen wat het kompas is van de bestuursrechter bij het invullen van diens keuzevrijheid. Bestuursrecht en bestuursrechtspraak vormen de uitdrukking van waarden in onze samenleving, die bepalend zijn voor de vraag – die burgers het meest belangrijk vinden – hoe we met elkaar omgaan. Bijvoorbeeld de ‘zelfredzame’ burger of de burger die een beperkt doenvermogen heeft.⁴² Deels is die waardebeoordeling uitgekristalliseerd in wetgeving en besluitvorming door het bestuur, maar zij komt uiteindelijk ook in de rechtsprekende functie tot uitdrukking. In het bestuursrecht en de rechtspraak zijn die waarden nauw verbonden met de grondrechten en met de beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijk bestuur. De toepassing daarvan door bestuur en rechtspraak is geen neutrale technisch-dogmatische activiteit. Bovendien moet gekozen worden welk beeld de rechter voor ogen heeft van de overheid aan de ene kant en de burger die zich tot de rechter wendt aan de andere kant. De actuele discussie over de richting van ons bestuur(proces)recht laat onderwerpen als responsief bestuur en maatwerk zien. Onderwerpen die nauw verbonden zijn met een verantwoorde toepassing van grondrechten en beginselen van behoorlijk bestuur. •

⁴¹. Zie voor literatuur over het gebruik van, en de gewenste ontwikkeling van dit instrument onder meer: Menko Bosma e.a., *De conclusie voorbij* (liber amicorum aangeboden

aan Jaap Polak), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017; en J.E.M. Polak, 'De conclusie voorbij; hoe nu verder?', *NTB* 2018/28.

⁴². WRR 2017.