

University of Groningen

Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

Tollenaar, Albertjan

Published in:
Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Tollenaar, A. (2015). Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. In *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (blz. 161-231). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

Mr. dr. A. Tollenaar*

| | | |
|----------|---|------------|
| 1 | Parallellisatie van rechterlijke dienstverlening | 179 |
| 1.1 | Inleiding | 163 |
| 1.2 | Centrale vraag en plan van behandeling | 164 |
| 1.3 | Object van onderzoek: rechtsvorming of rechtsontwikkeling? | 164 |
| 2 | Rechtsontwikkeling geoperationaliseerd | 167 |
| 2.1 | Inleiding | 167 |
| 2.2 | Procedureel perspectief | 168 |
| 2.3 | Systematisch perspectief | 169 |
| 2.4 | Rechtsperspectief | 173 |
| 2.5 | Wat bepaalt rechtsontwikkeling? | 175 |
| 3 | Beeld van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter | 177 |
| 3.1 | Inleiding | 177 |
| 3.2 | Wanneer zeker wel rechtsontwikkeling plaatsvindt | 177 |
| 3.3 | Grens van de rechtsvormende taak | 179 |
| 3.4 | Rechtsvormende karakter van uitspraken | 181 |
| 3.5 | Verwacht de burger rechtsvorming door de bestuursrechter? | 183 |
| 3.6 | Tussenconclusie | 186 |
| 4 | Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter nader beschouwd | 187 |
| 4.1 | Inleiding | 187 |
| 4.2 | Methode | 187 |
| 4.3 | Wet maatschappelijke ondersteuning | 189 |
| 4.3.1 | Inleiding | 189 |
| 4.3.2 | Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter | 190 |
| 4.3.3 | Analyse | 196 |
| 4.3.4 | Resumé | 198 |
| 4.4 | Vreemdelingenwet 2000 | 199 |
| 4.4.1 | Inleiding | 199 |
| 4.4.2 | Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter | 200 |
| 4.4.3 | Analyse | 206 |
| 4.4.4 | Resumé | 208 |

* Mr. dr. A. (Albertjan) Tollenaar is universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij dankt zijn collega's Daan Beltman, Kars de Graaf, Bert Marseille, Heinrich Winter en de respondenten voor hun commentaar op eerdere versies van dit preadvies. Het preadvies is afgesloten op 1 februari 2015.

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.5 | Financiële markten | 209 |
| 4.5.1 | Inleiding | 209 |
| 4.5.2 | Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter | 210 |
| 4.5.3 | Analyse | 215 |
| 4.5.4 | Resumé | 216 |
| 4.6 | Bevindingen uit de casestudy | 217 |
| 4.6.1 | Herkenbaarheid van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter | 217 |
| 4.6.2 | (Ir)relevantie van de wettelijke context | 219 |
| 4.6.3 | Institutionele randvoorwaarden | 220 |
| 4.6.4 | Rechtsontwikkeling en procespartijen | 236 |
| 5 | Conclusie | 222 |
| 5.1 | Inleiding | 222 |
| 5.2 | Belang van rechterlijke rechtsontwikkeling | 222 |
| 5.3 | Verschillende verwachtingen | 223 |
| 5.4 | Bevorderen rechterlijke rechtsontwikkeling | 223 |
| 5.4.1 | Verbeteren herkenbaarheid rechtsontwikkeling | 224 |
| 5.4.2 | Waarborgen discursieve rechtspraak | 225 |
| 5.4.3 | Uitbreiden onderzoeksbevoegdheden van de rechter? | 226 |
| 5.5 | Tot slot: de dialoog tussen de stomme en de dove | 227 |
| | Stellingen | 228 |

I Parallellisatie van rechterlijke dienstverlening

I.1 Inleiding

De laatste jaren is er veel aandacht voor de bestuursrechter als geschillenbeslechter.¹ Van de rechter wordt verwacht dat hij op zoek gaat naar het geschil achter het geschil en dat hij alle modaliteiten onderzoekt om het geschil zo finaal mogelijk te beslechten.² Deze beweging wordt beleden in interne beleidsdocumenten van de bestuursrechters zelf (de Nieuwe Zaaksbehandeling) en geschraagd door aanpassingen van het bestuursprocesrecht, waaronder de bestuurlijke lus (art. 8:51a e.v. Awb).³

Tegelijkertijd is er ook aandacht voor de andere kant van de professie van de bestuursrechter: die van vormer van het recht, die leemtes in het recht, al dan niet bewust veroorzaakt door de wetgever, invult. Met name De Poorter heeft aandacht gevraagd voor deze functie.⁴ Ook voor deze functie heeft de wetgever faciliteiten gecreëerd, door het instellen van een grote kamer waarin hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges zijn vertegenwoordigd en door de mogelijkheid om een lid van de Raad van State, Centrale Raad van Beroep of College van Beroep voor het bedrijfsleven een conclusie te laten nemen (de advocaat-generaal; zie art. 8:12a Awb). Hoewel deze faciliteiten primair lijken bedoeld voor het bevorderen van rechtseenheid tussen de verschillende hoogste bestuursrechtelijke colleges, werd in de parlementaire geschiedenis ook uitdrukkelijk overwogen dat met deze instrumenten de rechtsvorming op een meer transparante wijze tot stand zou worden gebracht.⁵ Het gevolg is wat men in economische literatuur parallellisatie noemt: de rechter levert in reactie op een beroepschrift van een belanghebbende twee zeer uiteenlopende diensten.⁶ Het is echter lang niet altijd duidelijk wanneer welke dienst wordt geleverd, zeker niet voor de uiteindelijke klanten: het bestuursorgaan en de burger die een geschil hebben en dat geschil aan de rechter voorleggen.

1 Over deze rol: Marseille & Sietses 2013; Marseille 2004; Schueler, Drewes e.a. 2007; Van Ettekoven 2011; Van der Veen 2011.

2 Marseille 2012, p. 10-11.

3 Marseille & Sietses 2013 noemen drie instrumenten: in stand laten rechtsgevolgen, zelf in de zaak voorzien in de bestuurlijke lus.

4 De Poorter 2013 en de NJB-special 2014 afl. 1.

5 Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT), p. 16-17 en Kamerstukken II 2010/11, 32 450, nr. 7, p. 15 en p. 17-18.

6 Enigszins in dezelfde metafoor noemt Konijnenbelt (2000) rechtsvorming een (niet onbelangrijk) bijproduct voor de hoogste bestuursrechters.

1.2 Centrale vraag en plan van behandeling

De vraag die in dit preadvies centraal staat, is in hoeverre de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter tegemoetkomt aan de verwachtingen die ‘partijen’ die bij de rechtsontwikkeling zijn betrokken, daarover hebben. Met ‘partijen’ wordt primair bedoeld op de procespartijen: het bestuursorgaan en de burger. De wetgever kan daar aan worden toegevoegd. Rechtsontwikkeling door de rechter vindt immers plaats binnen het raamwerk dat door de wetgever is gecreëerd. Rechtsontwikkeling door de rechter is, zo wordt althans door De Poorter verondersteld, uiteindelijk een dialoog tussen wetgever en rechter.⁷ De onderzoeksvraag zou men tegen die achtergrond ook als volgt kunnen formuleren: is er wel sprake van een dialoog tussen wetgever en rechter en doen procespartijen (bestuur en burger) ook mee aan die dialoog?

De centrale vraag wordt in drie stappen beantwoord. Allereerst wordt ingegaan op de vraag wat onder rechtsontwikkeling moet worden verstaan. Vervolgens wordt een kwantitatief beeld geschetst van de omvang van het probleem: hoe vaak houdt de rechter zich bezig met de ontwikkeling van het recht en hoe vaak wordt dat door de procederende burger van hem verwacht?

Dit kwantitatieve onderzoek biedt nog geen inzicht in de werking van het mechanisme van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Om hier meer zicht op te krijgen, is een casestudy verricht. Aan de hand van interviews met representanten van de betrokken partijen (burgers, bestuursorganen en wetgever), interviews met rechters en documentenstudie is gereconstrueerd op welke manier de rechtsontwikkeling door de rechter tot stand komt en hoe partijen dat proces ervaren en beïnvloeden. De bevindingen van deze casestudy vormen de derde stap in de beantwoording van de onderzoeksvraag.

1.3 Object van onderzoek: rechtsvorming of rechtsontwikkeling?

Tot dusver is het object van onderzoek afwisselend aangeduid als *rechtsvorming* en *rechtsontwikkeling* door de rechter. Beide termen overlappen deels, maar hebben ook een deels andere betekenis. Immers: ‘wie het zelfde anders zegt, zegt iets anders’. Daarom vooraf een poging tot begripsverheldering.

Het object van onderzoek betreft een activiteit van de bestuursrechter, meer in het bijzonder de activiteit waardoor uiteindelijk recht wordt gevormd. De rechter kan zelf recht vormen, waardoor het tot dan toe geldende recht (als bedoeld in 79 Wet RO, dus inclusief beleidsregels) wordt geamendeerd. De rechtsvorming blijkt uit de effecten van de uitspraak op het recht: de rechter formuleert in zijn uitspraak een rechtsregel die er tot dan toe niet was. Dit komt ook in het bestuursrecht zo nu en dan voor.

⁷ De Poorter 2013.

De ambtenarenrechter vormde bijvoorbeeld recht toen hij een formule vaststelde voor de ontslagvergoeding bij het zogenoemde ontslag op andere gronden. Het ambtenarenrecht kende geen 'kantonrechtformule',⁸ met als gevolg dat indien aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan (lees: het bestuursorgaan heeft geen vertrouwen meer in de ambtenaar) in principe ontslag is toegestaan. Eventuele vergoedingen die de evenredigheid van zo'n beslissing iets dragelijker maken, kwamen veelal in de schaduw van het recht tot stand. In een tweetal uitspraken van 28 februari 2013 introduceerde de CRvB echter een eigen formule aan de hand waarvan de vergoeding in zo'n geval zou moeten worden berekend:⁹ bruto maandsalaris (inclusief vakantiegeld) x (aantal dienstjaren gedeeld door 2) x 0,5, 0,75 of 1, waarbij de laatste factor wordt bepaald door de mate van verwijtbaarheid van de werkgever (51-65%, 65-80% en 80-100%). Deze regel was er voorheen niet en geldt nu als te hanteren formule voor het berekenen van de vergoeding bij ontslag op andere gronden in het ambtenarenrecht.

Doorgaans blijkt het effect van een uitspraak pas als het bestuursorgaan na die uitspraak een nieuw besluit moet nemen. Rechtsvorming is dan niet noodzakelijkerwijs het resultaat van een creatie door de rechter: het afkeuren van een bestaande praktijk (buiten toepassing laten van een beleidsregel of algemeen verbindend voorschrift) kan ook tot rechtsvorming leiden, niet door de rechter maar door het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan ziet zich dan immers geconfronteerd met een situatie waarin de toegepaste regels niet tot een rechtmatig besluit leidt. Het ligt voor de hand dat het bestuursorgaan in zo'n geval initiatief neemt tot wijziging van de wet, dan wel het zelf gevormde recht (bestuurswetgeving of beleidsregels) wijzigt. Het effect van de rechterlijke interventie is dan rechtsvorming, die ook wel in een causaal verband tot de uitspraak staat, maar die niet voor rekening van de rechter komt. Oftewel: de rechter heeft wel bijgedragen aan de rechtsontwikkeling, maar heeft niet zelf recht gevormd. Ook deze activiteit behoort tot het domein van dit onderzoek: de rechter doet immers meer dan alleen het geschil beslechten, neemt een beslissing die voor toekomstige bestuurshandelingen en de samenleving als geheel relevant is en begeeft zich (daardoor) in het vaarwater van bestuur en wetgever.¹⁰

Er is in zoverre sprake van een glijdende schaal met aan het ene uiterste de voorziene en bedoelde effecten van de rechterlijke uitspraak, blijkend uit formuleringen in de uitspraak, die een heldere (nieuwe) rechtsregel en eventueel rechterlijk overgangsrecht bevat, en aan het andere uiterste de onvoorziene (of mogelijk zelfs: onbedoelde) beleidsimplicaties van rechterlijke uitspraken die pas na verloop van tijd aan het licht komen. Ergens op de schaal wordt de bijdrage van de rechter aan de rechtsontwikkeling rechterlijke rechtsvorming.

8 De CRvB had in het verleden expliciet de kantonrechtformule afgewezen, omdat de ambtenaar aanspraak kan maken op een ruimhartiger vangnet bij werkloosheid: CRvB 9 december 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO8173, TAR 2011/93.

9 CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2044, AB 2013/231 m.nt. Van Arkel; CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2043, AB 2013/230 m.nt. Van Arkel.

10 De Poorter 2013, p. 6.

Gelet op het bovenstaande wordt in het vervolg van dit preadvies gesproken van de invloed van de rechter op de rechtsontwikkeling. Deze invloed is aanwezig indien hij zelf recht vormt, maar kan ook aanwezig zijn indien het effect van zijn beslissing in de uitspraak verder strekt dan het concrete geschil dat aan hem wordt voorgelegd, en bijvoorbeeld naar aanleiding van zijn uitspraak recht wordt gevormd door bestuursorgaan of wetgever.

2 Rechtsontwikkeling geoperationaliseerd

2.1 Inleiding

Een empirisch onderzoek naar de betekenis van rechtsontwikkeling door de rechter vergt een operationalisering van dat begrip. Wanneer is de rechter bezig met de ontwikkeling van het recht en waarin onderscheidt die activiteit zich van rechtsvinding of rechtstoepassing, oftewel: het vaststellen van het concrete recht tussen partijen?¹¹

In de literatuur wordt de invloed van de rechter op rechtsontwikkeling veelal normatief geduid.¹² Daarbij passen uiteenlopende standpunten, van de rechter die verplicht is om recht te spreken in concrete geschillen op grond van de wet (art. 11-13 Wet AB) en aan wie geen taak toekomt ten aanzien van de rechtsvorming,¹³ tot de rechter die wordt gezien als wetgever-plaatsvervanger en mede-rechtsvormer naast de wetgever.¹⁴ Welke positie men ook inneemt, het lijkt onbetwist dat de rechter – ook de bestuursrechter – op zijn minst zo nu en dan bijdraagt aan de rechtsontwikkeling, of het nu zijn taak is of niet.¹⁵

Om de rechtsontwikkeling door de rechter vast te stellen, zijn drie aangrijpingspunten denkbaar. Allereerst de procedure: de invloed van de rechter op de rechtsontwikkeling blijkt uit de procedure die afwijkt van procedures waarin ‘slechts’ rechtsvinding of rechtstoepassing plaatsvindt. Het tweede aangrijpingspunt richt zich op het systeem van het recht: de rechter ontwikkelt het recht wanneer het tot dan toe beschikbare recht – gevormd door wetgever en bestuur – zwijgt (invullen van leemten) of een onwenselijke uitkomst heeft (correctiemechanisme). Het derde perspectief betreft de rechter zelf: welke ruimte ziet de rechter voor rechtsontwikkeling, wanneer is de rechter van oordeel dat hij aan rechtsvorming doet en welke rol ziet hij voor zichzelf bij de rechtsontwikkeling? In dit hoofdstuk komen alle drie de aangrijpingspunten aan de orde.

11 Asser/Scholten 1974. Rechtsvinding of rechtstoepassing gelden als traditionele taken van de rechter.

12 Zie bijvoorbeeld Broers & Van Klink 2001; Martens 2000.

13 Kortmann 2009 en iets verder uitgewerkt: Kortmann 2006.

14 Vranken 1995, nr. 184; Hirsch Ballin 1988, p. 236.

15 Brenninkmeijer 2000 en zie bijvoorbeeld ook: Vranken 2000.

2.2 Procedureel perspectief

Dat de bijdrage van de rechter aan de rechtsontwikkeling bijzondere eisen stelt aan de toegang tot en inrichting van de procedure bij de bestuursrechter, is een tamelijk nieuw gegeven.¹⁶ De aandacht richt zich daarbij op de inrichting van de procedure bij de hoogste rechters.¹⁷ Als voorbeeld kan worden gewezen op het uit 2007 daterende onderzoek van Marseille e.a., waarin enkele varianten van procedurele aanpassingen worden onderzocht die ruimte zouden kunnen bieden aan rechtsvorming door de rechter. De onderzochte aanpassingen variëren van het wijzigen van het hoger beroep in een verlofstelsel en een grievenselsel tot de instelling van een advocaat-generaal (in dat onderzoek belegd bij het OM), verplichte procesvertegenwoordiging, prorogatie en de oprichting van een grote kamer.¹⁸

Van de onderzochte modaliteiten om de rechtsontwikkeling door de rechter te versterken, zijn het instellen van een grote kamer (art. 8:10a lid 4 Awb) en een advocaat-generaal die een conclusie kan nemen (niet verbonden aan het OM, maar aan de hoogste bestuursrechters, art. 8:12a Awb), overgebleven. Deze procedurele wijzigingen zijn gerealiseerd met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht op 1 januari 2013.

Bij de behandeling door een 'grote kamer' wordt een beroepszaak behandeld door een kamer met vijf leden in plaats van drie.¹⁹ Het doel van de grote kamer is drieledig. Enerzijds wordt beoogd eenheid binnen een hogerberoepsinstantie te bewerkstelligen, nu meerdere rechters, van meerdere organisatorische eenheden, bij de behandeling van het beroep kunnen worden betrokken. Anderzijds wordt beoogd om rechtseenheid tussen de verschillende hogerberoepsinstanties te bevorderen, doordat leden van de verschillende colleges tevens plaatsvervanger zijn in een van de andere colleges. De ruimere samenstelling biedt de mogelijkheid om een raadsheer of staatsraad van elke hogerberoepsinstantie bij de behandeling van de zaak te betrekken. En ten derde wordt de grote kamer gezien als communicatiemiddel jegens de buitenwereld. Behandeling door een grote kamer '[zal] aan de rechtspraktijk en de verdere buitenwereld onmiddellijk duidelijk maken dat het college zelf de zaak als belangrijk en de uitspraak ook voor andere zaken als richtinggevend beschouwt'.²⁰

De mogelijkheid van het nemen van een conclusie door een advocaat-generaal is van hetzelfde laken een pak. Naar buitenlands voorbeeld wordt de mogelijkheid geschapen om een 'onafhankelijk, openbaar en met reden omkleed advies aan de rechter' uit te brengen over de in de zaak te nemen beslissing. De conclusie kan worden genomen door een lid van een van de drie bestuursrechtelijke colleges.²¹ De wetgever veronderstelt dat conclusies bijdragen aan de inhoudelijke kwaliteit

16 Marseille, De Graaf & Smit 2007, p. 2.

17 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 951.

18 Marseille, De Graaf & Smit 2007, p. 24 e.v.

19 Art. 42 lid 2 Wet op de Raad van State, art. 3a Beroepswet, art. 4a Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

20 Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr 3, p. 16.

21 Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr 3, p. 18.

van de rechtspraak in het algemeen en de rechtsvorming door de rechter in het bijzonder, juist omdat een conclusie meer mogelijkheden biedt om de rechterlijke beslissing te plaatsen in een breder verband van de rechtsontwikkeling.²²

Wat zegt de procedure over de mate waarin de rechter bijdraagt aan rechtsontwikkeling? Vast staat dat het gebruik van de grote kamer of de conclusies van de advocaat-generaal een zeer beperkt beeld van de rechtsontwikkeling geven. Het ligt voor de hand dat er gewoon veel meer rechtsontwikkeling plaatsvindt, ook wanneer deze faciliteiten niet worden benut, bijvoorbeeld omdat zich geen vraag van rechtseenheid voordoet.²³

Daar komt bij dat de grote kamer en de advocaat-generaal niet de enige procedurele aanpassingen zijn waarmee de rechter rechtsontwikkeling kan vormgeven. Er zijn ook andere, niet gereguleerde voorzieningen, zoals het benoemen van plaatsvervangers in elkaars college die – zelfs zonder grote kamer – bij beroepszaken worden betrokken. De samenstelling van de meervoudige kamer die het (hoger) beroep behandelt, is dus ook een indicatie dat rechtsontwikkeling plaatsvindt.

Daarnaast zijn er minder zichtbare procedurele aanpassingen, uiteenlopend de commissie rechtseenheid bestuursrecht, die als ambitie heeft om eenduidige afspraken te maken over het bereiken van meer rechtseenheid,²⁴ eventueel ander ‘geheim rechterlijk overleg’²⁵ en het meelesen door leden die geen zitting hebben in de kamer die de zaak behandelt. Zonder over deze praktijk een oordeel te willen vellen,²⁶ is in ieder geval duidelijk dat er veel meer procedurele aspecten zijn waaruit men rechtsontwikkeling kan afleiden. Een deel van deze procedurele aanpassingen onttrekt zich echter aan het zicht en dat maakt het moeilijk om rechtsontwikkeling door de rechter vast te stellen, laat staan te beïnvloeden.

2.3 Systematisch perspectief

Dan het tweede perspectief. Men zou de bijdrage van de bestuursrechter aan de rechtsontwikkeling ook kunnen afleiden uit het gebrek aan rechtsvorming door andere rechtsvormende instanties: de wetgever en in navolging daarvan het bestuur. Hoewel met Adams en De Poorter kan worden vastgesteld dat de rechtsvormende taken van de wetgever en van de rechter niet inwisselbaar zijn,²⁷ omdat voor de laatste immers een concreet geschil de aanleiding moet zijn, is er bezien vanuit de concrete norm niet veel verschil. De invloed op de rechtsvorming door de rechter is vaak het resultaat van de onbepaaldheid van de rechtsnorm

22 Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr 3, p. 17.

23 Zie over de institutionele inrichting gericht op het bevorderen van rechtseenheid het preadvies van Ortlep, i.h.b. paragraaf 2.3.

24 Zie Raad van State Jaarverslag 2013, p. 56.

25 Widdershoven 2006.

26 Vgl. Konijnenbelt 2000 en Damen 2004. Overigens zou men de vraag kunnen opwerpen hoe het ‘meelesen achter de schermen’ zich verhoudt tot de gezetliche Richter in Duitsland, zie art. 101 Grundgesetz; en voorts: Langbroek & Fabri 2006, p. 11.

27 Adams 2006, p. 133; De Poorter 2014b.

zoals die in de wet is geformuleerd.²⁸ Soms gaat dat gepaard met een expliciete overweging van de wetgever om de inkleuring van die rechtsnorm over te laten aan de rechtspraktijk. Vranken wijst op de invulling van open normen, maar ook op hele leerstukken als precontractuele aansprakelijkheid, de onrechtmatige overheidsdaad en de derdenwerking van overeenkomsten.²⁹ Voor de operationalisering van de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter ligt het voor de hand om vooral te kijken naar de onbepaaldheid van de rechtsnorm die moet worden toegepast, waarbij de sterkste aanwijzing voor rechterlijke rechtsontwikkeling een soort pseudo-delegatiebepaling is, in die zin dat de wetgever in het wetgevingstraject expliciet heeft overwogen dat de verdere rechtsvorming aan de rechtspraktijk wordt overgelaten.

Een voorbeeld van pseudo-delegatie kan worden gevonden in de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Stb. 1996, 134). De loondoorbetalingsverplichting impliceert dat de werkgever belanghebbende is bij besluitvorming over aanspraken van de werknemer tijdens diens ziekte. De werkgever zal daarom informatie wensen over de aard van de ziekte. Tegelijkertijd geldt het belang van privacy van de werknemer en kan deze er bezwaar tegen hebben dat de werkgever de beschikking krijgt over medische informatie.³⁰ Dit leidt tot een spanningsveld waarbij de werkgever kan besluiten om bij twijfel over de ziekte het loon stop te zetten, waarna de werknemer met een *second opinion* zijn ziekte aannemelijk moet maken. Indien de werknemer zijn medische gegevens niet met de werkgever wil delen, rest hem een loonvorderingsprocedure, waarbij het aan de rechter wordt overgelaten om te bepalen in hoeverre de privacy van de werknemer zich tegen het verstrekken van deze medische gegevens verzet.³¹ De wetgever overweegt hier expliciet dat over een dergelijke afweging in individuele gevallen geen algemene regels zijn te stellen,³² en laat het aan de rechter om een stelsel te ontwikkelen waarin het privacybelang van de werknemer en het reële eigen (financiële) belang van de werkgever met elkaar worden verenigd.³³

Overigens komt het omgekeerde ook voor. Soms overweegt de wetgever expliciet dat het niet de bedoeling is dat de rechter het recht nader ontwikkelt. Als voorbeeld kan worden gewezen op de problematiek rondom de aanvullende beurs bij een verstoorde ouder-kindrelatie. Het recht op een aanvullende beurs hangt af van het inkomen van de ouder. Bij weigerachtigheid (om de inkomensgegevens te verstrekken) of onvindbaarheid van de ouder ontstaat een probleem. Het uitvoerende bestuursorgaan (DUO) heeft hiervoor een regeling in het leven geroepen, gebaseerd op een hardheidsclausule (art. 11.5 WSF 2000). Met de eerste poging

28 Mertens 2009; zie ook Groenewegen 2006, p. 44 e.v. die een onderscheid maakt tussen de vaagheid van de regel, het gebruik van evaluatieve termen, ambiguïteit van de regel, implicatieve betekenis ervan of veranderingen in rechtssysteem of maatschappij.

29 Vranken 2000.

30 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 27.

31 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 28.

32 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 28.

33 Zie hierover: Rijkkema 2013, p. 4.

om het stelsel van studiefinanciering te vervangen door een leenstelsel werd deze regeling overbodig geacht.³⁴ Het wetsvoorstel bevatte hiertoe een beperking van de hardheidsclausule, met de expliciete overweging dat daarmee zou worden ‘voorkomen dat in de praktijk rechtsvorming op dit punt optreedt’.³⁵

In veel gevallen is de wetgever minder expliciet en blijft in het midden of het wel of niet de bedoeling is dat de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling. In zo’n geval geldt de hoofdregel dat hoe gesloten een wet ook is en hoe hoog de ambitie van de wetgever om elk mogelijk geschil te reguleren ook is, er altijd de noodzaak bestaat tot wetsinterpretatie.³⁶ Men zou de bijdrage aan de rechtsontwikkeling door de rechter daarom ook kunnen afleiden uit de praktische betekenis van de rechterlijke uitspraak: er is sprake van rechtsontwikkeling indien de uitspraak verder strekt dan het geschil dat ermee wordt beslecht, doordat in de uitspraak bepaalde rechtsbegrippen of rechtsbeginselen worden geconcretiseerd.³⁷

Van belang hierbij is dat de bestuursrechter een andere rechtsvormer op zijn pad vindt: het bestuursorgaan dat het besluit genomen heeft dat ter discussie staat. Vanuit het perspectief van bestuursorganen – zeker bij de beschikkingen-fabrieken zoals DUO, IND, UWV, SVB – doet de rechter al aan rechtsontwikkeling indien de uitspraak resulteert in een herziening van de uitvoeringspraktijk. Oftewel: indien de uitspraak tot gevolg heeft dat verleende beschikkingen die op een vergelijkbaar feitencomplex betrekking hadden, moeten worden herzien. De bijdrage aan de rechtsontwikkeling wordt dan bepaald door de perceptie van het bestuursorgaan. De ultieme consequentie kan zijn dat het bestuursorgaan zijn uitvoeringspraktijk moet herzien (beleidsregels of algemeen verbindende voorschriften aanpassen), dan wel dat de wetgever de wet wijzigt.³⁸ Bezien vanuit het bestuur is zelfs sprake van rechtsontwikkeling indien de hoogste rechter een wets- of beleidswijziging goedkeurt, of althans: niet afkeurt.

Wanneer men rechtsontwikkeling door de bestuursrechter beschouwt vanuit een systematisch perspectief, doet zich het probleem voor dat de rechtsontwikkeling niet altijd gericht is op het vullen van een leemte in het recht. Er zijn wel voorbeelden waarin de rechter leemtes invult,³⁹ maar in veel gevallen heeft de rechtsontwikkeling door de rechter, waarbij deze een streep zet door het toegepaste recht (wet of beleidsregels), de vorm van een toets aan hoger recht, ofwel omdat het bestuursorgaan met zijn beleid de wettelijke grenzen overschrijdt,

34 Kamerstukken II 2011/12, 33 145, nr. 3, p. 10. Het wetsvoorstel had oorspronkelijk als titel ‘Wijziging van onder meer de Wet studiefinanciering 2000 in verband met het onderbrengen van de basisbeurs voor studenten in de masterfase in het sociaal leenstelsel en het aanbrengen van enkele vereenvoudigingen in het studiefinancieringsstelsel’.

35 Kamerstukken II 2011/12, 33 145, nr. 3, p. 23.

36 Marseille 2010.

37 Marseille 2010, zie verder: Asser/Vranken 2005, nr. 9.

38 In de casestudy worden verschillende voorbeelden van dit mechanisme genoemd.

39 Vgl. het voorbeeld in paragraaf 1.3 over de ‘kantonrechttersformule’ in het ambtenarenrecht: CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2044, AB 2013/231 m.nt. Van Arkel; CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2043, AB 2013/230 m.nt. Van Arkel.

ofwel omdat de toegepaste wet- en regelgeving in strijd komt met internationale verdragen, inclusief Europees recht.

Het is niet moeilijk van deze varianten een voorbeeld te vinden. Overschrijding van de wettelijke grenzen was bijvoorbeeld aan de orde bij het beleid van het zorgkantoor op grond waarvan een persoonsgebonden budget werd geweigerd indien zich risicofactoren voordoen (beheersing Nederlandse taal, schuldenproblematiek etcetera) en de aanvrager zich niet laat ondersteunen door een wettelijk vertegenwoordiger, partner of inwonend kind. Over dit beslissingsmodel oordeelde de CRvB dat het zorgkantoor de grenzen van het recht, in dit geval meer in het bijzonder art. 4:35 Awb, overschrijdt.⁴⁰ Uit de parlementaire geschiedenis bij dit artikel vloeit voort dat ‘niet is beoogd uit te sluiten dat de aanvrager die niet in voldoende mate over de capaciteiten of bekwaamheden beschikt om de aan het pgb verbonden verplichtingen na te komen, bij derden de daartoe benodigde ondersteuning inroept’. Het uitgangspunt van het zorgkantoor dat deze ondersteuning slechts door een wettelijk vertegenwoordiger, partner of inwonend kind kan worden verleend, is een beperking van de kring van derden die ondersteuning kunnen bieden, waarvoor geen aanknopingspunten bestaan, aldus de Raad. Het ligt voor de hand om ook te letten op erkende of bewezen capaciteiten van de (professionele) hulpverleners of aanbieders van administratieve en financiële diensten.

Rechtsontwikkeling vanwege strijd met internationaal recht doet zich bijvoorbeeld voor in de uitspraak van de CRvB van 21 maart 2014.⁴¹ Ter discussie stond een besluit van de Sociale Verzekeringsbank, waarin een uitkering op grond van de Algemene nabestaandenwet (ANW) werd toegekend. Deze uitkering was echter op grond van de Wet Woonlandbeginsel in de sociale zekerheid (Wwsz) en een daarop gebaseerde ministeriële regeling gematigd tot 60% van de uitkering die men in Nederland zou ontvangen, omdat de uitkeringsgerechtigde in Turkije woonachtig was. De rechter concludeerde dat toepassing van het woonlandbeginsel in strijd kwam met Besluit 3/80 van de EG-Turkije Associatieraad, dat voorschrijft dat ‘uitkeringen aan nagelaten betrekkingen’ op ‘generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurdverklaard op grond van het feit dat de rechthebbende in Turkije woont’.⁴²

Is het mogelijk om uitspraken die bijdragen aan de rechtsontwikkeling te herkennen op grond van het recht dat de rechter moet toepassen? Oftewel: is het mogelijk om aan de hand van de formulering van wetgeving of aan de hand van de beleidsimplicaties rechterlijke rechtsontwikkeling te herkennen? Het simpele antwoord is dat de werkelijkheid nog niet zo eenvoudig is. De voorbeelden illustreren dat uitspraken die misschien wel als zeer bepalend voor de rechtsontwikkeling worden ervaren, dat strikt genomen – redenerend van uit het systeem van het recht – niet zijn. Weliswaar hebben de uitspraken gelding buiten de context van het concrete geschil, omdat het zorgkantoor zijn beslissingsmodel zal moeten aanpassen en de SVB geen toepassing meer kan geven

⁴⁰ CRvB 10 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1780, AB 2013/403 m.nt. Tollenaar.

⁴¹ CRvB 21 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:845, USZ 2014/183 m.nt. Van der Mei. Strikt genomen was de rechtsvorming al gedaan door de Rechtbank Amsterdam; de CRvB bevestigde immers deze uitspraak.

⁴² De ANW bood ook geen grondslag om de uitkering te baseren op het bestaansminimum.

aan het woonplaatsbeginsel. In zoverre lijkt het er zelfs op dat de rechter recht heeft gevormd en iets nieuws toevoegt aan het recht dat het te beslechten geschil overstijgt.⁴³ Toch zou men met evenveel overtuigingskracht kunnen betogen dat in beide gevallen geen sprake is van rechtsvorming of rechtsontwikkeling, maar van rechtstoepassing, waarbij de toepassing van het hogere recht leidt tot diskwalificatie van het lagere recht. Dat deze rechtstoepassing effect heeft buiten het geschil om, is dan een (al dan niet beoogd) neveneffect.

2.4 Rechtersperspectief

Een derde perspectief op de rechtsontwikkeling is dat van de rechter zelf. Wanneer heeft de rechter het idee dat hij het recht ontwikkelt? Het ambacht van de rechter verlangt meer dan simpelweg het recht op de feiten toe te passen. Hij zal zo nu en dan moeten beslissen hoe hij de relevante rechtsregels zal interpreteren. Marseille noemt die activiteit al rechtsvorming.⁴⁴ Deze opvatting kan worden begrepen vanuit de idee dat met het toepassen van een regel op een casuspositie het recht zodanig wordt gevormd dat vanaf nu duidelijk is hoe het recht luidt voor dergelijke casusposities. Dit is het perspectief waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de ‘gladde gevallen’, die duidelijk onder een regel vallen of waarover eerder al is besloten dat ze onder de regel vallen, en de ‘niet-gladde gevallen’ of ‘hard cases’ waarbij de toepassing van de regel niet vanzelfsprekend is.⁴⁵

De meeste rechters die geïnterviewd zijn in het kader van dit onderzoek, hebben een andere opvatting over het begrip rechtsvorming en hun bijdrage aan de rechtsontwikkeling. De primaire reden waarom rechters tot een oordeel worden geroepen, is een concreet geschil. Het is daarom niet vreemd dat rechters doorgaans geschilbeslechting als primaire taak noemen.⁴⁶ Er is een gereedschapskist met interpretatiemethoden beschikbaar om binnen het bestaande recht het geschil te beslechten. Deze methoden variëren van grammatische, historische tot teleologische methoden.⁴⁷ De grammatische of tekstuele interpretatie blijft het dichtst bij de tekst van de wet. Bezien vanuit een strikte opvatting over het legaliteitsbeginsel wordt het recht toegepast zoals dat door de wetgever is opgeschreven.⁴⁸

Een voorbeeld vormt CRvB 11 mei 2012, waarin de Raad zich buigt over een besluit op grond van de Werkloosheidswet, meer in het bijzonder over de dagloonberekening op grond van het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen. Dit besluit kende een voorganger in de vorm van het Besluit Dagloonregels IWS waarin een net iets andere

43 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 18 maken het onderscheid tussen rechtsvinding (alles wat de rechter doet om het geschil te beslechten) en rechtsvorming (daaraan iets nieuws toevoegen). In dezelfde zin: Polak 2014.

44 Marseille 2010.

45 Vgl. Houweling 1996, p. 64. En ook: Neerhof 1994, p. 226 die het heeft over de neiging om te zoeken naar confectiewerk.

46 Neerhof 1994, p. 154-155.

47 Terminologie ontleend aan Asser/Scholten 1974.

48 Ranchordás 2014, p. 25.

terminologie werd gehanteerd. De rechtsvraag waarop de Raad een antwoord moest formuleren, betrof de interpretatie van het nieuwe besluit, dat – volgens het bestuursorgaan – moest worden gelezen op dezelfde manier als het oude besluit, wat voor de belanghebbende burger nadeliger zou uitpakken (namelijk: zou leiden tot een lager dagloon en een lagere uitkering). De Raad hield echter vast aan de tekst van het nieuwe besluit, en overweegt dat het ‘uit hoofde van de rechtszekerheid die justitiabelen moeten kunnen ontlenen aan hetgeen als algemeen verbindend voorschrift is gepubliceerd’ niet aanvaardbaar is om ‘een uitleg aan dit artikellid te geven die geen steun in de tekst van dit artikellid vindt’.⁴⁹ De Raad merkt daarbij nog op dat indien de regelgever een andere bedoeling met dit artikellid heeft (gehad), het aan hem is om dat duidelijk en eenduidig in de tekst op te nemen.

In veel gevallen blijkt het niet eenvoudig om iets duidelijk en eenduidig in de wet op te nemen. Vage normering, maar ook – en daar wijst Ranchordás op⁵⁰ – nieuwe technologische ontwikkelingen die bij het vaststellen van de norm niet konden zijn meegenomen, dwingen om de grenzen van de geschreven norm op te zoeken. In dat geval biedt de wetshistorie soms aanknopingspunten.

Een voorbeeld wordt gevormd door ABRvS 20 april 2004, over de weigering van de openbaarmaking van stukken op grond van de Wob. Openbaarmaking was (deels) geweigerd omdat de stukken persoonlijke beleidsopvattingen zouden bevatten. De belanghebbende voert daarop aan dat het gaat om stukken over een besluit dat inmiddels is genomen. De Raad overweegt op deze beroepsgrond, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat ook wanneer een document geen onderwerp van intern beraad meer uitmaakt, de persoonlijke beleidsopvattingen beschermd blijven en vult daarmee in hoe ver de term ‘persoonlijke beleidsopvattingen’ uit art. 11 Wob reikt.⁵¹

Biedt de wetshistorie geen uitkomst, dan zijn de maatschappelijke doeleinden die met de wet worden nagestreefd leidend. Wat hebben wetgever en bestuursorgaan eigenlijk bedoeld?

Als voorbeeld kan worden gewezen op ABRvS 18 oktober 2006. De casus handelt over een afwijzende beslissing op een verzoek om vergunning voor het plaatsen van twee partytenten op een terras. Op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening is een vergunning nodig voor het hebben van een terras, waaraan dan ook voorschriften kunnen worden verbonden met betrekking tot onder meer de verzorging en het uiterlijk aanzien van het terras. Ter invulling van deze bevoegdheid heeft het bevoegde bestuursorgaan (de burgemeester) een terrassennotitie opgesteld – een beleidsregel als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb – waaruit voortvloeit dat een terras dient te bestaan uit meubilair zo nodig aangevuld met parasols en terrasafscheidingsen. Over partytenten wordt niet gerept. De Afdeling gaat echter af op de verklaring ter zitting, gedaan namens de burgemeester, dat is bedoeld dat het plaatsen van partytenten anders dan

49 CRvB 11 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6285, AB 2012/197 m.nt. Bröring.

50 Ranchordás 2014, p. 20.

51 ABRvS 20 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT4253, JB 2005/170 m.nt. Overkleeft-Verburg.

parasols niet is toegestaan. De vergunning is dus terecht geweigerd op grond van de klaarblijkelijke bedoeling van het recht.⁵²

Tussen deze interpretatiemethoden is geen absolute rangorde aan te brengen, hooguit een relatieve, waarbij de grammatische en de wetshistorische methode de meeste kracht hebben.⁵³ Doorgaans worden de methoden afwisselend gebruikt. Wat de interpretatiemethoden gemeen hebben, is dat de rechter zoveel mogelijk binnen de grenzen van het recht blijft. Hij zoekt wellicht de grenzen van het geschreven recht op, maar gaat daar niet overheen, vormt geen nieuw recht en ontwikkelt dat recht ook niet, in ieder geval niet actief. Bezien vanuit het perspectief van de rechter is rechtsontwikkeling door de rechter iets heel bijzonders en komt het bijna nooit voor. En als het al plaatsvindt, dan liefst in een bijzondere procedure om de legitimiteit van de rechterlijke beslissing te vergroten en waar nodig met formulering van rechterlijk overgangsrecht.⁵⁴

2.5 Wat bepaalt rechtsontwikkeling?

De verschillende perspectieven op rechtsontwikkeling door de bestuursrechter impliceren verschillende keuzes voor de operationalisering van het begrip. En deze keuzes maken weer dat ofwel de rechter heel vaak bijdraagt aan de rechtsontwikkeling (wanneer men let op de aard van de regelgeving waaraan getoetst wordt of de (beleids)implicaties van een uitspraak), of juist bijna nooit (wanneer men het de rechter vraagt of uitsluitend let op de inzet van de grote kamer of de conclusies van de advocaat-generaal).

Het voorgaande maakt in ieder geval duidelijk dat twee factoren een belangrijke rol spelen bij de rechtsontwikkeling door de rechter. In de eerste plaats is dat de gevolgde procedure inclusief de uitspraak die daarvan het resultaat is. De rechter kan door te kiezen voor een bijzondere procedure, of door in zijn uitspraak algemenere formuleringen te gebruiken die het geschil overstijgen, laten zien dat de uitspraak belangrijk is voor de rechtsontwikkeling.

De tweede factor betreft de impact van een uitspraak op de partijen die betrokken zijn bij de vorming van het recht: de wetgever en het bestuur. De mate waarin de wetgever zich genoodzaakt ziet om te reageren en wetgeving aan te passen, of het bestuursorgaan om beleid te wijzigen zijn dan twee indicatoren dat rechtsvorming plaatsvindt. Dit sluit aan bij het systematische perspectief: de rechtsnormen zoals die tot dan toe waren geformuleerd moeten – blijkbaar – worden bijgesteld naar aanleiding van een uitspraak.

52 ABRvS 18 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ0345, AB 2007, 31 m.nt. Tollenaar. Een ander voorbeeld waarbij de ‘bedoeling’ van beleid leidend is: ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8987, AB 2007, 125 m.nt. Tollenaar over de weigering van een nachtontheffing.

53 Groenewegen 2006, p. 190.

54 Haazen 2001.

De ambitie van deze studie is om de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter empirisch te beschrijven. Gelet op de verschillende benaderingen wordt eerst in kwantitatieve zin een beeld geschetst van de bijdrage van de rechter aan de rechtsontwikkeling. Vervolgens wordt aan de hand van een casestudy de invloed van de rechter op de rechtsontwikkeling op enkele beleidsterreinen in kaart gebracht, inclusief de reacties daarop van de betrokken partijen.

3 Beeld van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

3.1 Inleiding

De operationalisering van de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter geeft mogelijkheden om het verschijnsel verder in kaart te brengen. Hiermee wordt een aantal empirische vragen beantwoord. Allereerst is dat de vraag in welke mate de rechter aan rechtsontwikkeling doet. De aangrijpingspunten hierbij zijn het gebruik van bijzondere procedurele faciliteiten (grote kamer en advocaat-generaal) en formuleringen in de uitspraak waarin de rechter expliciteert juist niet aan rechtsvorming te doen (par 3.2 en 3.3). Uiteindelijk zijn het de uitspraken waaruit rechtsontwikkeling moet blijken. In paragraaf 3.4 wordt ingegaan op wat we eigenlijk van die uitspraken weten: hoe vaak bevatten uitspraken een scherpe regel die de zaak overstijgt? Vervolgens verschuift de aandacht naar de consument van de rechter: hoe vaak verwacht de burger dat de rechter het recht ontwikkelt (par 3.5)?

3.2 Wanneer zeker *wel* rechtsontwikkeling plaatsvindt

Rechtsontwikkeling vindt in ieder geval plaats wanneer gebruik wordt gemaakt van een grote kamer of een advocaat-generaal. Sinds de inwerkingtreding van de wet die deze faciliteiten mogelijk maakt (1 januari 2013), heeft de grote kamer drie maal over een zaak geoordeeld en is vijf maal een advocaat-generaal gevraagd een conclusie te nemen.⁵⁵ In alle gevallen waarin een grote kamer zich over een zaak boog, werd ook de staatsraad advocaat-generaal ingeschakeld.⁵⁶

De eerste zaak waarin de grote kamer en de advocaat-generaal zich hebben gebogen, betrof de ‘redelijke termijn’ voor de duur van de bestuursrechtelijke procedure. De conclusie van de staatsraad advocaat-generaal bood helderheid over de vraag welke behandelduur de rechter voor de verschillende fasen van de procedures en de procedure als geheel nog als redelijk kon aanmerken in het licht van de rechtspraak van het EHRM.⁵⁷ De rechterlijke beslissing bestond eruit dat de redelijke termijn voor het afdoen van de totale procedure (bezwaar, beroep en hoger beroep) in beginsel vier jaar bedraagt.⁵⁸

55 Gegevens tot 1 februari 2015.

56 Gebaseerd op de gepubliceerde uitspraken en conclusies op rechtspraak.nl en het jaarverslag over 2013 van de Raad van State.

57 Conclusie Staatsraad A-G Widdershoven 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586.

58 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, AB 2014/115 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

De tweede conclusie betrof een asielkwestie en draaide om de bescherming van getuigen voor het Internationaal Strafhof. Het betrokken bestuursorgaan (staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) vond dat deze getuigen bescherming genoten van het Internationaal Strafhof en dat daarmee de plicht van Nederland om bescherming te bieden verviel. De conclusie richt zich op de verhouding tussen het internationale recht, het Europese recht en het nationale vreemdelingenrecht.⁵⁹ Deze zaak werd niet behandeld door een grote kamer, maar door een meervoudige. De kwestie waarover de advocaat-generaal zich uitlaat is beperkt tot een rechtsvraag binnen één college, namelijk de Afdeling.

De derde conclusie ging over het coffeeshopbeleid, meer in het bijzonder over de vraag of het ingezetenen criterium dan wel het beslotenclubcriterium in de grensregio's in overeenstemming zijn met de Grondwet, internationale verdragen en het Europees recht.⁶⁰ Ook deze conclusie is niet door een grote kamer, maar door een meervoudige kamer aangevraagd. En ook nu was de relevantie van de rechtsvraag beperkt tot het rechtsgebied dat tot de competentie van de Afdeling hoort.⁶¹

De vierde conclusie betrof de verheldering van het bestuursorgaanbegrip, meer in het bijzonder waar het privaatrechtelijke rechtspersonen zonder publiekrechtelijke bevoegdheden betreft. Deze rechtspersonen (of het bestuur ervan) kan onder omstandigheden toch een bestuursorgaan zijn wanneer de overheid de uitoefening van de taak van deze rechtspersoon betaalt en bepaalt.⁶² Deze conclusie is gevraagd door de grote kamer van de Afdeling. En hoewel de aanleiding bestond uit een tweetal zaken bij de Afdeling,⁶³ strekt de reikwijdte van deze conclusie – ook getuige de verkenning van de jurisprudentie – zich uit over alle hogerberoepsinstanties.

De meest recente conclusie is genomen in een zaak die eveneens door de grote kamer is behandeld. Het betrof de vraag hoe een acceptatie en weigering van een melding zouden moeten worden gekwalificeerd. Dit leidde tot een conclusie van de advocaat-generaal waarin de mogelijke rechtsbescherming bij meldingstelsels werd verkend,⁶⁴ en uiteindelijk tot een uitspraak van de Afdeling waarin de instemming met een melding gelijkgesteld werd met een besluit.⁶⁵

Wat opvalt aan de procedures waarin grote kamer en advocaat-generaal worden ingeschakeld, is dat deze interventies in aantal beperkt zijn. Ook valt op dat het gebruik van deze instrumenten niet beperkt blijft tot het bevorderen van rechtseenheid: twee van de vijf conclusies hadden betrekking op een bijzonder rechtsgebied. Tegelijkertijd is ook duidelijk dat er ongetwijfeld veel meer rechtsontwikkeling plaatsvindt, ook wanneer deze faciliteiten niet worden gebruikt. Eerder werden al de onzichtbare procedures genoemd, zoals rechterlijk overleg of het meelezen achter de schermen. Wanneer men afgaat op de aantallen

59 Conclusie Staatsraad A-G Keus 12 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1882.

60 Conclusie Staatsraad A-G Keus 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2532, NJB 2014/216.

61 ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2171, JB 2014/166 m.nt. Timmermans.

62 Conclusie Staatsraad A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

63 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, NJB 2014/1789 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

64 Conclusie Staatsraad A-G Widdershoven 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116.

65 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:36.

conclusies en zaken voor de grote kamer, kan men veilig concluderen dat de advocaat-generaal en de grote kamer deze onzichtbare procedures (nog) niet hebben verdrongen.

3.3 Grens van de rechtsvormende taak

Om een beeld te krijgen van de mate waarin de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling is ook interessant om te kijken naar de situaties waarin de rechter stuit op de grens van wat hij nog tot zijn taak rekent. Deze gevallen kunnen worden herkend aan de hand van een inhoudelijke overweging daartoe. De uitspraak bevat in dat geval een overweging van het type ‘dat gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten’.

Als voorbeeld van een uitspraak waarin een rechter oordeelt dat een rechtsvraag de rechtsvormende taak te buiten gaat, kan worden gewezen op de uitspraak van de CRvB van 25 april 2014 (USZ 2014/213) over een vordering van de Minister van OCW op een student, omdat deze met zijn inkomen de ‘vrije voet’ heeft overschreden. De student doet in (hoger) beroep een beroep op verdragsrechtelijke discriminatieverboden, omdat hij zou worden benadeeld ten opzichte van studenten van wie – conform de bestendige uitvoeringspraktijk – de studiefinanciering met terugwerkende kracht is onderbroken of beëindigd. Met zo’n onderbreking of beëindiging zou er geen overschrijding van de vrije voet plaatsvinden en zou dus de grondslag aan de vordering ontbreken. De Raad overweegt over deze beroepsgrond:

‘Het discriminatieverbod waarop appellant zich beroept, vereist niet dat zodanig uitgewerkte regelingen worden getroffen dat elke onevenwichtigheid in elke denkbare situatie wordt voorkomen. Een zekere grofmazigheid in methodiek zoals die opgenomen is in art. 3.17 van de Wsf 2000, kan worden gerechtvaardigd door het belang dat de wetgever hecht aan het streven de uitvoeringslasten te beperken. Het ongedaan maken van ongelijke behandeling die daar het gevolg van is, gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.’

De ‘onevenwichtigheid’ waar de Raad op wijst, is de evenredigheid van de belangenafweging die aan de wet of het beleid ten grondslag ligt. Dat de rechter deze evenredigheid marginaal toetst – en expliciet accepteert dat er enige onevenwichtigheid in de afweging besloten zit – is niet nieuw of opmerkelijk. Dat de rechter deze beperking verbindt aan de grenzen van zijn rechtsvormende taak is evenmin opmerkelijk, maar dit gebeurt lang niet altijd zo expliciet, zeker niet in het bestuursrecht. Afgaand op de op rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie wordt een overweging over de rechtsvormende taak het vaakst gehanteerd in civielrechtelijke zaken.⁶⁶

66 Alleen uitspraken waarin werd overwogen dat een rechtsvraag ‘de rechtsvormende taak’ te buiten ging (of waarin in andere woorden hetzelfde werd overwogen) zijn geteld.

Tabel 1 Spreiding uitspraken over ‘rechtsvormende taak’ over rechtsgebieden⁶⁷

| Rechtsgebied | Totaal % | Uitspraken 2013-2014 % |
|---------------|----------|------------------------|
| Bestuursrecht | 36 | 36 |
| Civiel recht | 45 | 41 |
| Strafrecht | 19 | 23 |
| Totaal | 100 | 100 |
| n | 357 | 69 |

De tabel laat zien dat het aantal malen dat de rechter de grens van de rechterlijke taak aangeeft per rechtsgebied enigszins verschilt, waarbij met name opvalt dat de rechter in civiele zaken iets vaker zo’n overweging opneemt dan zijn bestuursrechtelijke collega. Men zou ook kunnen nagaan hoe groot de kans is dat een rechter bij zijn uitspraak de grens van zijn rechtsvormende taak afbakt. Voor die berekening worden de gevonden uitspraken gedeeld door het totale aantal gepubliceerde uitspraken per rechtsgebied. De onderstaande tabel bevat het percentage uitspraken per rechtsgebied met een expliciete overweging over de rechtsvormende taak.

Tabel 2 Aandeel uitspraken over ‘rechtsvormende taak’ ten opzichte van het totaal⁶⁸

| Rechtsgebied | % |
|---------------|------|
| Bestuursrecht | 0,07 |
| Civiel recht | 0,19 |
| Strafrecht | 0,13 |

Wanneer men de percentages vergelijkt, blijken de civiele rechter en de strafrechter procentueel gezien vaker een overweging over de rechtsvormende taak op te nemen dan de bestuursrechter. Blijkbaar laat de bestuursrechter de rechtsvormende taak in het midden of wordt hij er niet toe uitgedaagd om een overweging over de rechtsvormende taak op te nemen in zijn uitspraak.

De bestuursrechtelijke uitspraken met een overweging over de rechtsvormende taak, kunnen worden uitgesplitst naar de verschillende instanties. De onderstaande tabel bevat de uitsplitsing per bestuursrechtelijke instantie.

67 Gegevens verzameld op 21 januari 2015. Op grond van het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012 kan ervan uit worden gegaan dat na 2012 alle uitspraken van de hoogste bestuursrechters zijn gepubliceerd. Daarom bevat de tabel afzonderlijk de gegevens over de jaren 2013 en 2014.

68 Gebaseerd op het totaal aantal gepubliceerde uitspraken per rechtsgebied: bestuursrecht: 175.887, civiel recht: 84.811 en strafrecht: 51.904 (laatst geverifieerd op 21 januari 2015).

Tabel 3 'Rechtsvormende taak' uitgesplitst naar instantie⁶⁹

| Instantie | Totaal % | Uitspraken 2013-2014 % |
|---|----------|------------------------|
| Hoge Raad | 53 | 52 |
| Raad van State | 5 | 12 |
| Centrale Raad van beroep | 6 | 4 |
| College van Beroep voor het bedrijfsleven | 3 | 8 |
| Gerechtshoven | 16 | 8 |
| Rechtbanken | 14 | 16 |
| Andere (RvB Belastingzaken Ned Antillen) | 2 | - |
| Totaal | 100 | 100 |
| n | 129 | 25 |

De tabel laat zien dat met name de Hoge Raad frequent een overweging opneemt over de rechtsvormende taak. Wanneer men dit samen neemt met de eerdere constatering dat de civiele en de strafrechter vaker een overweging opnemen over de rechtsvormende taak, dringt zich het beeld op dat de Hoge Raad, die immers actief is het civiele recht, strafrecht en het bestuursrecht, relatief veel belang hecht aan de explicitering van de rechtsvormende taak.

Wat verder opvalt, is dat de uitspraken waarin de Afdeling zich expliciet buigt over haar rechtsvormende taak, vooral in de laatste twee jaar zijn gedaan. Dit past wellicht bij de aandacht die rechtsvorming van de Afdeling heeft gekregen in de recente jaren.⁷⁰

Hoe moet de overweging over de rechtsvormende taak worden geïnterpreteerd? Duidelijk is in ieder geval dat de rechter zich met zo'n overweging bewust is van zijn rechtsvormende taak. Ook is duidelijk dat de rechter concludeert dat hij op de grenzen van die taak is gestuit en de rechtsvraag teruglegt bij een andere rechtsvormer: de wetgever of het bestuursorgaan. Deze overweging zegt echter nog niets over de uitspraken die wél bijdragen aan de rechtsontwikkeling.

3.4 Rechtsvormende karakter van uitspraken

In het voorgaande zijn twee categorieën uitspraken behandeld: de categorie waarin de procedure al verraadt dat sprake is van rechtsontwikkeling en de categorie waarin de rechter expliciteert niet aan rechtsvorming te doen en dus ook niet bij wil dragen aan de rechtsontwikkeling. Wat resteert is een (grote) tussencategorie waarbij voorlopig onduidelijk is of de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling. De rechtsontwikkeling door de rechter vindt uiteindelijk plaats in de uitspraak. Dit impliceert dat men uit kenmerken van die tekst zou kunnen afleiden wat de reikwijdte van de rechterlijke beslissing is. Neerhof heeft voor zijn onderzoek uit 1994 een meetinstrument ontwikkeld waarmee

69 Gegevens zijn het laatst geverifieerd op 21 januari 2015.

70 Onder meer: De Poorter & Van Roosmalen 2009.

rechterlijke beslissingen kunnen worden gescoord op het informatiegehalte, uiteenlopend van casuïstisch tot scherpe algemene regel.⁷¹ Indien de rechter een scherpe algemene regel formuleert, draagt hij bij aan de rechtsontwikkeling. Hij beperkt zich dan immers met zijn uitspraak niet tot het te beslechten geschil, maar formuleert of bevestigt een regel, die betekenis heeft buiten dat geschil om.

Neerhof analyseert met zijn meetinstrument geselecteerde uitspraken op een rechtsgebied waarin een rechtsvraag wordt behandeld. De geselecteerde rechtsgebieden betreffen de regelgeving omtrent de superheffing, scholing met een WW-uitkering, vrijstelling van het bestemmingsplan, standplaatsvergunning, en contra legem werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze rechtsgebieden zijn gekozen vanwege de verschillende rechterlijke colleges die bevoegd zijn om over de rechtsvragen te oordelen.⁷² In tabel 4 is weergegeven welk deel van de uitspraken een scherpe regel bevat en welk deel zich beperkt tot het concrete geschil.

Tabel 4 Vergelijking totaalscores naar informatiegehalte (in %)⁷³

| | Superheffing | WW | Vrijstelling | Standplaatsen | Contra legem | Totaal |
|---------------|--------------|-----|--------------|---------------|--------------|--------|
| Casuïstisch | 13 | 13 | 22 | 12 | 37 | 18 |
| Vage regel | 58 | 32 | 36 | 49 | 30 | 43 |
| Scherpe regel | 29 | 55 | 42 | 38 | 33 | 39 |
| Totaal | 100 | 100 | 100 | 100 | 100 | 100 |
| n | 31 | 53 | 23 | 76 | 30 | 213 |

Uit de tabel kunnen twee conclusies worden getrokken. Allereerst zijn er grote verschillen in de mate van rechtsontwikkeling in de uitspraken, per rechtsvraag, per rechtsgebied en per rechtscollege. Het percentage uitspraken met een scherpe algemene regel (waarmee wordt bijgedragen aan de rechtsontwikkeling) verschilt van 29% (superheffing) tot 55% (WW) van de geselecteerde uitspraken. Neerhof heeft hiervoor verschillende verklaringen, die onder meer verband houden met de mate waarin het bestuursorgaan zelf al aan rechtsvorming doet (bijvoorbeeld in beleidsregels), de cultuur en caseload van het hoogste bestuursrechtelijk college en de inrichting van de rechtsbescherming in twee instanties.⁷⁴

De tweede conclusie is dat hoe dan ook een aanmerkelijk deel van de uitspraken van de rechter een scherpe, de zaak overstijgende regel bevat. Anders gezegd:

⁷¹ Neerhof 1994, p. 68-92.

⁷² Het CBb was bevoegd ten aanzien van de superheffing; de CRvB ten aanzien van de WW en de Afdeling Rechtspraak ten aanzien van vrijstelling van het bestemmingsplan en standplaatsvergunningen. Voor wat betreft de contra legem werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft Neerhof uitspraken van alle hoogste rechtscolleges bestudeerd.

⁷³ Overgenomen uit Neerhof 1994, p. 135.

⁷⁴ Neerhof 1994, p. 218 e.v.

de rechter heeft een behoorlijke invloed op de rechtsontwikkeling. Neerhof komt op een gemiddeld percentage van 39% van de uitspraken. Soms is de rechtsontwikkeling een bevestiging van een al bestaande (jurisprudentie)regel, in andere gevallen is sprake van een nieuwe regel.

De onderzoeksgegevens dateren van 1994. Er is geen recent(er) onderzoek dat de conclusies van Neerhof bevestigt of weerlegt. Verondersteld kan echter worden dat het aandeel uitspraken met een algemene, zaaksoverstijgende regel, in de loop der jaren niet geringer is geworden. Dit houdt verband met de afnemende normerende betekenis van wetgeving, onder meer vanwege de invloed van innovaties en een toenemend belang van de globaliserende rechtsorde.⁷⁵ Wetgeving loopt achter bij maatschappelijke ontwikkelingen, of bevat geen duidelijke materiële norm. Het gevolg: meer ruimte voor het bestuur en – als gevolg daarvan – een grotere betekenis van de rechterlijke uitspraken waarin de keuzes van het bestuur worden goed- of afgekeurd.

3.5 Verwacht de burger rechtsvorming door de bestuursrechter?

De volgende vraag is of de burger van de rechter verlangt dat deze een algemene regel formuleert en dus meer doet dan alleen het beslechten van het geschil tussen hem en het bestuursorgaan. Het antwoord op deze vraag is nog niet zo eenvoudig te formuleren, allereerst natuurlijk omdat burgers in veel soorten en maten voorkomen.⁷⁶ Dat maakt ook dat de verwachtingen over de interventie van de rechter zullen verschillen. We weten echter wel iets over de redenen van burgers om zich tot de bestuursrechter te wenden. Voor een onderzoek naar de implementatie van de nieuwe zaaksbehandeling zijn 164 zittingen van verschillende rechtbanken geobserveerd. Hierbij zijn alleen ‘unus-zittingen’ geobserveerd: zittingen waarbij het beroepschrift werd behandeld door een enkelvoudige kamer.⁷⁷ Na de zitting zijn procespartijen geïnterviewd: 64 maal heeft de eiser de enquête ingevuld; 84 maal (ook) de gemachtigde van de eiser en 124 maal de (gemachtigde van) verweerder. Eén van de enquêtevragen betrof de vraag wat het motief van de eiser was om in beroep te gaan. De vraag aan de gemachtigden (van eiser en van verweerder) was waarom zij dachten dat eiser in beroep ging. De respondenten konden meerdere antwoorden kiezen. Onderstaande tabel bevat de percentages van de respondenten die voor een van de genoemde antwoordcategorieën hebben gekozen.

75 Men zou deze verschijnselen kunnen vatten onder de cultuur die Neerhof noemt als verklaring voor rechtsontwikkeling door de rechter. Over innovaties: Ranchordás 2014, p. 20 en eerder: Scheltema 2004. Het belang van de globaliserende rechtsorde: De Poorter 2014a.

76 Dat maakt het onderzoek naar de burger en de Awb ook zo lastig, waardoor een tamelijk selecte groep als ‘Awb-burger’ wordt geportretteerd. Zie: Laemers e.a. 2006, p. 84.

77 De zittingen zijn min of meer ‘at random’ geselecteerd in een vijftal rechtbanken. De selectiecriteria die daarbij gebruikt zijn waren: geen fiscale en geen vreemdelingenzaken.

Tabel 5 Motieven voor de eiser om in beroep te gaan (in %, meerdere antwoorden mogelijk)

| Reden | Eisers | Gem. eisers | Gem. verweerder |
|---|--------|-------------|-----------------|
| Relevante informatie is ten onrechte niet meegenomen in de besluitvorming | 53 | 49 | 27 |
| Het bestuursorgaan heeft een fout gemaakt die moet worden hersteld | 47 | 52 | 53 |
| Eiser is niet eerlijk behandeld door het bestuursorgaan | 36 | 18 | 36 |
| Principieel punt: het bestuursorgaan voert de wet verkeerd uit | 26 | 31 | 19 |
| Strategische reden: anders verlies ik mijn onderhandelingspositie | 10 | 6 | 3 |
| Particulier geschil bijvoorbeeld tussen bureaus | 2 | 1 | 1 |
| Anders, nl. . . | 10 | 9 | 11 |
| n | 58 | 71 | 110 |

De overtuiging van de eiser dat het bestuursorgaan een fout heeft gemaakt die moet worden hersteld, is volgens 47% van de eisers de reden om in beroep te gaan. Volgens 52% van de gemachtigden van eiser en 53% van de verweerders was dat de reden van het beroep. Het tweede motief dat vaak genoemd werd, is het niet meenemen van informatie: 53% van de eisers noemde dat als reden en 49% van de gemachtigden van de eisers. Voor verweerders was dat – begrijpelijkerwijs – minder vaak een motief: zij noemden dat motief in 27% van de zaken.⁷⁸

Naast deze twee hoofdmotieven blijkt een ander, principiëler motief een belangrijke rol te spelen: de eiser vindt dat het bestuursorgaan de wet verkeerd uitvoert. Zo'n 26% van de geïnterviewde eisers koos voor dat motief. Bij de gemachtigden van eisers was het percentage nog iets hoger: 31%. Gemachtigden van verweerder dachten juist iets minder vaak (19%) dat dat een reden was dat de eiser in beroep was gegaan. Hoewel partijen dit motief verschillend inschatten, blijken zij wel vaak hetzelfde motief te herkennen: men kiest in dezelfde beroepszaak relatief vaak voor hetzelfde motief.⁷⁹

De respondenten die kozen voor een principieel motief, gaven met hun antwoord aan een uitspraak te verlangen die verder strekt dan slechts het

⁷⁸ De verklaring van dit verschil is dat het bestuursorgaan zich vermoedelijk niet kan voorstellen informatie te hebben gemist: in de eerdere fasen van de procedure is immers al (veel) informatie verzameld.

⁷⁹ Opmerkelijk is dat de inschatting van het motief om in beroep te gaan door eiser zoals ingevuld door de gemachtigde van het bestuursorgaan significant correleert met het door eiser genoemde motief ($r=0,312$, $p < 0,05$), terwijl dat niet geldt voor het motief zoals ingevuld door de gemachtigde van eiser ($r=0,336$, $p > 0,05$). Men zou hieruit kunnen afleiden dat het bestuursorgaan een beter beeld heeft van de reden waarom eiser in beroep gaat dan de gemachtigde van de eiser.

beslechten van het geschil. Deze respondenten verlangen rechtsontwikkeling van de rechter en een meer algemene correctie van het bestuur.

Als illustratie van een beroepszaak waarin alle partijen een principiële uitspraak verlangden, dient de casus over de vergoeding van een aangepaste rolstoel voor een bewoonster van een verzorgingstehuis. De vraag was of deze voorziening deel uitmaakt van de toegekende voorziening op grond van de AWBZ, dan wel onder de Wmo zou moeten vallen. Hoewel het op het eerste gezicht lijkt op een geval ‘vestzakbroekzak’, zijn de belangen voor het verpleeghuis, dat namens de bewoonster procedeert, zeer groot. Dit verpleeghuis was namelijk geen AWBZ-instelling en wordt gefinancierd uit persoonsgebonden budgetten van de bewoners. De uitspraak dat de rolstoel onder het persoonsgebonden budget valt, zou ertoe leiden dat het verpleeghuis zelf opdraait voor deze kosten. Valt de rolstoel onder de Wmo, dan kan voor deze kosten een beroep worden gedaan op het gemeentebestuur. Bij het beroep tegen de afwijzende beslissing van het gemeentebestuur verwacht de eiser dan ook dat de rechter duidelijk uitlegt wat onder het persoonsgebonden budget op grond van de AWBZ valt en wat niet. Ook het gemeentebestuur (verweerder deze zaak) wilde een principiële uitspraak.⁸⁰

Concluderend blijkt in ongeveer 26% van de beroepszaken in eerste aanleg een principiële punt aan de orde te zijn waarbij de burger rechtsontwikkeling door de rechter verlangt. De selectiemethode die is gehanteerd in dit onderzoek geeft aanleiding om te veronderstellen dat dit een conservatief getal betreft. De gegevens zijn immers verzameld bij ‘unus-zittingen’. In beroepszaken die zich niet lenen voor een behandeling door een enkelvoudige kamer en dus door een meervoudige kamer worden behandeld, zullen naar hun aard vaker principiële (rechts)vragen aan de orde zijn. Dat betekent dat bij die zaken het gehalte ‘principiële procedeerders’ eerder groter dan kleiner is. Hierbij past overigens wel de aantekening dat de specifieke context van het rechtsgebied, eventuele hulpbronnen (kennis, kunde), eerdere ervaringen en het belang bij de beslissing van invloed zijn op de keuze om in beroep te gaan.⁸¹

Overigens geldt voor hoger beroep een ander percentage. Uit onderzoek naar motieven om in hoger beroep te gaan, blijkt dat ongeveer 3% van de respondenten een principiële motief heeft.⁸² Een groot deel ‘principiële procedeerders’ haakt dus af na het beroep. Er zijn twee mogelijke verklaringen voor dit verschil.

80 In de uitspraak gaf de rechter, met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de AWBZ, het oordeel dat de bewoonster met het persoonsgebonden budget volledige aanspraak heeft op de uit de AWBZ voortvloeiende zorg, inclusief aangepaste rolstoel. Er is dus, gezien vanuit de Wmo, sprake van een voorliggende voorziening, zodat het beroep op deze wet terecht is afgewezen. De rechtsontwikkeling was in dit geval dus een bevestiging dat het bestuur het bij het juiste eind had. Zie: Rb. Midden-Nederland 9 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7412.

81 Zie bijvoorbeeld Lens 2007.

82 Gebaseerd op het later dit jaar te verschijnen promotieonderzoek van Martje Boekema (Boekema 2015, par 7.6.2). Zij heeft respondenten de (open) vraag gesteld waarom zij in hoger beroep gingen. Het genoemde percentage betreft het aantal respondenten dat uit zichzelf aangeeft uit principiële overwegingen in hoger beroep te gaan. Het ging zowel om beroepsprocedures over bijstand, als om fiscale aangelegenheden en geschillen in het omgevingsrecht.

De eerste verklaring is dat het verlangen naar een principiële uitspraak is vervuld door de rechter in eerste aanleg waardoor er geen reden is om in hoger beroep te komen. De tweede en aannemelijkere verklaring is dat de ervaring met de rechter in eerste aanleg leert dat op het punt van de rechtsontwikkeling niet veel van de rechter te verwachten valt.

3.6 Tussenconclusie

Hoe vaak doet de rechter aan rechtsontwikkeling en wat verwacht de burger daar eigenlijk van? Afgaand op het aantal malen dat de rechter zijn taakopvatting expliciteert, door gebruik te maken van zichtbare bijzondere procedurele voorzieningen (grote kamer, advocaat-generaal), dan wel door er een overweging aan te wijden, doet vermoeden dat het aantal zaken waarin de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling gering is. Wanneer men de uitspraken zelf analyseert, is het beeld echter anders en blijkt de rechter behoorlijk vaak bij te dragen aan de rechtsontwikkeling. Afgaand op het onderzoek van Neerhof is dat percentage zo'n 39%, met grote variaties per rechtsgebied. Dit percentage bevindt zich in dezelfde orde van grootte als het percentage beroepszaken waarin de burger zich tot de rechter wendt vanwege een principieel punt (ongeveer 26% van de beroepszaken in eerste aanleg).

De rechter draagt dus relatief vaak bij aan de rechtsontwikkeling en de burger verwacht dat ook relatief vaak van hem. Dat roept de vraag op of de rechter die verwachtingen waar kan maken. Is er een 'match' tussen de verwachtingen van de burger en de wijze waarop de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling? Deze vraag kan alleen worden beantwoord in een kwalitatief onderzoek.

Bij de tussenconclusie past één belangrijke kanttekening die ook in de geraadpleegde bronnen veelvuldig wordt gemaakt: er is op alle punten verschil tussen de bijzondere delen van het bestuursrecht. Op sommige terreinen van het bestuursrecht lijkt de rechter met zijn uitspraken meer en vaker bij te dragen aan de rechtsontwikkeling dan op andere. De verwachtingen van partijen over principiële uitspraken van de rechter verschillen eveneens per rechtsgebied. Bij de zoektocht naar een eventuele 'match' tussen de rechtsontwikkeling door de rechter en de verwachtingen van de burger, is het dus van belang om verschillende terreinen van het bestuursrecht te onderzoeken.

4 Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter nader beschouwd

4.1 Inleiding

Het beeld van de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter mondt uit in de vraag in hoeverre de rechter de verwachtingen waarmaakt. Voor het antwoord op deze vraag is een casestudy verricht.⁸³ De cases die worden vergeleken, zijn bijzondere wetten. Meer precies: een situatie van rechtsontwikkeling door de rechter bij die bijzondere wetgeving. Of nog preciezer: de situatie waarin de (hoogste) bestuursrechter met een rechtsvraag wordt geconfronteerd die rechtsontwikkeling vergt.⁸⁴

Door op zoek te gaan naar rechtsvragen waarbij rechtsontwikkeling tot de mogelijkheden behoort, kan worden nagegaan in welke gevallen wel en in welke gevallen geen rechtsontwikkeling plaatsvindt. Ook kan worden vergeleken hoe de relevante partijen (burger, bestuur en wetgever) die taakvervulling beoordelen en welke consequenties zij daaraan verbinden.

4.2 Methode

De te vergelijken cases worden gevonden in de bijzondere delen van het bestuursrecht. Hiervoor is enerzijds gekozen omdat in de literatuur omtrent rechtsontwikkeling door de rechter reeds veel aandacht wordt besteed aan het algemeen deel, inclusief de rechtsvorming daarbij. Weliswaar kan met Polak worden geconstateerd dat de invloed van de rechter op de rechtsontwikkeling vooral pregnant is in het algemene deel van het bestuursrecht.⁸⁵ Als voorbeeld kan worden gewezen op de rechtsontwikkeling ten aanzien van de algemene begrippen, die bijna volledig aan de rechter lijkt te zijn overgelaten.⁸⁶ Dat neemt niet weg dat zich juist ook in de bijzondere delen van het bestuursrecht interessante rechtsontwikkeling voordoet. Misschien juist wel meer dan in het algemene deel, waarbij de rechtsontwikkeling vooral het karakter krijgt van rechtseenheid: zoeken naar gemeenschappelijke invulling van die kernbegrippen

83 De keuze voor een case study ligt ook al voor de hand gelet op het ambigue karakter van het object van onderzoek. Zie Swanborn 2003, p. 38 e.v.

84 Yin 2003, p. 25 e.v.

85 Polak 2014.

86 Vgl. de rechtsvorming rondom het belanghebbendebegrip: De Graaf, Jans & Tolsma 2009 en de reactie van Willem Konijnenbelt: Konijnenbelt 2009. Zie verder: Damen 1999.

door de hoogste bestuursrechter.⁸⁷ Verondersteld kan worden dat juist in de bijzondere delen rechtsontwikkeling door de bestuursrechter tot spanning leidt met de beleidsdoelen waarvoor wetgever en bestuur de wet en uitvoeringspraktijk hebben vormgegeven.

Bovendien biedt een casestudy met cases uit het bijzondere deel van het bestuursrecht de mogelijkheid om te variëren op factoren die mogelijk van belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Te denken valt aan het karakter van de wettelijke rechtsnorm (zeer gesloten en weinig ruimte latend voor het bestuursorgaan tegenover zeer open normen die veel ruimte laten voor interpretatie door het bestuursorgaan), het type procespartij ('one-shotter' versus 'repeat player'⁸⁸), en – vooral – de vormgeving van de procedure bij de bestuursrechter. Dit leidt tot de keuze voor de volgende wetten: de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), de Vreemdelingenwet 2000 (Vw2000) en de Wet op het financieel toezicht (Wft).⁸⁹

Tabel 7 Vergelijking cases

| Wet | Bestuursorga(n)en | Procedure bij de rechter |
|---------|-------------------|---|
| Wmo | Gemeentebestuur | Eerste aanleg: rechtbanken Hoger beroep: CRvB |
| Vw 2000 | IND | Eerste aanleg: rechtbanken (officieel Rb. Den Haag) Hoger beroep: ABRvS, vaak zonder zitting en met grievenstelsel |
| Wft | AFM, DNB | Rb. Rotterdam, CBb |

De cases bestaan uit rechtsvragen die rechtsontwikkeling vergen. Het belang van deze rechtsvraag wordt grotendeels bepaald door de procespartijen. Bestuursorgaan en belanghebbende (c.q. diens rechtshulpverlener) bepalen dus in grote mate of de rechter tot rechtsontwikkeling wordt geroepen. Daarnaast is ook de wetgever van belang, omdat die immers in de wet de ruimte schept voor rechtsontwikkeling door de bestuursrechter of op de uitspraak reageert met nieuw recht. Voor de casestudy zijn wetgever, bestuursorgaan en rechtshulpverleners dan ook relevante respondenten die informatie kunnen verschaffen over de achtergrond van de rechtsvraag, de rechtsontwikkeling die heeft plaatsgevonden en de reactie op die rechtsontwikkeling door het bestuur of de wetgever. Hiertoe zijn interviews gehouden met (vertegenwoordigers van) het bestuursorgaan, rechtshulpverleners die regelmatig op dat beleidsterrein procederen namens de

⁸⁷ Zie verder en andere voorbeelden: paragraaf 3 van het preadvies van Orlpe.

⁸⁸ Een 'one-shotter' is een partij die zelden tot nooit procedeert en niet de beschikking heeft over veel hulpbronnen (financiële middelen, rechtshulp). Een repeat player procedeert geregeld en heeft wel de beschikking over hulpbronnen. Dit onderscheid is geïntroduceerd door Galanter 1974. Zie voor meer variaties ten aanzien van de burger: Laemers e.a. 2006.

⁸⁹ Een subjectieve rechtvaardiging voor deze keuze houdt verband met de maatschappelijke relevantie. Voor alle drie de cases geldt dat deze kwantitatief (aantallen uitspraken) dan wel kwalitatief (financiële belangen voor de partijen die procederen) van grote betekenis zijn.

belanghebbende burgers en wetgevingsjuristen dan wel beleidsmedewerkers die bij de totstandkoming van de wet zijn betrokken.⁹⁰ De interviews zijn afgenomen met behulp van een itemlijst en hadden een tweeledig doel: cases achterhalen van rechtsontwikkeling door de rechter en informatie verzamelen over de verwachtingen van en reacties op die rechtsontwikkeling. Daarnaast is informatie verzameld aan de hand van documenten: beleidsstukken, memo's, richtlijnen en soms pleitnota's en processtukken.

De analyse van de cases begint met een korte beschrijving van enkele van de belangrijkste rechtsvragen op dat rechtsgebied. De keuze voor de rechtsvragen is gebaseerd op de interviews met de respondenten, waarbij is gelet op de onderlinge vergelijkbaarheid van de rechtsontwikkeling bij deze rechtsvragen met de andere cases. Vervolgens worden de uitspraken beschreven waarin die rechtsvragen worden behandeld. Daarbij wordt (ook) ingegaan op de perceptie van de partijen: het bestuur, de rechtshulpverlener en de wetgever. Wat zijn de (beleids-) consequenties van de rechtsontwikkeling en op welke wijze probeert men de rechtsontwikkeling door de rechter op dit punt te beïnvloeden? Wat vonden de procespartijen van de wijze waarop de rechter deze uitspraak heeft vormgegeven?⁹¹

In de volgende paragrafen wordt verslag gedaan van deze casestudy.⁹² In paragraaf 4.3 komt de Wet maatschappelijke ondersteuning aan bod, in paragraaf 4.4 de Vreemdelingenwet 2000 en in paragraaf 4.5 de cases op het terrein van de Wet op het financieel toezicht. Paragraaf 4.6 bevat een vergelijking van de cases, gericht op het beantwoorden van de hiervoor opgeworpen vragen.

4.3 Wet maatschappelijke ondersteuning

4.3.1 Inleiding

Men zou het met de aandacht voor de drie decentralisaties bijna vergeten, maar de zorg voor ouderen en gehandicapten is reeds enige tijd een gemeentelijke verantwoordelijkheid.⁹³ Het gaat dan niet om het curatieve of het verzekerde deel van de zorg,⁹⁴ maar om de ondersteuning in het dagelijks leven, of het nu gaat

90 De respondenten is anonimiteit beloofd. De interviews zijn (verkort) getranscribeerd en verwerkt. Er zijn in totaal 23 interviews gehouden: zes met rechters, zes met rechtshulpverleners en zes met wetgevingsjuristen c.q. beleidsambtenaren die betrokken zijn bij het wetgevingstraject. Daarnaast zijn vijf medewerkers van bestuursorganen geïnterviewd.

91 Benadrukt wordt dat het niet de bedoeling is een volledig overzicht te geven van *alle* rechtsvormende activiteiten van de rechter, noch (het ontbreken van) rechtsvorming te beoordelen. De beoogde generaliseerbaarheid is beperkt tot het mechanisme van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter.

92 Voor de leesbaarheid van de casebeschrijving is ervoor gekozen om niet rechtstreeks te citeren uit de interviews. De casebeschrijving is gebaseerd op zowel de interviews als de informatie uit documenten.

93 Sinds 1994 werd in de Wet voorzieningen gehandicapten reeds geregeld dat gemeenten moesten zorgen voor adequate vervoersvoorzieningen en woningaanpassingen.

94 Deze onderdelen werden geregeld in de Algemene wet bijzondere ziektekosten en de Zorgverzekeringswet en sinds 1 januari 2015 in de Wet langdurige zorg.

om korte vervoersbewegingen (lokaal vervoer, rolstoel, scootmobiel), of het bewonen van de woning (woningaanpassing) dan wel het schoonhouden van de woning (thuiszorg). Deze ondersteuning is geregeld in de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), met ingang van 1 januari 2015 vervangen door de Wmo 2015. De case die is onderzocht op de wijze waarop rechtsontwikkeling plaatsvindt en waarover in deze paragraaf verslag wordt gedaan, betreft de ‘oude’ Wmo zoals die gold voor 1 januari 2015.

Hoewel er wel degelijk verschillen zijn tussen de oude en de nieuwe Wmo,⁹⁵ zijn er ook vooral veel constanten. In beide wetten krijgt het gemeentebestuur een zeer ruime beoordelingsmarge bij de besluitvorming over de voorzieningen waarmee ondersteuning wordt geboden. Deze beoordelingsmarge is het gevolg van het ontbreken van materiële normstelling in wetgeving. De wetgever beperkte zich tot het opdragen van een zorgplicht (een doelstelling). Het ‘compensatiebeginsel’ is nog de meest richtinggevende norm. Dit beginsel was te vinden in art. 4 Wmo en luidde enigszins geparafraseerd dat ter compensatie van de beperkingen die een persoon met een beperking ondervindt het college van burgemeester en wethouders voorzieningen treft om te participeren. Daarbij houdt het gemeentebestuur rekening met de persoonskenmerken en behoeften van de aanvrager van de voorzieningen, waaronder verandering van woning in verband met wijziging van leefsituatie, alsmede met de capaciteit van de aanvrager om uit een oogpunt van kosten zelf in maatregelen te voorzien.

4.3.2 Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

De jurisprudentie van de CRvB over de Wmo zou men kunnen onderverdelen in drie categorieën. De eerste categorie betreft uitspraken over de formele kant van de Wmo: het systeem, de bevoegdheidsverdeling tussen college en raad en bijvoorbeeld de vraag wie bevoegd is om een eigen bijdrage vast te stellen.⁹⁶ De tweede categorie betreft de uitspraken die gaan over de materiële reikwijdte van het compensatiebeginsel: vloeit uit dit beginsel voort dat deze burger recht heeft op de voorziening of niet?⁹⁷ Heeft de aanvrager bijvoorbeeld recht op een gesloten buitenwagen, of kan het gemeentebestuur verwijzen naar het beschikbare collectief vervoer?⁹⁸ De derde categorie uitspraken bestaat uit rechterlijke interventies waarin het stelsel van de Wmo wordt gewijzigd in die zin dat aanspraken worden toegekend die er eerder niet waren, dan wel niet rechtstreeks uit de tekst van de wet voortvloeien.

⁹⁵ Zie over deze verschillen: Sewandono 2013 en met name Vermaat 2014.

⁹⁶ Bijvoorbeeld CRvB 22 december 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO9987, AB 2011/49 m.nt. Tollenaar en CRvB 17 november 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO6880, Gst 2011/52 m.nt. Bruggeman & Van Rooij; CRvB 8 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA0089, AB 2013/244 m.nt. Tollenaar, JWWB 2013/109.

⁹⁷ Bijvoorbeeld CRvB 8 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA0088, JWWB 2013/108, CRvB 9 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2032, JWWB 2013/175.

⁹⁸ CRvB 13 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2459, JWWB 2014/3.

De uitspraken die door de respondenten als voorbeelden van rechtsontwikkeling door de rechter worden gezien, vallen in de laatste twee categorieën.⁹⁹ Deze uitspraken zijn het resultaat van gemeentelijke vindingrijkheid om de grenzen van de zorgplicht op te zoeken. Het betreft een uitsprakenreeks gericht op het verkennen van de ‘eigen verantwoordelijkheid’ waarbij in het bijzonder wordt gewezen op het eigen vermogen van de aanvrager, en een uitsprakenreeks gericht op de voorzienbaarheid van de aangevraagde voorziening. De derde jurisprudentielijn houdt verband met de opvang van ongedocumenteerde asielzoekers.¹⁰⁰

Eigen verantwoordelijkheid

In een aantal uitspraken heeft de CRvB een antwoord geformuleerd op de vraag waar de eigen verantwoordelijkheid van de burger eindigt en de publieke zorgplicht begint. De wetgever heeft deze eigen verantwoordelijkheid als zodanig niet benoemd, maar in de parlementaire geschiedenis wordt wel op verschillende plaatsen gemeld dat de overheidszorg zijn grenzen kent waar de burger zelf voor een passende oplossing kan zorgen.¹⁰¹ De Raad haalt deze passage uit de parlementaire geschiedenis zo nu en dan aan om de grenzen van de voorzieningen die kunnen worden gevraagd bij het gemeentebestuur af te bakenen. De ‘eigen verantwoordelijkheid’ is daarbij een soort toverformule die in eerste instantie door het gemeentebestuur wordt aangewend om een gevraagde voorziening niet te verlenen. Aan de jurisprudentie kunnen drie voorbeelden worden ontleend waarin de rechter het recht op dit punt ontwikkelt.

De eerste uitspraak dateert uit 2012 en heeft betrekking op een afwijzing van het verzoek tot aanpassing van de woning.¹⁰² Deze aanvraag is afgewezen omdat de verzoekster is verhuisd van een adequate woning, die is aangepast aan haar beperkingen ten gevolge van gebreken, naar een niet-adequate woning. De verhuizing naar een niet-adequate woning kan in uitzonderlijke gevallen toch resulteren in de toekenning van een voorziening, indien sprake is van een belangrijke reden om te verhuizen. Die reden om te verhuizen wordt wel aanwezig geacht, omdat de verlaten adequate woning een bedrijfswoning betreft, behorend bij het bedrijf dat niet wordt voortgezet en is verkocht. Desondanks oordeelt de Raad dat het gemeentebestuur niet tot compensatie hoeft over te gaan, omdat ‘het op de weg van de verzoeksters had gelegen om bij de verkoop van de woning de noodzakelijke woningaanpassing te verdisconteren’. Dit wordt tot de eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager gerekend, met als gevolg dat de woningaanpassing terecht is geweigerd: betrokkene had het probleem zelf op kunnen lossen.

99 Neemt niet weg dat ook over de formele bevoegdheidsverdeling wel rechtsvormende uitspraken zijn gedaan die ook als zodanig werden herkend door – bijvoorbeeld – de VNG. Zie: ‘De oogst van de eerste Wmo-jurisprudentie’ op https://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/Extranet/Wmo/20090106_De%20oogst%20van%20de%20eerste%20Wmo%20jurisprudentie_jr.pdf.

100 CRvB 30 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ6438, RSV 2011/232 m.nt. Bruggeman, JWWB 2011/145; CRvB 26 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:863, AB 2014/195 m.nt. Tollenaar.

101 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2004/05, 30 131, nr. 3, p. 2.*

102 CRvB 21 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6810, RSV 2012/197.

De tweede casus uit 2013 betreft de situatie waarin het gemeentebestuur een woonvoorziening weigert omdat de beperking, die op zichzelf niet wordt betwist, het gevolg is van een ongeval waarvoor een derde aansprakelijk is gesteld en een letselschadevergoeding van € 1.156.722 is uitgekeerd.¹⁰³ Het gemeentebestuur zag in dat bedrag aanleiding om de aanvraag voor een woningaanpassing te weigeren omdat de aanvrager immers over voldoende middelen zou beschikken om deze woningaanpassing zelf te bekostigen. Ook nu oordeelt de Raad – met verwijzing naar de uitspraak uit 2012 – dat sprake is van een eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager. De eigen verantwoordelijkheid reikt in dit geval zo ver dat ‘het op zijn weg had gelegen om de kosten die gemoeid zijn met het aanpassen van zijn woning in het letselschadebedrag te verdisconteren’. Gevolg: het gemeentebestuur heeft terecht geweigerd.

De derde casus betreft een precisering van deze jurisprudentielijn en dateert uit eind 2013.¹⁰⁴ De uitspraken over de eigen verantwoordelijkheid waren voor verschillende gemeenten aanleiding om de voorzieningen verder te versoberen, door deze als ‘algemeen gebruikelijk’ aan te merken indien de aanvrager over voldoende inkomen of vermogen beschikt.¹⁰⁵ Voor de CRvB gaat dit echter te ver. Aanleiding was een weigering van een voorziening omdat de aanvrager over een groot vermogen (€ 270.000) en voldoende inkomen (€ 27.000) beschikt. In hoger beroep oordeelt de Raad dat ‘aan de eigen verantwoordelijkheid van de burger in het kader van de Wmo substantieel betekenis toekomt bij de beoordeling van diens zelfredzaamheid’, maar dat ‘deze echter (...) niet zover gaan, dat een individuele voorziening geheel of gedeeltelijk aan de aanvrager wordt onthouden op grond van diens inkomen of vermogen.’ De Wmo kent geen vermogens- of inkomenstoets. Vermogen en inkomen mogen uitsluitend aan de orde komen bij de berekening van de eigen bijdrage. Dat het hier om een belangrijke uitspraak ging, kan worden afgeleid uit het persbericht dat erover verscheen op rechtspraak.nl.¹⁰⁶ Deze lijn is later bevestigd in een uitspraak uit 2014, over de afwijzing van een vervoersvoorziening omdat de aanvrager over een eigen auto beschikt waarmee de aanvrager in kwestie zich zou kunnen laten vervoeren door derden.¹⁰⁷

Het interessante van deze jurisprudentielijn is de wisselwerking tussen (gemeente)bestuur, dat de grenzen van de wettelijke zorgplicht opzoekt, en de rechter die zo nu en dan corrigeert. De vage bepaling waarmee de zorgplicht wordt ingebed in de Wmo, geeft het gemeentebestuur aanknopingspunten om naar situaties te zoeken waarin de zorgplicht eindigt. De vingerwijzing die de Raad in de eerste uitspraak gaf, was voor andere gemeenten reden om weer een stapje verder te gaan. In ledenbrieven werden de gemeentebesturen door de VNG op de hoogte gebracht van de (schuivende) jurisprudentielijn en werden suggesties gedaan om de eigen verantwoordelijkheid uit te werken in gemeentelijk

103 CRvB 19 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:776, AB 2013/372 m.nt. Tollenaar.

104 CRvB 25 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2394, AB 2014/52 m.nt. Tollenaar.

105 Zie Rb. Midden-Nederland 16 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA2160 over de gemeente Amersfoort.

106 Zie: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/CRvB/Nieuws/Pages/Vermogens-%20en-%20inkomens-toets%20voor%20Wmo%20overboden.aspx>.

107 CRvB 2 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1145, AB 2014/236 m.nt. Bruggeman.

beleid.¹⁰⁸ Het uiteindelijke resultaat in de vorm van een verkapte inkomens/vermogenstoets bleek echter voor de Raad een ongewenste uitkomst, gelet op het systeem en de totstandkomingsgeschiedenis van de Wmo.

Vermeldenswaard is dat deze rechtsontwikkeling zich bovendien deels buiten de rechtszaal afspeelde. Parallel aan deze jurisprudentielijn probeerde de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) in de nieuwe Wmo (die van 2015) handvatten te creëren om de grenzen van de maatschappelijke ondersteuning te bewaken,¹⁰⁹ het liefst in de vorm van een vermogenstoets waarmee een onderscheid kon worden gemaakt tussen degenen die wel ondersteuning nodig zouden hebben en degenen die dat zelf wel zouden kunnen organiseren.¹¹⁰ De VNG ving echter bot. Veel meer dan een herhaaldelijk beroep op de eigen verantwoordelijkheid heeft de wetgever uiteindelijk niet geboden.¹¹¹ Een vermogensgrens of -toets die bepaalt of iemand in aanmerking komt voor ondersteuning, werd expliciet afgewezen.¹¹² Dat neemt niet weg dat de VNG verwacht dat de discussie over financiële zelfredzaamheid nog niet is beslecht en ook met de Wmo 2015 nog door zal gaan.¹¹³ Kortom: de rechter zal vermoedelijk ook onder de nieuwe wet op dit punt worden uitgedaagd tot rechtsontwikkeling.

Weigering voorzienbare kosten

Een andere jurisprudentielijn heeft betrekking op de weigering van voorzieningen omdat deze voorzienbaar zouden zijn. In de gemeentelijke verordening die op grond van de Wmo werd vastgesteld, was in een aantal gemeenten de voorzienbaarheid van de voorziening als weigeringsgrond opgenomen. Letterlijk bevatten veel verordeningen een weigeringsgrond dat 'geen voorziening wordt toegekend (. . .) voor zover de woonvoorziening aangevraagd wordt op een moment dat op basis van leeftijd, gezinssituatie of woonsituatie te voorzien was dat deze voorziening noodzakelijk is en er geen sprake is van een onverwachts optredende noodzakelijkheid.'¹¹⁴ In de praktijk heeft deze weigeringsgrond vooral betrekking op verhuiskosten bij verhuizen naar bijvoorbeeld verpleeg- of verzorgingstehuizen.¹¹⁵ De redenering is dan dat de verhuizing voorzienbaar is, zodat de aanvrager ervoor heeft kunnen sparen.

Door rechtbanken in eerste aanleg werd de weigering die gebaseerd was op de voorzienbaarheid van de kosten soms geaccepteerd,¹¹⁶ en dan weer terzijde geschoven, omdat hiermee onvoldoende tegemoet zou worden gekomen aan de

108 Zie bijvoorbeeld VNG-ledenbrief van 31 januari 2012 over inkomensgrenzen bij het verstrekken van Wmo-voorzieningen.

109 VNG reactie op wetsvoorstel Wmo 2015, 10 februari 2014.

110 Zie VNG hekelt vonnis over meewegen vermogen in WMO, *Trouw* 28 november 2013, waarin onomwonden wordt opgetekend dat de VNG gaat proberen om Kamerleden te overtuigen van de noodzaak om een vermogens- of inkomensstoets toe te staan in de nieuwe Wmo.

111 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr 3. p. 1, p. 25 (MvT)*.

112 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr 3. p. 44 (MvT)*.

113 VNG, ledenbrief 15 oktober 2014, Bijlage II.

114 Art. 24 lid 2 aanhef en onder h Wmo verordening Delfzijl. De vergelijkbare bepaling is in veel andere verordeningen aangetroffen, bijvoorbeeld in Haarlemmermeer, Appingedam, Loppersum, Tynaarlo.

115 Zie bijvoorbeeld CRvB 15 december 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO8856, RSV 2011/78.

116 Zie Rb. Leeuwarden 8 oktober 2009, ECLI:NL:RBL:2009:BK1051, *JWWB* 2009, 248.

wettelijke zorgplicht.¹¹⁷ Uiteindelijk oordeelde de CRvB in 2010 dat deze generieke weigeringsgrond in de Verordening niet strookt met de algemene compensatieplicht zoals die in de wet is neergelegd.¹¹⁸

Ook op dit punt heeft de VNG de strijd niet gestaakt. In de ledenbrieven waarin de nieuwe Wmo 2015 uiteen wordt gezet, wordt letterlijk overwogen dat de

‘jurisprudentie (...) over dit begrip [voorzienbaarheid, AT] nog geen duidelijkheid [biedt]. Het begrip is vooral van toepassing op ouderen die een Wmo-voorziening aanvragen. Een oudere die een aantal jaren ingeschreven staat voor een appartement of serviceflat en op het moment van verhuizing een verhuiskostenvergoeding bij de Wmo aanvraagt, had deze verhuizing kunnen zien aankomen en daarvoor kunnen reserveren. Mogelijk geldt het criterium ook voor de aanvragen voor huishoudelijke hulp en bepaalde woningaanpassingen. Bij het ouder worden mag van mensen gevraagd worden dat zij anticiperen op beperkingen die te maken hebben met ouderdom en daarvoor reserveren. Gemeenten die het criterium voorzienbaarheid bij de afweging willen betrekken zullen dit goed moeten vastleggen in beleidsplan en verordening.’¹¹⁹

Het lijkt dus een veilige veronderstelling dat gemeentebesturen ook in de Wmo 2015 het argument van voorzienbaarheid zullen gebruiken om voorzieningen te weigeren. Ook hier wordt de CRvB dus tot rechtsontwikkeling uitgedaagd.

Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers

Een derde jurisprudentielijn is van een geheel andere orde. Het betreft de jurisprudentielijn over het recht op opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers. De groep uitgeprocedeerde asielzoekers, die zonder status in Nederland verblijft, heeft op grond van het koppelingsbeginsel geen recht op voorzieningen. Desondanks wendden zij zich soms tot het gemeentebestuur voor maatschappelijke opvang op grond van de Wmo.

De weigering van deze verzoeken leidde tot een stroom jurisprudentie. Deze lijn kent twee aspecten. Allereerst is er een procedureel aspect dat gaat over het karakter van de weigering om iemand toe te laten tot de noodopvang. Dit wordt door de CRvB als een besluit gekwalificeerd, waartegen de belanghebbende bezwaar en beroep kan instellen.¹²⁰ Dit bleek voor de (bestuurs)praktijk grote gevolgen te hebben. In de praktijk worden nauwelijks besluiten genomen bij de toegang of weigering van (nood)opvang, in weerwil van ledenbrieven en handreikingen van onder meer de VNG.¹²¹ Uit een in 2013 verschenen onderzoek

117 Rb. Zutphen 1 december 2010, 01/749 WMO.

118 Zie CRvB 15 december 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO8856, RSV 2011/78.

119 VNG, ledenbrief 15 oktober 2014, Bijlage II.

120 CRvB 19 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956, JWVB 2010, 144 m.nt Van Rooij. Rechtbanken verschillen nog van mening over de vraag of de noodopvang een algemene of individuele voorziening betrof: Rb. Amsterdam 1 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6531 vs Rb. Rotterdam 6 november 2007, nr 07/3430 HOU. Zie verder de noot van Van Rooij onder JWVB 2010, 144. De CRvB concludeert dat het geen individuele voorziening betreft, maar dat de besluitvorming over toegang tot de algemene voorziening wel leidt tot een appellabel besluit.

121 VNG Ledenbrief 23 november 2010 en VNG, *Handreiking Landelijke toegankelijkheid in de maatschappelijke opvang*, 2012.

bleek dat de toelatingsbeslissing in het overgrote deel van de onderzochte instellingen en gemeenten alleen mondeling wordt verstrekt.¹²² Een schriftelijk bewijs wordt slechts in een minderheid van de gevallen afgegeven.¹²³

Het tweede aspect betreft de materiële vraag aan wie opvang moet worden geboden. De Raad werd veelvuldig geconfronteerd met weigeringen van het gemeentebestuur om opvang te verlenen aan uitgeprocedeerde asielzoekers en werd daarbij uitgedaagd om de weigering te toetsen aan art. 8 EVRM.¹²⁴ Zeker de categorie kinderen en kwetsbare personen komt mogelijk op grond van dat artikel voor opvang in aanmerking – in weerwil van het koppelingsbeginsel.¹²⁵ Tegelijkertijd is dit recht wel relatief en niet hetzelfde als de opvang die op grond van de Wmo moet worden geboden. Lidstaten hebben immers een ‘margin of appreciation’, met als gevolg dat er onder de ondergrens van de Wmo-zorgplicht een nieuwe ondergrens is ontstaan: de absolute ondergrens van het EVRM.¹²⁶ Voor de (bestuurs)praktijk ontstaat er daarmee een nieuwe vraag: welke opvang moet worden geboden en wat nu als er praktisch in opvang is voorzien, bijvoorbeeld omdat de belanghebbende gebruik kan maken van een vrijheidsbeperkende locatie?¹²⁷

Naast het EVRM speelt ook het Europees Sociaal Handvest een rol. Op basis van dat verdrag kent de CRvB uiteindelijk zelf een recht op noodopvang toe in een tweetal voorlopige voorzieningen op 17 december 2014. Deze voorziening wordt getroffen vooruitlopend op een kabinetsstandpunt op een beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ESCR) van 1 juli 2014, gepubliceerd op 10 november 2014 (Conference of European Churches v the Netherlands, No. 90/2013) en European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. the Netherlands, No. 86/2012). Hoewel het ESH en het Comité niet bindend zijn in de Nederlandse rechtsorde, kent de Raad – als gebruikelijk¹²⁸ – wel gewicht toe aan het oordeel van dit comité, en baseert daar uiteindelijk een recht op opvang op die in de Wmo eigenlijk niet bestaat. Om te benadrukken dat de uitspraak een algemenere reikwijdte heeft dan slechts het voorliggende geschil, voegt de Raad daaraan toe:

‘in deze gedingen ten overvloede, maar wel uit een oogpunt van proceseconomie en ter voorlichting – dat in voorkomende gelijke gevallen vanaf de datum van deze uitspraak tot twee maanden nadat het Comité zijn standpunt heeft bepaald – geen inhoudelijk andere dan deze voorlopige voorziening zal worden getroffen, ook niet als deze zou worden gevraagd met betrekking tot de opvang in andere centrumgemeenten’.¹²⁹

122 Tuynman, Muisse & Planije 2013, p. 20 en p. 71 e.v. In het onderzoek worden percentages van 14% van de onderzochte instellingen en 15% van de onderzocht gemeenten genoemd waarin wel een schriftelijk besluit wordt genomen. Dit zijn dan ‘zelfrapportages’.

123 Zie verder: Roorda 2014.

124 CRvB 7 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4153; CRvB 7 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1148.

125 CRvB 30 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ6438, RSV 2011/232 m.nt. Bruggeman; CRvB 19 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956, RSV 2010/190.

126 Waartoe dit kan leiden wordt duidelijk in CRvB 26 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:863, AB 2014/195 m.nt. Tollenaar.

127 CRvB 20 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW8957, RSV 2012/220 en CRvB 29 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:338, JWWB 2014/58.

128 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, AB 2007/97 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

129 Vzr.CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en ECLI:NL:CRVB:2014:4179.

De rechtsontwikkeling op dit punt is nog volop gaande en nog lang niet uitgekristalliseerd. Interessant is dat de Raad weliswaar enerzijds materiële rechten lijkt toe te kennen (opvang op grond van art. 8 EVRM), maar wel ruimte laat voor de politieke afweging door deze voorziening tijdelijk toe te kennen.

4.3.3 Analyse

Hoe kijken wetgever, bestuur en rechtshulpverleners aan tegen de rechtsontwikkeling door de rechter op het terrein van de Wmo? Welke betekenis hebben (deze) rechterlijke uitspraken en welke verschillen zijn waar te nemen tussen de drie genoemde partijen? Uit de cases blijkt in ieder geval dat de rol van de rechter bij de beoordeling van besluiten op grond van de Wmo voor elk van de partijen een andere betekenis heeft.

Wetgever

Voor de wetgever is de Wmo een complexe wet. De complexiteit zit hem niet in de juridische vormgeving en de wijze van normeren, maar vooral in het politieke speelveld waarin deze wet tot stand komt. Omdat het een wet is die wordt uitgevoerd door de gemeenten, raakt het wetgevingsproces aan grote (financiële) belangen. Zowel in de consultatiefase als in de fase van behandeling van de wet in het parlement, sijpelen deze belangen door in de uiteindelijke tekst van de wet. Belangengroeperingen,¹³⁰ maar vooral ook de Vereniging Nederlandse Gemeenten namens de uitvoerende bestuursorganen, oefenen invloed uit op de totstandkoming ervan. Er is daarbij een spanning tussen enerzijds zo veel mogelijk materiële aanspraken vastleggen in de wet- en regelgeving – de burger krijgt een ‘recht’ – tegenover anderzijds zo veel mogelijk ruimte laten voor bestuursorganen om onder omstandigheden een claim te kunnen weigeren – de wet voorziet slechts in een resultaatsverplichting voor het bestuur.

De wettekst is het resultaat van deze krachten. Het compensatiebeginsel uit art. 4 van de Wmo is hiervan een voorbeeld. Dit artikel is bij amendement aan de wet toegevoegd.¹³¹ Het ministerie wilde aanvankelijk juist geen materiële duiding van de zorgtaak van het gemeentebestuur, zodat het bestuur de handen vrij had om samen met de burger te ontdekken welke voorziening de ervaren maatschappelijke problemen op zou kunnen lossen. Over de beleidskeuzen die daaraan ten grondslag liggen, zou dan uiteindelijk lokaal, in de gemeenteraad, verantwoording moeten worden afgelegd.¹³² De Wmo zou op dit vlak ook juist een trendbreuk moeten zijn met de voorloper: de Wet voorzieningen gehandicapten, waarin de burger slechts recht had op ‘verantwoorde voorzieningen’, die vaak ‘goedkoopst

¹³⁰ De Memorie van Toelichting bij de Wmo 2015 bevat een indrukwekkende verzameling met afkortingen van belangengroeperingen die bij de totstandkoming van die wet zijn betrokken: ANBO, CSO, MEZZO, Koepel Wmo-raden, Zorgbelang Nederland, LOC, NOV, LSR, MO-groep, MEE-Nederland, Federatie Opvang, RIBW-alliantie en BKV/FLZ, NCPF, CG-Raad, Per Saldo, LPGGZ en Platform VG, VNG, Actiz, GGZ-Nederland en BTN. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 12 (MvT).

¹³¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 131, 65.

¹³² Kamerstukken II 2004/05, 30 131, 3, p. 3 (MvT); Kamerstukken I 2005/06, 30 131, C, p. 3.

adequaat' waren.¹³³ In de praktijk blijkt een vage resultaatsverplichting (compensatieverplichting) echter wel degelijk uniformerend te werken. Gemeentebesturen zoeken in de jurisprudentie van de CRvB naar algemene regels en baseren daar – al dan niet met tussenkomst van de VNG – hun beleid op.¹³⁴

In de nieuwe Wmo 2015 heeft de wetgever opnieuw geprobeerd om de materiële duiding van de zorgplicht van het gemeentebestuur af te zwakken. Het 'compensatiebeginsel' is weliswaar gesneuveld, maar in de toelichtende teksten zullen nog wel verwijzingen te vinden zijn,¹³⁵ en ook de wettekst zelf bevat wel een aanwijzing dat het gemeentebestuur toch beperkingen in de zelfredzaamheid moet compenseren.¹³⁶

Hoewel de wetgever geen materiële aanspraken wil toekennen, worden wel aanknopingspunten geboden om beslissingen van het gemeentebestuur te toetsen. De wetgever lijkt daarbij niet veel oog te hebben voor de rol van de rechter, en meer in het bijzonder voor de uniformerende werking van jurisprudentie bij de toetsing aan deze vage begrippen. Uit interviews blijkt ook dat jurisprudentie op het ministerie geen doorslaggevende rol geeft bij aanpassing van wetgeving. Jurisprudentie wordt niet systematisch gevolgd of geanalyseerd. Als jurisprudentie al doorwerkt in nieuwe regelgeving, is dat door de politieke context, omdat bijvoorbeeld van de kant van de VNG wordt geklaagd over de (financiële) consequenties van een uitspraak.¹³⁷

Bestuur

De Wmo is voor het gemeentebestuur een buitengewoon lastig uit te voeren wet. Dat houdt juist ook verband met de vormgeving van het normenkader, dat veel ruimte geeft aan de creativiteit van het bestuur. Het is voor gemeentebesturen een zoektocht naar de grenzen van de bevoegdheid. Een belangrijke factor is de bekostiging van de voorzieningen. Deze is krap bemeten, zodat de gemeenten een prikkel ervaren om het voorzieningenniveau te versoberen en daadwerkelijk op zoek te gaan naar de grenzen van de zorgplicht.

In de praktijk blijkt een belangrijke rol te zijn weggelegd voor de VNG en adviesbureaus die de jurisprudentie nauwlettend in de gaten houden en daaruit algemene regels afleiden over wat het acceptabele niveau van voorzieningen is.¹³⁸ Deze adviezen sijn door in (nieuw) beleid van de gemeentebesturen, waarna

133 Zie art. 3 Wvg zoals dat destijds luidde: 'Het gemeentebestuur biedt verantwoorde voorzieningen aan. Onder verantwoorde voorzieningen worden verstaan de voorzieningen die doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht worden verleend.'

134 Dit past bij het algemenere verschijnsel dat het bestuursrecht maar moeilijk om kan gaan met 'maatwerk'-bepalingen. Zie Tollenaar & Vonk 2013.

135 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I 2013/14*, 33 841, G, p. 67-68. Een poging om het compensatiebeginsel in de wet te houden bij (amendement Keijzer; *Kamerstukken II 2013/14*, 33 841, 19, heeft het niet gehaald.

136 Zie art. 2.5.3 lid 3 Wmo 2015.

137 Vgl. de reactie van de VNG op de uitspraak over noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers van 17 december 2014. Deze heeft weliswaar (nog) niet geleid tot nieuwe regelgeving (blijkbaar wordt de uitspraak van de CRvB als status quo aanvaard), maar wel tot toekenning van extra middelen, zie de brief hierover: *Kamerstukken II 2014/15*, Bijlage bij 34000 VI, nr. Q.

138 Vooral Schulincx en Stimulansz blijken een grote invloed te hebben op de inhoud van het gemeentelijke beleid.

mondjesmaat weer correctie door de rechter plaatsvindt. Dit proces van uitproberen en corrigeren neemt gemakkelijk jaren in beslag. Het is alleen daarom al – bezien vanuit de kwaliteit van het bestuur – op zijn minst ongelukkig dat het wettelijk kader zo veranderlijk is. Dit vergt veel capaciteit van de gemeentebesturen, zeker als zij ‘scherp aan de wind’ willen zeilen.

Burger en rechtshulpverlener

Hoe ziet het speelveld eruit voor de rechtshulpverlener of meer in het algemeen: de burger die te maken krijgt met de Wmo? Geconcludeerd kan worden dat het normenkader met enerzijds een vage wet waaruit weinig materiële normen voortvloeien en anderzijds een veranderlijke bestuurspraktijk die op zoek gaat naar de randen en daarbij een kritische rechter ontmoet, weinig houvast biedt. De jurisprudentie van de CRvB vormt daarom een relevante rechtsbron waaruit het echter niet altijd eenvoudig is om de algemene regels af te leiden. Dit stelt eisen aan de specifieke deskundigheid van de rechtshulpverleners, waarvan er maar een beperkt aantal gespecialiseerd is in het bijzondere rechtsgebied van de sociale voorzieningen.

Enig tegenwicht wordt geboden door belangengroeperingen. Een aantal van deze groeperingen financiert proefprocessen en probeert op deze wijze de rechtsontwikkeling te beïnvloeden.¹³⁹ Daarnaast wordt in de Wmo voorzien in cliëntenondersteuning,¹⁴⁰ die ook gericht is op het vinden van de weg in het regelwoud, waar de wet, noch de gemeentelijke verordeningen of daarop gebaseerd beleid een helder antwoord biedt op de vraag hoe ver de publieke zorg en als keerzijde daarvan de eigen verantwoordelijkheid nu precies reikt.

4.3.4 Resumé

De rechtsontwikkeling door de rechter op het terrein van de Wmo is een consequentie van het ontbreken van materiële normen in wet- en regelgeving die duidelijkheid moeten verschaffen over het recht op een voorziening. Het gevolg is dat het bestuur en uiteindelijk de rechter op zoek gaan naar de grenzen van de zorgplicht die in de wet is opgedragen. De veelheid aan bestuursorganen leidt tot een variatie aan mogelijke antwoorden op die zorgplicht. Voor de rechter maakt dat het lastig om aan de hand van één casus, in één gemeente, een algemene regel te formuleren die consequenties heeft voor alle andere gemeentebesturen bij de uitvoering van de Wmo. Dit verhoudt zich ook slecht tot de maatwerkgedachte en voorgestane differentiatie met de Wmo.

In de cases waarin de rechter corrigeert, bewaakt hij de ondergrens van de zorgplicht en wordt pas na verloop van een aantal uitspraken duidelijk wat die ondergrens precies is. De rechter communiceert dus wel over de rechts-

¹³⁹ Recent: Rb. Noord-Nederland 9 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6176, over de algemene weigering van huishoudelijke hulp in de gemeente Dantumadeel. Deze uitspraak werd uitgelokt door ‘Ieder(in)’, blijkens de ronkende tekst op diens website: ‘Rechter geeft Ieder(in) op alle punten gelijk’ (zie <https://iederin.nl>).

¹⁴⁰ De Stichting MEE krijgt hiertoe een belangrijke rol toegedicht.

ontwikkeling, maar enigszins besmuikt, met als gevolg dat de dialoog traag voortschrijdt en de rechtsontwikkeling sloom tot stand komt. Als er al een rechtsregel ontstaat, komt die doorgaans tot stand door de interpretatie van die uitspraak in bijvoorbeeld ledenbrieven van de VNG of adviesbureaus.

In zoverre is de uitspraak over het recht op noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers een vreemde eend in de bijt: de rechter kent in die uitspraak wel een materiële voorziening toe die ook betekenis heeft voor andere gemeentebesturen. De wetgever doet aan deze dialoog nauwelijks mee; als de wetgever al wordt geactiveerd, is dat via een aansporing van het bestuur.

4.4 Vreemdelingenwet 2000

4.4.1 Inleiding

In het vreemdelingenrecht staan rechtstatelijke verhoudingen en politieke wensbeelden op gespannen voet met elkaar. Besluitvorming is vaak politiek gevoelig zeker waar het categorieën vreemdelingen betreft. Dat stuit niet zelden op correctie door de bestuursrechter. Een (extreem) voorbeeld betreft de besluitvorming omtrent schrijnende gevallen, waarbij zaken van uitgeprocedeerde asielzoekers ambtshalve opnieuw werden gezien in het licht van art. 3.4 lid 3 Vb 2000 (zogenaamde 14-1 brieven).¹⁴¹ De minister wilde deze zaken ‘met haar hart’ beslissen. De Afdeling oordeelde dat enige vorm van beleid toch wel wenselijk was, met als redenering dat het gelijkheidsbeginsel een consistente gedragslijn van het bestuur vergt. Het ontwikkelen van criteria is dan wel wenselijk, zeker gelet op de grote aantallen waar het om ging.¹⁴²

Het is niet alleen de politieke context die het vreemdelingenrecht zo lastig maakt. De macht van de grote getallen brengt zijn eigen (kwaliteits)problemen met zich mee.¹⁴³ Bovendien zijn de besluiten ook nog eens voorwerp van totaal uiteenlopende besluitvormingsprocedures. Naast de voornoemde besluitvorming omtrent de ‘schrijnende gevallen’ gaan veel procedures over (weigeren van) toegang, over verblijfstitels (verblijfsvergunningen regulier en asiel) en over vertrek (vreemdelingenbewaring en terugkeerbesluiten).

De rechtspraak over deze besluiten wordt zeer kritisch gevolgd, niet alleen door wetenschappers,¹⁴⁴ maar ook door rechtshulpverleners in kritische blogbijdragen en belangengroeperingen.¹⁴⁵ Daarbij is bijzondere aandacht voor de rol van de

¹⁴¹ Het betrof de aankondiging op 14 januari 2003 van destijds demissionair minister Nawijn dat deze in zeer bijzondere gevallen van zijn discretionaire bevoegdheid uit artikel 3.4 lid 3 Vreemdelingenbesluit 2000 gebruik zou maken. Het gevolg is dat de opvolgende minister (Verdonk) duizenden verzoeken ontving om gebruik te maken van deze bevoegdheid. Het kinderpardon (Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000) is een ander voorbeeld van politieke inmenging in dit rechtsgebied.

¹⁴² ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, AB 2007/79 m.nt. De Waard.

¹⁴³ Bolt & Winter 2000, p. 78 e.v.

¹⁴⁴ Vgl. T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter en het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2014.

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: <http://verblijfblog.nl/>; <http://zustersvanliefde.blogspot.nl>.

rechter, en dan met name (ook) de verhouding tussen de rechter in eerste aanleg en de Afdeling bestuursrechtspraak.¹⁴⁶ Dit houdt verband met de bijzondere vormgeving van de rechtsbescherming op grond van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000). Bijzonder is bijvoorbeeld dat de Rechtbank Den Haag bevoegd is om kennis te nemen van het beroep in eerste aanleg. In de praktijk zijn het echter de reguliere arrondissementsrechtbanken die deze beroepen als zittingsplaats van de Rechtbank Den Haag behandelen. Een ander bijzonder aspect betreft het gegeven dat in hoger beroep een overgroot deel (zeker 85% en misschien wel meer dan 90%) van de zaken zonder zitting wordt behandeld.¹⁴⁷ Bovendien geldt in hoger beroep een grievenstelsel, waarbij niet mag worden volstaan met een herhaling van wat eerder, in beroep, is aangevoerd: ‘Het heeft geen zin de in het beroepschrift bij de rechtbank gebezigde argumenten, waarop de rechtbank is ingegaan, in hogerberoepschrift louter te herhalen’.¹⁴⁸ De eiser zal dus op zijn minst moeten reageren op hetgeen de rechtbank heeft overwogen naar aanleiding van het beroepschrift. Evenmin mag de eiser in hoger beroep met iets nieuws komen.

In deze context blijkt de Afdeling zo nu en dan bij te dragen aan de rechtsontwikkeling.¹⁴⁹ Uit de interviews met de respondenten kwamen drie jurisprudentielijnen naar voren waaruit rechtsontwikkeling door de Afdeling blijkt en die voor de beleidspraktijk van groot belang zijn. Het gaat om de jurisprudentielijn waarbij het begrip ‘verdere toegang’ werd geïntroduceerd, de lijn omtrent de positieve overtuigingskracht en ten slotte de verantwoordelijkheidsverdeling voor de opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers die niet terug kunnen naar het land van herkomst.

4.4.2 Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

Toegang en verdere toegang

De achtergrond van de jurisprudentielijn omtrent het begrip ‘verdere toegang’ betreft de situatie dat een vreemdeling toegang wordt geweigerd – bijvoorbeeld omdat deze niet over de vereiste papieren beschikt, of omdat deze zijn vervalst¹⁵⁰ – en dan onmiddellijk mondeling een asielverzoek indient. Juridisch leidt dat tot een complicatie dat enerzijds een besluit wordt genomen waarin toegang wordt geweigerd (een besluit op grond van de Vreemdelingenwet), vaak in combinatie met een vrijheidsbeperkende maatregel, vooruitlopend op onmiddellijke terugkeer, terwijl anderzijds een nieuwe procedure ontstaat over het asielverzoek, in het kader waarvan de asielzoeker mogelijk extra bescherming verdient. In deze situatie werd de Afdeling gedwongen zich te buigen over de samenhang tussen

¹⁴⁶ Groenendijk 2008; Groenendijk & Terlouw 2009; Doornbos 2006, p. 91 e.v.

¹⁴⁷ De staatssecretaris noemde recent ‘zeker 85%’ (zie Kamerstukken II 2014/15, Aanhangsel 587, p. 3). Uit het Jaarverslag 2012 van de Raad van State valt af te leiden dat het in dat jaar om zeker 90% van de zaken ging. Zie ook: Graaff 2013.

¹⁴⁸ Zie uitvoeriger: Lubberdink 2006, p. 31.

¹⁴⁹ Overigens bekritiseert Spijkerboer de Afdeling hierom: Spijkerboer 2002, p. 191-192. Dat zal dan vooral te maken hebben met de inhoud van dat nieuwe recht.

¹⁵⁰ Zoals het geval is in ABRvS 4 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7118.

het nationale recht, de toepasselijke Europese richtlijnen (waaronder de Procedurerichtlijn en Terugkeerrichtlijn), de Dublin II-verordening, die regelt welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek en de Schengengrenscode.¹⁵¹

In een uitspraak in hoger beroep tegen de oplegging van de vrijheidsontnemende maatregel komt de Afdeling op grond van de Europese richtlijnen tot de conclusie dat de vreemdeling die een asielwens kenbaar heeft gemaakt, rechtmatig verblijf heeft. Het mondeling kenbaar maken aan autoriteiten dat de vreemdeling bescherming verlangt, moet reeds als asielverzoek worden gekwalificeerd. Dat de Vw 2000 uitgaat van een *formele* aanvraag met een formulier, maakt dat niet anders.

De Afdeling komt vervolgens voor de vraag te staan hoe een en ander zich verhoudt tot de Vw 2000. De Vw 2000 biedt de mogelijkheid om toegang te weigeren (art. 3 Vw 2000) en de mogelijkheid om de vreemdeling in grensdentent te plaatsen (art. 6 Vw 2000). In een overweging 'ter wille van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin', komt de Afdeling 'bij wijze van eenmalige uitzondering' tot een uitspraak over de rechtmatigheid van de weigering van de toegang van de vreemdeling en de mogelijkheid om deze vreemdeling in bewaring te zetten, gedurende de behandeling van het asielverzoek. De Afdeling introduceert het onderscheid tussen de weigering van toegang en de weigering van *verdere* toegang. Het eerste is niet mogelijk indien de vreemdeling een asielverzoek heeft gedaan. Het tweede is wel mogelijk in het kader van het 'grenstoezicht'. Het gevolg is dat de asielzoeker wel een vrijheidsontnemende maatregel mag worden opgelegd, maar dan bij wijze van grensbewaking. Deze maatregel is niet gericht op terugkeer, maar dient om 'verdere toegang' te onthouden.

De Afdeling overzag reeds bij de behandeling van het beroep de praktische implicaties van deze uitspraak. Zo zijn aan partijen voorafgaand aan de behandeling ter zitting vragen gesteld over de interpretatie van de richtlijnen (wanneer is sprake van een asielverzoek en wat is de consequentie daarvan voor de verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling?). Het praktische gevolg voor de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), maar meer nog: de Koninklijke Marachaussee (KMar) die belast is met grenscontrole, is dat het asielverzoek als zodanig moet worden herkend en afgewikkeld. Iets minder in het oog springend, maar daarom niet minder ongemakkelijk en in ieder geval voor de praktische gang van zaken rondom grenscontrole minstens zo belangrijk, betreft de samenloop van rechtsbeschermingsprocedures voor de vreemdeling aan wie toegang is geweigerd en een vrijheidsbeperkende maatregel is opgelegd. Beide besluiten kennen een aparte rechtsbeschermingsprocedure. Tegen de toegangswegering kan de vreemdeling administratief beroep instellen bij de Minister van VenJ,¹⁵² terwijl tegen de vrijheidsbeperkende maatregel beroep bij de rechtbank open staat.

Over deze situatie heeft de Afdeling, met een verwijzing naar het Handvest van de Grondrechten van de EU, geoordeeld dat, in het geval nog niet is beslist op het

¹⁵¹ ABRvS 4 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7118. Dat het hier om een belangrijke uitspraak gaat, blijkt wel uit het feit dat deze is opgenomen in het Jaarverslag van 2011.

¹⁵² Art 77 Vw 2000.

administratief beroep tegen de toegangsweigering, dat administratief beroep moet worden doorgezonden aan de rechtbank ter behandeling als beroep, zodat het beroep tegen de toegangsweigering gelijktijdig met het beroep tegen de vrijheidsontnemende maatregel kan worden beoordeeld.¹⁵³ De mogelijkheid om administratief beroep tegen de toegangsweigering in te stellen is derhalve feitelijk irrelevant geworden.¹⁵⁴

De regering stelde zich aanvankelijk op het standpunt dat deze jurisprudentielijn geen wetswijziging vereiste.¹⁵⁵ Daar is ze inmiddels van teruggekomen. Er is een wetsvoorstel aanhangig gemaakt waarin de mogelijkheid wordt gecreëerd om de beslissing over toegang op te schorten totdat op het asielverzoek is beslist. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling overweegt de regering dat dit beter zou aansluiten bij het Europese kader.¹⁵⁶ Ook is het administratief beroep tegen de toegangsweigering komen te vervallen, indien althans de vreemdeling beroep instelt tegen de vrijheidsontnemende maatregel.

Positieve overtuigingskracht asielrelaas

Een andere jurisprudentielijn betreft de beoordeling van het asielrelaas. Het relaas dat ten grondslag ligt aan de aanvraag voor een verblijfsvergunning, wordt door het bestuursorgaan (de IND) beoordeeld. In veel gevallen ontbreekt schriftelijk bewijs – bijvoorbeeld: identiteitsbewijzen en reisdocumenten – en komt het dus aan op verklaringen. In dat geval moet het asielrelaas een ‘positieve overtuigingskracht’ hebben. Dit is de slotsom van een zorgvuldig opgebouwde jurisprudentielijn, waarin de Afdeling de rechterlijke taak ten opzichte van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan afbakt.¹⁵⁷ Deze taakverdeling wordt in de volgende overweging samengevat:

‘in het bestuursrechtelijk bestel, waarvan het vreemdelingenrecht deel uitmaakt, voert het bestuur, in dit geval de minister, de wet uit en is het de taak van de rechter de daartoe door de minister genomen besluiten, indien daartegen beroep is ingesteld, op rechtmatigheid te toetsen aan de hand van de voorgedragen beroepsgronden en ambtshalve aan voorschriften van openbare orde. Daarnaast is de minister voor de uitvoeringspraktijk ten volle verantwoordelijk verschuldigd aan de Staten-Generaal.’

Het bestuursorgaan heeft bij de toepassing van dit beleid en dus bij de beoordeling van de positieve overtuigingskracht van het asielrelaas, beoordelingsruimte.¹⁵⁸ Het is de asielzoeker die de verklaringen aannemelijk moet maken.¹⁵⁹ De beoordeling van dat asielrelaas door het bestuur wordt door de rechter

153 ABRvS 11 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3601, JV 2013/327 m.nt. Cornelisse.

154 Overigens is die coördinatie van procedures niet in het nadeel van de vreemdeling.

155 Kamerstukken I 2011/12, 32 420, F, p. 7.

156 Kamerstukken II 2014/15, 34 088, nr. 3, p. 29.

157 ABRvS 3 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6628, AB 2002, 242 m.nt. BPV; ABRvS 9 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6677, JV 2002/275; ABRvS 15 november 2002, AB 2003, 96 m.nt. Schuurmans en uiteindelijk ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB 2003, 286 m.nt. Vermeulen.

158 ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB 2003, 286 m.nt. Vermeulen.

159 Art. 31 Vreemdelingenwet 2000, zie ook ABRvS 11 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3415, JV 2007/259.

terughoudend getoetst.¹⁶⁰ De bestuursrechter toetst enkel of het bestuursorgaan zich ‘in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen’ dat een onderdeel van het asielrelaas onvoldoende aannemelijk is gemaakt, waarbij de motivering van het besluit het aangrijpingspunt vormt.¹⁶¹

Deze marginale toets wordt gerechtvaardigd met het argument dat het bestuursorgaan de feiten vaststelt aan de hand van uitvoerige gehoren en van vergelijking van het relaas met al datgene wat in objectieve bronnen is onderzocht en door vreemdelingen in een vergelijkbare situatie is gesteld.¹⁶² Anders gezegd: het bestuur is vele malen beter geëquipeerd om het asielrelaas op waarde te schatten dan de rechter. Gevolg: de rechter richt zich op de kwaliteit van de motivering en eventuele hiaten daarin. De kwalificatie, dus de gevolgen die het recht aan deze feiten verbindt, komen wel voor een ‘volle’ toets in aanmerking.¹⁶³

Deze jurisprudentielijn is ingezet in 2003, waarbij de uitspraak van 27 januari 2003 geldt als sleuteluitspraak.¹⁶⁴ Sindsdien is deze uitspraak veelvuldig aangehaald door eerstelijnsrechters en in latere Afdelingsjurisprudentie.¹⁶⁵

De consequentie van de uitspraak voor het bestuursorgaan laat zich eveneens raden: dat krijgt in zekere zin ‘vrij spel’ bij de beoordeling van het asielrelaas. Weliswaar heeft het bestuursorgaan met de Vreemdelingencirculaire enig inzicht geboden in de omstandigheden die van belang zijn,¹⁶⁶ maar de weging van deze factoren is ondoorzichtig. Soms wordt het oordeel onderbouwd met een verwijzing naar een vaste gedragslijn,¹⁶⁷ maar in veel gevallen blijft ook dat achterwege. Deze situatie stuitte op kritiek uit de hoek van de rechtshulpverleners en de wetenschap.¹⁶⁸ De consequentie is immers dat – in de woorden van een van de geïnterviewde respondenten – ‘een rechtsvrije sfeer’ tot stand komt, waarin het bestuur nauwelijks wordt gecontroleerd.¹⁶⁹

160 ABRvS 28 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE7493, JV 2002/293.

161 Lubberdink 2009.

162 Lubberdink 2009.

163 Zie de noot van Vermeulen onder ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB 2003, 286 en voorts: ABRvS 4 september 2002, ECLI:NL:RVS:2013:117, JV 2002/358, ABRvS 16 augustus 2002, JV 2002/345 en ABRvS 29 augustus 2002, JV 2002/356.

164 ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB 2003, 286 m.nt. Vermeulen.

165 Het zaaknummer als zoekterm op rechtspraak.nl levert 47 ‘hits’ op (dd 18 december 2014). Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, NJB 2013/1407. Overigens signaleert Spijkerboer dat de lijn na 2009 een nuancering heeft ondergaan: de beoordeling van vermoedens over de toekomst (wat de vreemdeling in het land van herkomst te wachten staat), valt weer onder een volle rechterlijke toets. Zie: Spijkerboer 2014, p. 334.

166 Paragraaf C1 e.v. Vreemdelingencirculaire.

167 Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, NJB 2013/1407.

168 T. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, zie recenter: ABRvS 23 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3180, AB 2009, 11 m.nt. Geertsema. In dit kader is ook relevant dat bij een herhaalde aanvraag (4:6 Awb) de rechter ook zeer marginaal toetst en er normaal gesproken geen ruimte is om, als het gaat om documenten die ontbraken ter staving van het relaas en de identiteit, deze alsnog te overleggen, omdat deze in eerste instantie al overgelegd hadden kunnen worden.

169 Als voorbeeld: het niet kunnen noemen van plaatsen in de omgeving van de gestelde geboorteplaats ABRvS 30 mei 2011, ECLI:RVS:2011:BQ7859. In dit geval oordeelde de rechtbank nog dat dat gegeven (het niet kunnen noemen van meer plaatsen) niet toereikend is om de gehele herkomst als onaannemelijk te beoordelen. Of het niet kennen van de betekenis van Pasen en Pinksteren voor de vreemdeling die stelt zich bekeerd te hebben tot het christendom: ABRvS 24

Ook op dit punt heeft de wetgever de rechtsontwikkeling bijgesteld. Het eerder genoemde wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 voorziet in een volledige en ex nunc beoordeling door de rechter. De zaken die nu ‘positieve overtuigingskracht’ hebben, zullen mogelijk die toets niet doorstaan. Anticiperend op die nieuwe rechterlijke toets is in beleid daarom (ook) de integrale geloofwaardigheidsbeoordeling door de IND voorgeschreven: ‘positieve overtuigingskracht’ is niet meer voldoende.¹⁷⁰ Dit is een uitvloeisel van de implementatie van de Procedurerichtlijn waarin wordt bepaald dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat voor verzoekers een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie openstaat tegen een beslissing inzake hun verzoek om internationale bescherming.¹⁷¹

Opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers

Het derde voorbeeld van rechtsontwikkeling heeft betrekking op de verlening van opvang op grond van art. 8 EVRM. In zekere zin is deze jurisprudentielijn het spiegelbeeld van de eerder behandelde lijn van de CRvB, waarbij het ging om opvang op grond van de Wmo. Min of meer gelijktijdig werd de Afdeling geconfronteerd met een aantal beroepszaken waarbij het ging om het afwijzend besluit van het Centraal Orgaan asielzoekers (COa) op een verzoek om opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers.

Het verzoek om opvang was gebaseerd op art. 8 EVRM. Weliswaar heeft de Afdeling herhaaldelijk geoordeeld dat uit dat artikel geen algemene verplichting voor de Staat kan worden afgeleid om al dan niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen opvang te verlenen,¹⁷² maar sinds een arrest van de Hoge Raad, waarin het ging om de opvang van een minderjarige,¹⁷³ is deze hoofdregel uitgebreid met een verbijzondering dat uit art. 8 EVRM wel de verplichting voor de Staat voortvloeit om voor niet rechtmatig in Nederland verblijvende minderjarigen te voorzien in adequate opvang en verzorging, indien te voorzien valt dat de ouders daarvoor de middelen niet hebben. De volgende vraag is hoe (of: waar) dat recht kan worden geëffectueerd. Het ligt voor de hand dat de vreemdeling dit recht probeert te effectueren bij het orgaan dat normaal gesproken belast is met de opvang van vreemdelingen: het COa. Maar dan ontstaat een uitvoeringsprobleem. Het COa heeft immers een beperkte taakbeschrijving en daaronder valt niet de opvang van illegale vreemdelingen – tenzij sprake is van een acute medische noodsituatie. In normale gevallen past de weigering van het COa om opvang te verlenen, in die taakbeschrijving.¹⁷⁴

De staatssecretaris heeft, uitvoering gevend aan het arrest van de Hoge Raad, voorzien in een mogelijkheid om opvang te bieden in een gezinslocatie, waarvan de feitelijke uitvoering weer bij het COa berust. Voor de vreemdeling wordt het er

mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, JV 2013/264. In alle gevallen ziet de rechter geen aanleiding om zelf aan de hand van (andere) feiten het vluchtrelaas te verifiëren.

170 Zie Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, Stcr. 2014, 36910 en Werkinstructie 2014/10.

171 Kamerstukken II 2014/15, 34 088, nr. 3, p. 16-17.

172 ABRvS 22 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2099, JV 2014/63.

173 HR 21 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW5328, AB 2013/30 m.nt. De Vries.

174 ABRvS 10 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:86, AB 2014/88 m.nt. Slingenberg.

niet duidelijker op: is het COa bevoegd als zelfstandig bestuursorgaan, of acteert het COa als gemandateerde van de staatssecretaris, zodat de laatste het bevoegde bestuursorgaan is waarbij het recht op opvang kan worden afgedwongen (eventueel in rechte)?

Geconfronteerd met deze lokettenproblematiek heeft de Afdeling in een uitspraak op 24 februari 2014 geoordeeld dat het inderdaad de staatssecretaris is die verantwoordelijk is voor deze opvang. De staatssecretaris heeft immers het begin van een regeling ontworpen door de gezinslocaties beschikbaar te stellen. Daarmee beschouwt hij zich als het verantwoordelijke en daarmee bevoegde bestuursorgaan. De Afdeling vervolgt:

‘Bij gebreke van een bestuursorgaan dat in algemene zin is belast met de opvang van vreemdelingen die zulks behoeven, bestaat geen grond de staatssecretaris hierin niet te volgen. Meer in het algemeen betekent dit dat een onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling die geen aanspraak heeft op voorzieningen vanwege het COa en die meent op grond van een op de Staat rustende verdragsrechtelijke verplichting aanspraak te hebben op opvang, zich dient te wenden tot de staatssecretaris.’¹⁷⁵

Kortom: de vreemdeling kan zich tot de staatssecretaris wenden. Dat zo’n verzoek lang niet altijd soelaas biedt, blijkt uit eerder in paragraaf 4.3.2 aangehaalde uitspraak van de Voorzieningenrechter van de CRvB van 17 december 2014. Na de weigering van de staatssecretaris om opvang te verlenen, is het mogelijk het gemeentebestuur dat op grond van de Wmo,¹⁷⁶ in ieder geval voorlopig, opvang moet verlenen. Dat de Wmo mogelijk in beeld komt, had de CRvB eerder al bepaald bij uitspraak van 4 juni 2014,¹⁷⁷ waarin heel precies wordt afgebakend welk recht op opvang volgt uit het vreemdelingenrecht (COa/staatssecretaris) en uit de maatschappelijke opvang (gemeentebestuur). De lakmoesproef is volgens de CRvB de vraag of de opvang is gebaseerd op medische gronden. Is het antwoord op die vraag positief, dan is het het COa dat over de opvang mag oordelen, met uiteindelijk de ABRvS als hoogste rechter. Is het verzoek om opvang (ook) gebaseerd op andere argumenten, dan komt de Wmo en in hoogste instantie de CRvB in beeld, indien de staatssecretaris het althans laat afweten.¹⁷⁸

De rechterlijke interventies van de ABRvS en de CRvB zijn om verschillende redenen interessant. Allereerst is interessant dat het materiële recht op opvang in het nationale recht niet te vinden is en wordt gebaseerd op art. 8 EVRM. Misschien nog wel interessanter is de constitutionele vraag wie dan verantwoordelijk is om dat recht te realiseren. In de uitspraak van 24 februari 2014, die algemeen – ook door de CRvB – wordt aangemerkt als de bepalende uitspraak waarin niet alleen het recht op opvang wordt vastgelegd, maar ook een begin van een ontwerp wordt gemaakt van de procedure waarin dat recht gerealiseerd kan

175 ABRvS 24 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:722, JV 2014/128.

176 Meer precies: het gemeentebestuur van zogenaamde centrumgemeenten.

177 CRvB 4 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1995, AB 2014/309 m.nt. Sewandono, JV 2014/252 m.nt. Slingenberg.

178 De Raad heeft in een latere uitspraak van 5 november 2014 (ECLI:CRVB:2014:3598) rechterlijk overgangsrecht geformuleerd, waarbij 24 februari 2014 (de datum van de Afdelingsuitspraak) geldt als de ‘inwerkingtreding’ van de geëxpliciteerde bevoegdheidsverdeling.

worden, wijst de Afdeling daartoe de staatssecretaris aan. Dat is een belangwekkende uitspraak voor de rechtsontwikkeling omdat een bevoegdheid of misschien zelfs: plicht wordt opgelegd aan een bestuursorgaan. De Afdeling heeft deze beslissing – zo blijkt althans uit de uitspraak zelf – gebaseerd op de visie van partijen over dit vraagstuk. Partijen, waaronder de staatssecretaris én het COa hebben, daartoe gevraagd door de Afdeling, schriftelijke stukken ingediend.

Intussen is er voor het bestuur – en daarmee ook voor de vreemdeling – een vrij schimmige situatie ontstaan, waarbij verschillende bestuursorganen bevoegd zijn en naast elkaar regelingen uitvoeren die hetzelfde regelen en dezelfde doelgroep betreffen. De vreemdeling kan dan ‘shoppen’ tussen bestuursorganen, met verschillende rechtsbeschermingsprocedures tot gevolg. De CRvB lijkt zijn jurisprudentie aan te passen aan de jurisprudentie van de Afdeling, maar onder de streep – getuige vooral de voorlopige voorziening van 17 december 2014 – lijkt er voorlopig bij de Raad meer te halen dan bij de Afdeling.

4.4.3 Analyse

Wetgever

De Vreemdelingenwet 2000 is overwegend bedoeld ter vereenvoudiging van procedures op het terrein van asiel ten opzichte van de situatie die voorheen gold.¹⁷⁹ De vereenvoudiging had ook betrekking op de vormgeving van de rechtsbeschermingsprocedure. Met de introductie van het grievensysteem werd – onder meer – beoogd ‘het proces bij de Raad van State (...) hanteerbaar [te] houden’.¹⁸⁰ De redenering was dat door het grievensysteem de Afdeling meer aandacht kon schenken aan de zaken die er voor de rechtseenheid en rechtsvorming toe doen.

De drie cases illustreren dat de Afdeling inderdaad in een aantal gevallen de ruimte neemt om bij te dragen aan de rechtsontwikkeling. In veel gevallen is de Europese dimensie de aanleiding om het recht nader te ontwikkelen. Het resultaat is een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht (toegang en verdere toegang), of het creëren van schaduwrecht waar een nationale regel ontbreekt (opvangcasus).

Opvallend is dat de wetgever maar mondjesmaat reageert op dit soort uitspraken. Soms wordt ontkend dat nadere wetgeving noodzakelijk is, blijkbaar met de gedachte dat rechtersrecht een adequate oplossing biedt voor het gesignaleerde probleem. Als voorbeeld kan worden gewezen op de dichotome ‘toegang of niet’-beslissing die met een richtlijnconforme interpretatie werd omgevormd tot een beslissing met drie mogelijke uitkomsten: geen toegang, wel toegang of geen verdere toegang. Het beeld ontstaat dat de Afdeling het stelsel dat met de Vreemdelingenwet 2000 werd geïntroduceerd en dat steeds minder goed lijkt te passen bij de Europese richtlijnen, met plakband bij elkaar heeft gehouden.

¹⁷⁹ Kamerstukken II 1998/99, 26 732, nr 3, p. 3 e.v. (MvT).

¹⁸⁰ *Handelingen II 1999/2000*, 85, p. 5482.

Inmiddels is echter een herziening van de Vreemdelingenwet 2000 aanhangig gemaakt, waarmee de wetgever de uitspraken van de Afdeling verwerkt in positief recht (verdere toegang), dan wel beëindigt (positieve overtuigingskracht).

Bestuur

De rechter in het vreemdelingenrecht (de Afdeling) is zich zeer bewust van zijn positie ten opzichte van wetgever en bestuur. Dit blijkt uit de expliciete overwegingen daarover in de uitspraken. Deze overwegingen nemen niet weg dat de rechter zo nu en dan intervenueert en met een uitspraak de uitvoeringspraktijk bijstuurt. Met name het bestuursorgaan wordt expliciet de ruimte geboden om voorafgaand aan de uitspraak over de relevante rechtsvraag een standpunt in te nemen. Deze vormgeving van de procedure draagt bij aan de voorspelbaarheid van de rechtsontwikkeling door de rechter en biedt in ieder geval het bestuursorgaan de gelegenheid om eventuele consequenties van de beantwoording van de rechtsvraag duidelijk te maken.

Het bestuur staat daarbij in een iets andere verhouding tot de Afdeling dan de burger. Waar beleid wordt gewijzigd of een rechtsvraag om snelle beoordeling door de Afdeling vraagt, heeft het bestuur (de staatssecretaris, lees: de IND) de gelegenheid om deze zaken versneld onder de aandacht van de Afdeling te brengen. De IND kan immers selectief in hoger beroep gaan en versneld verweer voeren. Daarnaast heeft de IND als repeatplayer bijzondere toegang tot de Afdeling, bijvoorbeeld via de Dag van de Bestuursrechtspraak, op de website van de Raad van State aangeduid als 'een bijeenkomst met als doel om tot een gedachtewisseling te komen tussen de vertegenwoordiging van de Afdeling en een afgevaardiging van professionals die in hun dagelijkse praktijk te maken hebben met de Afdeling'.¹⁸¹

Het bestuur heeft belang bij een snelle uitspraak van de Afdeling indien rechters in eerste aanleg verschillend oordelen over een toegepaste regel. Blijkbaar is in dat geval sprake van een ambigue rechtsregel. Vanuit de perceptie van de IND is de pluriformiteit van de rechters in eerste aanleg in de loop der tijd weliswaar geringer geworden, maar desalniettemin is verschil in interpretatie door lagere rechters voor de uitvoering ongewenst.

Voor het bestuur is de Afdeling allerminst een gemakkelijke rechter. Weliswaar worden veel zaken gewonnen in die zin dat de beroepen ongegrond worden verklaard, maar juist in die gevallen waarin de Afdeling het recht bijstelt, brengt dat grote uitvoeringsproblemen met zich mee. Dit houdt verband met het grote aantal rechtzoekenden: een uitspraak waarmee recht wordt ontwikkeld, heeft bijna altijd consequenties die boven de specifieke context van de zaak uitstijgen, bijvoorbeeld in de vorm van nieuwe (herhaalde) aanvragen. Mocht naar het oordeel van de IND wetswijziging noodzakelijk zijn, dan zijn daar interne procedures voor, waarbij beleidswensen uiteindelijk worden doorspeeld naar het ministerie van VenJ. Hoewel de beleidsrespons vaak enige tijd op zich laat wachten, is het doorgaan niet al te lastig om wijzigingen in het recht tot stand

¹⁸¹ http://www.raadvanstate.nl/agenda/nieuws/tekst-nieuwsbericht.html?id=607&summary_only=&category_id=9 Zie verder: Raad van State, Jaarverslag 2013, p. 65.

te brengen. Voor zover wijziging noodzakelijk is, is dat vaak een wijziging van werkinstructies of de Vreemdelingencirculaire.

Burger en rechtshulpverlener

In de (kritische) literatuur over het vreemdelingenrecht gaat het vaak om de (procedurele) obstakels die de vreemdeling en diens rechtshulpverlener ervaren in gerechtelijke procedures.¹⁸² De vormgeving van de procedure (grievensstelsel) is daar mede debet aan. Maar ook het materiële recht, met daarin een steeds belangrijker wordende Europese dimensie, maakt het niet eenvoudig om op het juiste moment met de juiste argumenten te komen. Dit alles maakt het rechtsgebied allesbehalve eenvoudig te doorgronden voor een bestuursrechtadvocaat met een algemene praktijk.

Daar staat tegenover dat de beroepsgroep van rechtshulpverleners in het vreemdelingenrecht tamelijk sterk georganiseerd is, en onderling veel informatie deelt. Jurisprudentie wordt op deze manier soms in gezamenlijkheid uitgelokt, om daarmee de grenzen van het recht op te zoeken. Daarbij ondervindt men soms (financiële) steun van non-gouvernementele organisaties (Vluchtelingenwerk, INLIA etc).

4.4.4 Resumé

De rechtsontwikkeling op het terrein van het vreemdelingenrecht blijkt vooral in het teken te staan van de doorwerking van Europese richtlijnen en van het afbakenen van de rechterlijke taak ten opzichte van die van het bestuur. De rechter maakt door schriftelijke vragen te stellen aan partijen en door de formulering (motivering) van de uitspraak duidelijk wanneer hij bijdraagt aan de rechtsontwikkeling en hoe het recht moet luiden.

Is bij de rechtsontwikkeling op het terrein van de Vreemdelingenwet 2000 sprake van een dialoog tussen wetgever en rechter? Duidelijk is wel dat de rechter expliciet communiceert over zijn bijdrage aan de rechtsontwikkeling. Dat blijkt niet alleen uit de vormgeving van de procedure, maar zeker ook uit de formulering van de uitspraak. Die boodschappen leiden echter niet tot een reactie van de wetgever. Sterker nog: aanvankelijk ontkende de wetgever dat aanpassing van de wet noodzakelijk was. Dat had wellicht te maken met het gegeven dat de rechtsontwikkeling door de rechter de bruikbaarheid van het stelsel als zodanig niet aantastte. Pas onder invloed van Europese richtlijnen reageert de wetgever alsnog op de rechtsontwikkeling met nieuwe wetgeving.

Voor zover de rechter al aan een dialoog deelneemt, is dat vooral met het bestuur. Het bestuur mag in het vooronderzoek zijn zienswijze kenbaar maken door de schriftelijke vragen te beantwoorden. Weliswaar wordt deze gelegenheid ook geboden aan de vreemdeling en diens rechtshulpverlener, maar die hebben verder niet zoveel invloed op de rechtsontwikkeling.

¹⁸² Vgl. Spijkerboer 2014, p. 378 e.v.

4.5 Financiële markten

4.5.1 Inleiding

De regulering van financiële dienstverlening vindt voor een belangrijk deel plaats in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Deze raamwet regelt onder meer wie bevoegd is financiële diensten te verlenen en geeft de grondslag voor het vastleggen van de normen waaraan deze dienstverlener zich dient te houden.¹⁸³ De markt met financiële dienstverleners en klanten is daardoor een sterk gereguleerde markt geworden, met twee toezichthouders: De Nederlandsche Bank (prudentieel toezicht, gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen) en de Autoriteit Financiële Markten (gedragstoezicht, gericht op de ordelijke marktprocessen en zuivere verhoudingen tussen marktpartijen). Na de financiële crisis bestaat eigenlijk geen twijfel meer dat het functioneren van een financiële markt een publiek belang betreft, dat overheidsingrijpen rechtvaardigt.¹⁸⁴ Dit overheidsingrijpen bestaat primair uit een vergunningstelsel, dat de aanbieder van financiële diensten (van betaaldienstverleners tot levensverzekeraars en beleggingsinstellingen) verplicht om een vergunning aan te vragen bij DNB of bij de AFM (afhankelijk van de financiële dienst). De materiële normen waaraan een vergunninghouder moet voldoen, zijn deels in de Wft zelf (hoofdstuk 4) en deels in andere wetten te vinden. De wettelijke normen kennen een open karakter en bevatten voornamelijk ‘algemene principes zoals integriteit van de betrokken marktactoren en transparantie van hun doen en laten’.¹⁸⁵ De open normen die bijvoorbeeld een rol spelen bij het gedragstoezicht, betreffen de geschiktheid en betrouwbaarheid van een aantal relevante personen in de financiële instelling.¹⁸⁶ Het zijn primair de toezichthouders – die in zoverre optreden als ‘regulators’ – die deze normen verder invullen in nadere regelgeving.¹⁸⁷

Het sluitstuk wordt gevormd door toezicht en handhaving, waarbij de toezichthouders een ruim instrumentarium tot hun beschikking hebben, van het opleggen van een last onder dwangsom of een aanwijzing, tot een bestuurlijke boete.¹⁸⁸ Bovendien wordt het geven van een aanwijzing, waarschuwing of andere opgelegde sanctie doorgaans gepubliceerd.¹⁸⁹

Op zichzelf legt de AFM niet veel bestuurlijke boetes op,¹⁹⁰ maar het lijkt er wel op dat het toezicht op de financiële markt op toenemende weerstand

183 Zie Eisma 2007, p. 23 e.v. Nadere (materiële) normen in op de markt van financiële dienstverlening zijn bijvoorbeeld te vinden in bijvoorbeeld de Wet toezicht trustkantoren, de Wet toezicht accountantsorganisaties, Pensioenwet, de Wet ter voorkoming van witwassen en de financiering van terrorisme e.d.

184 De Moor-van Vugt & Wessel 2011.

185 Bröring & Van Vorselen 2013.

186 Zie art. 2.67 Wft.

187 Zie over dit verschijnsel: Verhey & Verheij 2005 en Van der Meulen 2003, p. 23 e.v.

188 Er is wel een Besluit bestuurlijke boetes financiële sector waarin de op te leggen bestuurlijke boete nader is gespecificeerd. Maar de categorie-indeling is nog zo ruim dat de toezichthouders er alle kanten mee uit kunnen. Zie: Bröring e.a. 2012, p. 171-172.

189 Over naming and shaming: Van Erp 2009.

190 Afgaand op het jaarverslag over 2013 is er een afnemende trend: van 36 in 2011 naar 22 in 2012 en 20 in 2013. Ook het aantal lasten onder dwangsom, aangiftes en vergunningintrekkingen is

stuit.¹⁹¹ De vraag die wordt opgeworpen is of de regulators (AFM en DNB) wel voldoende worden gecontroleerd en gecorrigeerd bij de uitoefening van hun taak.¹⁹² Uiteindelijk is dit de vraag of de rechter de ruimte neemt om het recht verder te ontwikkelen. Het onderzoek spitst zich toe op drie voorbeelden waarin deze vraag aan de orde is. Deze hebben betrekking op een materieel aspect dat bij de uitvoering van de Wft centraal staat (het beoordelen van de betrouwbaarheid en geschiktheid van functionarissen), op een onderdeel dat te maken heeft met toezichtsactiviteiten (het vorderen van gegevens) en ten slotte op de vormgeving van de sanctie (boeteberekening).

4.5.2 Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

Betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets

Het dagelijks beleid van bijvoorbeeld beleggingsinstellingen en financiële dienstverleners wordt bepaald door personen die geschikt zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de financiële onderneming (art. 3:8 en 4:9 Wft).¹⁹³ Van de personen die bij de bepaling van het beleid worden betrokken, dient bovendien de betrouwbaarheid buiten twijfel te staan (art. 3:9 en 4:10 Wft).¹⁹⁴ De geschiktheid en betrouwbaarheid worden vastgesteld aan de hand van nadere beleidsregels.¹⁹⁵ Deze beleidsregels bevatten wel indicatoren voor geschiktheid en betrouwbaarheid, (zoals besluitvaardigheid, onderhandelingsvaardigheid etc.), maar geven geen inzicht in de precieze weging ervan, noch over de feiten of waarnemingen die leiden tot het oordeel dat de belanghebbende niet betrouwbaar of niet geschikt wordt geacht. Geschiktheid houdt vooral verband met het hebben van specifieke competenties, waarbij de ondergrens wordt gevormd door de vaardigheid om een nette bedrijfsvoering te organiseren (administratie, naleven van ethische normen e.d.).¹⁹⁶ Betrouwbaarheid duidt op gedragingen, al dan niet begaan als privépersoon waaruit kan worden afgeleid dat de betrokkene het niet zou nauw neemt met de relevante normen (bijvoorbeeld blijkend uit fiscale of strafrechtelijke antecedenten). Interessant is dat bij de betrouwbaarheid ook een rol speelt hoe de betrokkene meewerkt en informatie

afgenomen. Zie AFM, Jaarverslag 2013. De cijfers van DNB zijn minder eenvoudig te achterhalen, maar afgaand op eerdere cijfers is het aantal bestuurlijke boetes zeer gering. Zie: Bröring e.a. 2012, p. 171-172.

191 Vgl. opinies in *Het Financieele Dagblad* zoals 'Toezicht op geschiktheid bestuurders moet anders: informele druk op bestuurders om te vertrekken blokkeert toegang tot de bestuursrechter' (5 juli 2014), 'Dilemma's bij DNB' (8 augustus 2014), 'Toezichthouders hebben te veel macht gekregen' (25 oktober 2014) en 'De overheid trekt zich van onze grondrechten te weinig aan' (29 november 2014). Ook de recente clash tussen DNB en Delta Lloyd is hiervan een voorbeeld: 'DNB eist vertrek financieel topman Delta Lloyd', *NRC Handelsblad* 22 december 2014.

192 Van der Meulen 2003, p. 51 e.v.

193 De geschiktheidseis is geïntroduceerd met de Wet introductie geschiktheidseis, Stb. 2012, 7. Voorheen gold een (vergelijkbare) deskundigheidseis.

194 Zie hierover verder: Gundemann-Van de Krol 2008, p. 173 e.v. en Stijnen 2007.

195 Beleidsregel geschiktheid 2012, Strt. 2012, 13546 en Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing, Strt. 2005, 20.

196 Zie art. 1.2 Beleidsregel geschiktheid 2012, Strt. 2012, 13546.

deelt met de toezichthouder gedurende het vergunningproces. Eventuele antecedenten die relevant kunnen zijn voor de betrouwbaarheid, moeten worden gemeld, anders geldt dat als extra ‘toezichtsantecedent’ dat voor de toezichthouder een reden vormt om de betrouwbaarheid onvoldoende te achten.¹⁹⁷

Over het oordeel dat een persoon niet betrouwbaar of geschikt wordt geacht, wordt tegenwoordig niet veel meer geprocedeerd,¹⁹⁸ zeker in verhouding tot het aantal oordelen dat door DNB of AFM wordt afgegeven.¹⁹⁹ De reden laat zich raden: de instelling heeft geen zin in een langdurige juridische strijd met de toezichthouder waarmee men nog langer door één deur moet. Het is dan gemakkelijker om afscheid te nemen van de functionaris die niet geschikt dan wel betrouwbaar wordt geacht.

Een uitzondering waarin wel werd geprocedeerd tegen een oordeel over betrouwbaarheid, leidde tot de uitspraak van CBB van 31 maart 2014. Het betrof een beroep tegen een besluit waarin een aanwijzing werd gegeven die ertoe strekt dat een bestuurder niet langer het beleid van een trustkantoor kan bepalen of mede kan bepalen, omdat deze niet langer betrouwbaar werd geacht door DNB. Dit betrouwbaarheidsoordeel was gebaseerd op een tweetal boetebesluiten van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (CBCS), opgelegd aan een trustkantoor waar de betreffende bestuurder eveneens bestuurder van was, alsmede op het niet hebben gemeld van die opgelegde boetes en de daarop volgende intrekking van de vergunning.

De rechtsvraag die in beroep en hoger beroep aan de orde wordt gesteld, is of deze onderbouwing van de betrouwbaarheidsoordelen voldoet. Feitelijk gaat het over één serieus antecedent (de opgelegde boetes), dat wordt opgeplust naar meerdere antecedenten, namelijk: het niet verstrekken of verstrekken van onjuiste informatie over die boetes tijdens telefoongesprekken met DNB. Daarbij wordt ook de vraag aan de orde gesteld of DNB zich zelfstandig een oordeel moet vormen over de grondslag van de boetes.

Uit de onderliggende stukken blijkt dat de eiser en diens rechtshulpverlener in deze zaak van de rechter willen horen in hoeverre het betrouwbaarheidsbeleid een juiste invulling geeft van de wet, juist door het ‘opplussen’ van één antecedent (de boete, die op zichzelf al discutabel wordt geacht), door een tweede antecedent te creëren met het telefoongesprek waarin die boete niet alsnog is gemeld.

De Rechtbank Rotterdam en vervolgens ook het CBB toetsen het beleid en de toepassing ervan. In beroep concludeert de rechtbank dat een juiste toepassing is

197 Zie: Bijlage C Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing, *Strt.* 2005, 20.

198 ‘Toezicht op geschiktheid bestuurders moet anders: informele druk op bestuurders om te vertrekken blokkeert toegang tot de bestuursrechter’ *Het Financieel Dagblad* 5 juli 2014. Dat was overigens acht jaar geleden wel anders. Zie: ‘AFM onderbouwt straf beter; Te veel sancties toezichthouder sneuvelen voor rechter’ *Het Financieel Dagblad* 1 mei 2007.

199 Volgens het jaarverslag over 2013 houdt de AFM toezicht op zo’n 10.500 instellingen. Bij elk van deze instellingen zal zo nu en dan een betrouwbaarheids- of geschiktheidsoordeel worden gevraagd. Het gaat dus al snel om grote aantallen oordelen, waarover – afgaand op de gepubliceerde jurisprudentie – nauwelijks wordt geprocedeerd. Overigens hoeven de betrouwbaarheids- en geschiktheidsoordelen niet te leiden tot een officieel besluit; vaak is de vooraankondiging al voldoende en wordt de kandidatuur van de betrokken kandidaat ingetrokken.

gegeven aan het beleid. De rechtbank concludeert dat niet wordt weerlegd dat de boetes hadden moeten worden gemeld. Reeds daaruit had DNB kunnen concluderen dat de betrokken bestuurder niet handelde als een professioneel handelend bestuurder.

In hoger beroep voegt het CbB zich naar dat oordeel. Het College besteedt daarbij uitvoerig aandacht aan het achterhouden van informatie tijdens de telefoongesprekken en oordeelt dat dit wel degelijk als afzonderlijk antecedent kan worden gezien. Bovendien hoefde DNB zich niet zelfstandig een oordeel te vormen over de grondslag van die boetes. Conclusie: DNB heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de betrouwbaarheid niet meer buiten twijfel stond. Het (hoger) beroep is dus ongegrond.

Hebben Rechtbank Rotterdam en het CbB hier bijgedragen aan de rechtsontwikkeling? Feitelijk niet: er is althans geen ruimte ingevuld met een nieuwe, nadere regel. Eigenlijk heeft de rechter hier het bestuursbeleid goedgekeurd. Daarmee is de vage, open norm die de Wft biedt volgens de rechter op een juiste, althans: niet onjuiste, manier ingevuld, met als gevolg dat DNB en AFM hun werkwijze rondom de betrouwbaarheidsbeoordeling kunnen continueren, deels leunend op oordelen van gedragspsychologen.²⁰⁰

Vorderen kopieën

Een voorbeeld waarin de rechter een bestuurspraktijk corrigeerde, had betrekking op het vorderen van toezichtsgegevens. De AFM had een beleid waarbij financiële ondernemingen werd verzocht om afschriften van relevante gegevens op te sturen. Het niet voldoen aan deze vordering leidde tot een last onder dwangsom. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam oordeelde in een uitspraak op 5 september 2012 dat deze praktijk niet kan worden gebaseerd op de Wft noch op het bepaalde in art. 5:16 of 5:17 Awb.²⁰¹ Weliswaar kan de AFM op grond van art. 5:16 Awb inlichtingen vorderen en op grond van art. 5:17 Awb inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën maken, maar dat is net iets anders dan de vordering dat de ondertoezichtgestelde zelf kopieën maakt en verstrekt.

Deze uitspraak werd op rechtspraak.nl aangekondigd als een beperking van de bevoegdheden van de AFM.²⁰² In zoverre is hier – in ieder geval vanuit het perspectief van de rechter – sprake van een belangrijke uitspraak, waarmee een bestaande praktijk werd gecorrigeerd. De AFM zou op een andere manier gegevens moeten verzamelen. In de nieuwsbrief van oktober 2012 kondigde de AFM aan niet langer kopieën van documenten te vorderen, maar de betrokken partij de keuze te bieden: vrijwillig kopieën van de informatie opsturen of de AFM komt

200 Vgl. de verzuiming hierover van Pim Rank en Jael Diamant in *Meester* ('Financiële sector is regelmoe') 2014 (12), p. 81.

201 V.zr. Rb. Rotterdam 5 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6988, JOR 2012/296 m.nt. Nuyten. De voorzieningenrechter geeft in zijn uitspraak expliciet aan dat dit oordeel afwijkt van eerdere uitspraken ('anders dan. . . is de voorzieningenrechter thans van oordeel. . .').

202 V.zr. Rb. Rotterdam 5 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6988, JOR 2012/296 m.nt. Nuyten. Ook in de media werd aandacht geschonken aan deze uitspraak: 'AFM teruggefloten in zaak Vestia-verdachten', *Het Financieele Dagblad* 12 september 2012.

langs op kantoor om de gegevens te kopiëren.²⁰³ Daarbij kondigt de AFM ook aan het oordeel van de voorzieningenrechter, waarin de voorzieningenrechter de bevoegdheden van de toezichthouder beperkt uitlegt, te zullen bestrijden.

De rechtsontwikkeling was daarmee nog niet ten einde. Enige tijd later oordeelde de Rechtbank Rotterdam – ditmaal in een meervoudige kamer – dat de praktijk van de vordering van kopieën onder dreiging van een dwangsom toch wel in overeenstemming met de Awb was, misschien niet naar de letter, maar dan in ieder geval naar de bedoeling:

‘De rechtbank is, anders dan de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 5 september 2012 (...), van oordeel dat de inlichtingenvordering van art. 5:16 van de Awb een algemene bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen behelst, waarmee ook kopieën van stukken en bescheiden kunnen worden gevorderd. Een redelijke wetsuitleg (*Kamerstukken II 23 700, nr. 5*) brengt mee dat het verstrekken van inlichtingen, naast het naar waarheid mondeling of schriftelijk beantwoorden van vragen, ook kan bestaan uit het verstrekken van zakelijke gegevens en bescheiden. Daarmee worden immers ook naar waarheid inlichtingen verstrekt.’²⁰⁴

Hierop paste de AFM wederom zijn werkwijze aan. In de nieuwsbrief van maart 2013 werd aangekondigd dat de AFM voortaan tijdens een onderzoek weer schriftelijk van instellingen of personen zal vorderen om de gevraagde kopieën op te sturen.²⁰⁵

Toekomstige verdien capaciteit

Een derde jurisprudentielijn heeft betrekking op de berekening van de hoogte van bestuurlijke boetes. De AFM en DNB kunnen een bestuurlijke boete opleggen wegens overtreding van een aantal in de Wft genoemde voorschriften. Deze bestuurlijke boete bedraagt maximaal € 4.000.000, uitzonderingen daargelaten.²⁰⁶ De overtreders van de voorschriften en daarmee ook degenen die kunnen worden beboet, zijn zowel rechtspersonen (de financiële instellingen) als natuurlijke personen (degenen die in die instelling een bepaalde functie vervullen). Op zichzelf ligt het voor de hand dat juist bij de beoordeling van bestuurlijke boetes de bestuursrechter recht ontwikkelt. Bijzonder aan de bestuurlijke boete is immers dat deze door de rechter normaal gesproken ‘vol’ wordt getoetst.²⁰⁷

203 Zie <http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2012/okt/aanpassing-werkwijze>. Dat een ‘inval door de AFM’ publicitair niet bepaald aantrekkelijk is, behoeft weinig betoog.

204 Rb. Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2448, JOR 2013/139 m.nt. Nuyten.

205 Zie: <http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2013/mrt/herroeping-oordeel-beperking-onderzoeksbevoegdheid>.

206 Zie art. 1:80 en 1:81 Wft. Welke overtredingen beboetbaar zijn, wordt bepaald in de bijlage van de Wft. Een en ander is uitgewerkt in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.

207 Zie preadviezen Van Emmerik & Saris 2014, p. 120 e.v. Overigens is de rechterlijke toets afhankelijk van de vormgeving van het boetestelsel, zoals Van Emmerik & Saris ook opmerken (p. 124 e.v.). Voor een recent voorbeeld waarin de rechter recht vormt bij een boetestelsel: CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, USZ 2014/413 m.nt. Tollenaar.

Wat een evenredige boete is, wordt door verschillende factoren bepaald.²⁰⁸ Uiteraard zijn de wettelijke boetemaxima een indicatie van wat als evenredige boete heeft te gelden. Daarnaast wordt de boetehoogte doorgaans onderbouwd met het argument dat met de boete het financiële voordeel van de overtreding moet worden weggenomen. Dit argument is ook van belang bij de boeteberekening in het financiële recht.²⁰⁹ Een andere factor waaraan betekenis toekomt, betreft de draagkracht van de overtreder.²¹⁰ De draagkracht is van bijzonder belang indien de beboete overtreder een natuurlijk persoon betreft. De AFM heeft een beleid waarbij voorafgaand aan het opleggen van een bestuurlijke boete een vragenlijst wordt toegestuurd. Op basis van de vergaarde informatie wordt de hoogte van de boete vastgesteld.

De vraag is hoe die draagkracht wordt berekend en welke rol de draagkracht precies speelt. Deze vraag kwam aan de orde in een beroepsprocedure naar aanleiding van een bestuurlijke boete van € 120.000 opgelegd aan een natuurlijk persoon. Dit boetebedrag was gebaseerd op het basisbedrag van € 2.000.000, verhoogd met 25% wegens verhoogde verwijtbaarheid en uiteindelijk bijgesteld op het bedrag van € 120.000, gelet op het eigen vermogen van de overtreder en de verdien capaciteit gebaseerd op het toekomstige inkomen van de overtreder.²¹¹

Uit de beschikking op bezwaar blijkt dat de AFM de draagkracht mede baseert op de toekomstige verdien capaciteit.²¹² Uit de beschikking op bezwaar blijkt dat de AFM uitgaat van € 2.000 kosten voor levensonderhoud voor het gezin van de overtreder – ook al heeft de overtreder andere gegevens verstrekt. Dit bedrag wordt van het huidige salaris afgetrokken, waarna een verdien capaciteit voor de komende twee jaar wordt vastgesteld. De AFM expliciteert ‘geen rekening te kunnen houden met eventuele toekomstige, thans niet voorzienbare, fluctuaties in het salaris’.

Juist dit aspect, namelijk dat de draagkracht wordt gebaseerd op toekomstig salaris, wordt in beroep voorgelegd aan de rechtbank. De Rechtbank Rotterdam laat deze redenering van de AFM in stand.²¹³ Op het punt dat de draagkracht mede is gebaseerd op toekomstige verdien capaciteit, wordt eigenlijk niets overwogen. De enige overweging is dat er ‘geen reden is om aan te nemen dat eiser niet langer een maandelijks inkomen van € 10.000 bruto heeft’, maar dat zegt nog niets over de toekomstige situatie.

208 Zie voor een overzicht: Klap 2012.

209 Nota van Toelichting bij Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, Stb. 2009, 329, p. 25-26. Zie voor een voorbeeld: CBb 26 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507, JOR 2013/172 m.nt. Affourtit.

210 Deze factor is ook in art. 4 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector geëxpliciteerd: de toezichthouder houdt bij het vaststellen van de boete rekening met de draagkracht van de overtreder. Over het belang van deze factor: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685, AB 2014/271 m.nt. Stijnen.

211 Let wel: de boete is ook gebaseerd op vermogen, in dit geval bestaand uit onroerend goed. Over de waarde daarvan bestaat ook enige discussie (het onroerend goed is aangekocht voor € 50.000 maar zou nu een waarde van € 15.000 vertegenwoordigen). Het deel dat moet worden betaald uit inkomen bedraagt daarmee minstens € 100.000, maar mogelijk meer.

212 De beschikking op bezwaar is gepubliceerd op de site van de AFM: <http://www.afm.nl/ffi/media/files/boete/2014/beslissing-bezwaar/bob-kooij.ashx>.

213 Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326, JOR 2014/269 m.nt. Nuijten.

Weliswaar heeft de rechter hier het recht niet verder ontwikkeld, maar juist in het goedkeuren van deze berekeningsmethodiek zit de rechtsontwikkeling. Uit de onderliggende stukken blijkt namelijk dat de rechtshulpverlener juist op het punt van de boeteberekening een principiële uitspraak van de rechter verlangde. Bezien vanuit de AFM is deze uitspraak een bevestiging van het beleid omtrent boeteberekening die mogelijkheden biedt voor nieuwe boetebesluiten.

4.5.3 Analyse

Wetgever

De Wet op het financieel toezicht laat zeer veel ruimte aan de uitvoerende autoriteiten om nadere normen te stellen of althans invulling te geven aan de wettelijke normen van de toepassing van de aan hen geattribueerde bestuursbevoegdheden. De AFM en DNB positioneren zich als onafhankelijke regulators: onafhankelijk van politieke waan en gereguleerde doelgroep.²¹⁴

Het gevolg is een gelede normstelling die zich deels onttrekt aan het zicht van de wetgever. De precieze invulling van vage begrippen als betrouwbaarheid en geschiktheid, of de manier waarop draagkracht wordt berekend, lijkt niet op de interesse van de wetgever te kunnen rekenen. Het recht dat op deze aspecten tot stand wordt gebracht, wordt blijkbaar gerekend tot de uitvoering. Eventuele rechterlijke uitspraken op dit punt, of het uitblijven van correctie van bestuursbeleid, blijft onbesproken in het parlement.²¹⁵

AFM en DNB hebben bovendien relatief goede toegang tot de wetgeving wanneer zij in hun toezichtspraktijk instrumenten missen. Zij mogen jaarlijks in een wetgevingsbrief aan de Minister van Financiën knelpunten aandragen die zij bij het toezicht tegenkomen. Volgens Busch worden deze suggesties van de toezichthouders regelmatig overgenomen door de wetgever.²¹⁶

Bestuur

De bestuursorganen die uitvoering geven aan het financiële toezicht, ondervinden niet veel beperkingen; noch van de wetgever, noch van de bestuursrechter. Dit wordt legitiem geacht gelet op het doel waarmee de normen worden gehandhaafd: het bevorderen van een zorgvuldige financiële dienstverlening, eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten en stabiliteit van de financiële markten.²¹⁷ De markt blijkt creatief en zoekt mazen in de wetgeving, met risicovol gedrag tot gevolg.

In deze situatie wordt van de AFM en DNB slagvaardig toezicht verwacht. Het gevolg: de geschreven operationele norm wordt ingewisseld voor een zorgplicht of een vage norm.²¹⁸ Rechtsbescherming blijkt niet altijd te functioneren als

²¹⁴ Vgl. Van der Meulen 2003, p. 51 e.v.

²¹⁵ Er zijn geen Kamervragen gesteld naar aanleiding van een uitspraak, ook heeft jurisprudentie niet geleid tot aanpassing van wetgeving.

²¹⁶ Busch 2014.

²¹⁷ Dit zijn de strategische doelstellingen van de AFM te vinden in het Jaarverslag 2012 en gepubliceerd op de website van de AFM (www.afm.nl).

²¹⁸ Busch 2014.

correctie-instrument. Weliswaar is bij de Rechtbank Rotterdam en het CBB een grote expertise aanwezig op het specialistische terrein van de financiële markten. De rechterlijke macht is dus op zichzelf voldoende geëquipeerd om de finesses van de wetgeving en de consequenties van de rechtsontwikkeling te kunnen inschatten. Dat neemt echter niet weg dat de rechter niet vaak een bijdrage levert aan rechtsontwikkeling en het bestuur veel ruimte laat om invulling te geven aan de toezichtstaak. Dat houdt deels verband met het geringe aantal beroepszaken, voortvloeiend uit de geringe bereidheid van de ondertoezichtgestelden om de relatie met de AFM en DNB op scherp te zetten,²¹⁹ en deels met de ruime bestuursbevoegdheden zoals die in de wet zijn geformuleerd.

Burger en rechtshulpverlener

Voor de burger gelden de AFM en DNB als de voornaamste partijen die recht vormen: de wet biedt geen houvast en richtinggevende jurisprudentie is er ook niet veel. De normen die tot stand komen zijn relatief goed toegankelijk. Bovendien wordt partijen die actief zijn op de financiële markt de gelegenheid geboden om in te spreken bij de totstandkoming van die normen en procedurele regels, via internetconsultatie. Deze consultatie leidt niet vaak tot bijstelling van de regels.

De betrokkenheid van de financiële dienstverleners bij de totstandkoming van de regels neemt niet weg dat het voor de ondertoezichtgestelden lang niet altijd duidelijk is welke gedraging binnen de regels valt en welke niet. Het gevolg is dat er onzekerheid bestaat over wat toelaatbaar is en wat niet; wat beboetbaar is en wat niet en wanneer sprake is van ongeschiktheid of onbetrouwbaarheid.²²⁰ Hoewel niet veel wordt geprocedeerd, zeker gelet op het aantal oordelen en beslissingen van de AFM en DNB, is in die gevallen waarin wel wordt geprocedeerd, de uitkomst allerminst voorspelbaar. Van de rechter wordt vaak meer verwacht dan deze waar kan maken: namelijk duidelijkheid over de grenzen van de bestuursbevoegdheden.

4.5.4 Resumé

De Wet op het financieel toezicht biedt het bestuur op veel onderdelen discretionaire ruimte of vrijheid, zodat het adequaat kan reageren op veranderingen in de markt. Het gevolg van deze ruimte is een terughoudend toetsende rechter, die de rechtsontwikkeling veelal overlaat aan het bestuur dat bijvoorbeeld in beleidsregels nader recht vormt. Met name rechtshulpverleners verwachten vaak meer (intensievere) bemoeienis van de rechter bij de rechtsontwikkeling dan nu het geval is.

219 Busch signaleert overigens een kentering. Busch 2014. Als voorbeeld van de kentering geldt de eerder aangehaalde casus van Delta Lloyd die zich verweert tegen een boete en aanwijzing van DNB.

220 'Provisieverbod bij financieel advies gaat tot brokken leiden', *Het Financieel Dagblad* 29 oktober 2011, 'AFM en rechter worstelen met eisen voor beleggingen in grondposities', *Het Financieel Dagblad* 8 februari 2010.

De dialoog tussen rechter en wetgever is op dit terrein dus zo goed als afwezig. De rechter draagt niet of nauwelijks bij aan de rechtsontwikkeling en voor de wetgever is er – blijkbaar – geen reden om met nadere wetgeving te reageren op de bestuurspraktijk. De wetgever kiest juist voor terughoudendheid ten opzichte van de bestuurspraktijk.

4.6 Bevindingen uit de casestudy

In het begin van dit hoofdstuk werd de vraag opgeworpen in hoeverre de rechter de verwachtingen over zijn bijdrage aan de rechtsontwikkeling waarmaakt. Het gaat dan meer in het bijzonder om verwachtingen van wetgever, bestuur en burger (rechtshulpverlener). Met behulp van de casestudy kan men een antwoord formuleren op deze vraag. Dit antwoord bestaat uit vier elementen: de herkenbaarheid van de rechtsontwikkeling, de (ir)relevantie van de wettelijke context, de institutionele randvoorwaarden waarin die rechtsontwikkeling zich voor kan doen en ten slotte de mate waarin partijen invloed uit (kunnen) oefenen op de rechtsontwikkeling. Hieronder worden deze bevindingen toegelicht.²²¹

4.6.1 Herkenbaarheid van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter

Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter blijkt een lastig te herkennen fenomeen. De cases zijn geselecteerd omdat partijen in de uitspraak rechtsontwikkeling herkennen. In een aantal gevallen is dat duidelijk omdat de rechter expliciet zijn doel met de uitspraak aangeeft,²²² expliciet aangeeft af te wijken van een eerdere jurisprudentielijn²²³ of een jurisprudentielijn onderbouwt met verwijzingen naar eerdere uitspraken.²²⁴ Soms kiest de rechter voor een bijzondere procedure, bijvoorbeeld door schriftelijk vragen te stellen over de te beantwoorden rechtsvraag.²²⁵ Daarnaast geeft de rechter soms expliciet de rechtsontwikkeling aan door de uitspraak inclusief persbericht, op www.rechtspraak.nl te plaatsen.²²⁶ En meer in het bijzonder voor de ABRvS geldt dat de uitspraken die zij relevant acht voor de rechtsontwikkeling, worden gepubliceerd in het jaarverslag.²²⁷ In al deze gevallen communiceert de rechter expliciet (in de uitspraak) of impliciet (via signaleringen e.d.) dat hij met een uitspraak bijdraagt aan de rechtsontwikkeling.

221 In deze paragraaf worden enkele algemene observaties beschreven. Voor de leesbaarheid wordt in voetnoten verwezen naar de relevante case(s) die de observatie steunen. De cases worden aangeduid met de titel van de subparagraaf.

222 'Toegang en verdere toegang' waarin de Afdeling een overweging opneemt 'ter wille van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in algemene zin'.

223 'Vorderen kopieën'.

224 'Positieve overtuigingskracht asielrelaas'.

225 'Toegang en verdere toegang', 'Opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers'.

226 'Vorderen kopieën', 'Eigen verantwoordelijkheid'.

227 Alle cases over de Vreemdelingenwet 2000 zijn in jaarverslagen van de Raad van State vermeld. CRvB en CBb kennen deze traditie niet. De jaarverslagen van deze hoogste rechters bevatten doorgaans geen overzicht van bepalende jurisprudentie.

In andere gevallen is het aan de partijen zelf om rechtsontwikkeling in de uitspraak te herkennen. Met name voor de cases in de Wmo blijkt dat voor partijen nog niet zo eenvoudig.²²⁸ Dit houdt onder meer verband met de sterk casuïstische formulering van de uitspraken, waarbij de rechter zijn redenering afbakt tot de specifieke feiten van het geschil. Desondanks herkennen repeat players – rechtshulpverleners die regelmatig procederen op het rechtsgebied en bestuursorganen – in uitspraken soms wel rechtsontwikkeling en passen hun beleid aan of doen er een beroep op. Er zijn twee factoren waaruit partijen rechtsontwikkeling afleiden.

Allereerst is dat de samenstelling van de kamer die het (hoger) beroep behandelt. Doorgaans wordt geen rechtsontwikkeling verwacht bij een enkelvoudige behandeling van het (hoger) beroep. Uitzondering is de voorlopige voorziening, die weliswaar enkelvoudig wordt behandeld, maar waarin soms juist wel rechtsontwikkeling kan worden herkend.²²⁹ Bij behandeling door een meervoudige kamer is de samenstelling van die kamer van belang. Een samenstelling met een rechter die gewoonlijk het voortouw neemt bij de rechtsontwikkeling (de voorzitter van de betreffende kamer van de hogerberoepsinstantie) is een indicatie dat het rechtscollege zelf in ieder geval bijzonder belang toekent aan de zaak en is voor omstanders (bestuur en rechtshulpverlener) een reden om de uitspraak als belangwekkend te kwalificeren voor de rechtsontwikkeling. Het behoeft weinig betoog dat op dit punt repeat players (die immers regelmatig procederen bij het betreffende rechterlijk college en de status van rechters kunnen inschatten) een informatievoorsprong hebben ten opzichte van ‘one-shotters’ (de gewone burger, c.q. de rechtshulpverlener die niet gespecialiseerd is in het specifieke rechtsgebied).

Een tweede factor blijkt de beleidscontext te zijn. Indien de wet net is gewijzigd, of het bestuur zijn beleid heeft herzien, is er onduidelijkheid over de rechtmatigheid van het nieuwe recht. Soms slaagt het bestuursorgaan erin om beroepszaken die ‘ertoe doen’ voor de beleidspraktijk met voorrang behandeld te krijgen. Veel rechterlijke colleges hebben een zogenoemd ‘repeat playeroverleg’: een georganiseerd overleg tussen regelmatig procederende partijen en rechterlijke macht. Hoewel dit overleg veelal gaat over procedurele aspecten (bijvoorbeeld hoe stukken moeten worden aangeleverd) biedt dit platform ook de gelegenheid om de aandacht te vestigen op beroepsprocedures die voor de beroepspraktijk van bijzonder belang zijn. Bestuursorganen kunnen ook zelf invloed uitoefenen op snelle behandeling van voor hen belangrijke zaken door bezwaarprocedures snel te behandelen en voorspoedig verweer in te dienen. Appellanten of rechtshulpverleners hebben aanmerkelijk minder invloed op de volgorde waarin de rechter rechtsvragen behandelt en de snelheid waarmee dat gebeurt.

228 ‘Eigen verantwoordelijkheid’, en ‘Weigering voorzienbare kosten’.

229 ‘Vordering kopieën’, ‘Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers’.

4.6.2 (Ir)relevantie van de wettelijke context

Uit de casevergelijking volgt dat de wettelijke context niet van doorslaggevend belang is voor de vraag of de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling. De wettelijke context is weliswaar relevant omdat het bestuursorgaan daarop zijn besluit baseert, maar belemmert de rechterlijke rechtsontwikkeling niet. Hoe gesloten of hoe open de wettelijke norm ook is, de rechter kan in alle gevallen bijdragen aan de rechtsontwikkeling. De Wmo en de Wft kenmerken zich door een tamelijk open normering, die veel ruimte laat aan het bestuur. Opmerkelijk is dan dat de rechter in het ene geval wel algemene regels formuleert die invulling geven aan die vage norm²³⁰ en in het andere geval daar ver van wegblijft.²³¹

In vergelijking met de Wmo en de Wft biedt de Vw2000 nauwelijks beleidsvrijheid aan het bestuur. Desondanks ziet de rechter ook bij deze wet aanleiding om het recht te ontwikkelen. Die rechtsontwikkeling is dan echter het gevolg van een toets aan een hogere norm, zoals een verdragsverplichting. De voorbeelden uit de Vw 2000 zijn daartoe illustratief.²³² In deze zaken gebruikt de rechter Europese richtlijnen of rechtstreeks werkende verdragsbepalingen om een algemene regel voor de Nederlandse rechtspraktijk te formuleren.

Wanneer de rechter zelf actief recht ontwikkelt, is dat vaak ondersteunend voor de beleidsdoelen van de wetgever en het bestuur.²³³ Het is voor een rechter blijkbaar niet opportuun om aan de hand van een concreet beroepschrift een uitspraak te doen waarmee een bestendige bestuurspraktijk terzijde wordt geschoten. Veel vaker doet de rechter een uitspraak waarmee recht wordt ontwikkeld dat in lijn is met de beleidsdoelen van de wetgever of het bestuur. Uit interviews met de rechters blijkt dat het niet kunnen overzien van de gevolgen van een al te ruime uitspraak daar debet aan is. Het is daarom niet vreemd dat de rechter zich primair richt op de bescherming van de doelen die wetgever en bestuur kennelijk voor ogen staan en recht ontwikkelt waarmee die doelen worden beschermd.²³⁴

Dit wil echter niet zeggen dat er niet ook uitspraken zijn waarin de rechter wel de kennelijke doelen van wetgever en bestuur doorkruist en recht formuleert dat daarvan afwijkt. Deze doorkruisende uitspraken hebben gemeenschappelijk dat de rechter legitimering voor het geformuleerde recht zoekt bij hogere normen, voortvloeiend uit het internationale recht,²³⁵ of – in het geval van gelaagde regelgeving – bij de hoogste wettelijke rechtsnorm.²³⁶

230 'Eigen verantwoordelijkheid', 'Weigering voorzienbare kosten'.

231 'Betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets'.

232 'Toegang en verdere toegang', 'Opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers'.

233 'Eigen verantwoordelijkheid', 'Positieve overtuigingskracht asielrelaas', 'Betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets'.

234 Zie bijvoorbeeld 'Eigen verantwoordelijkheid', 'Toegang en verdere toegang', 'Positieve overtuigingskracht asielrelaas', 'Betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets', 'Vordering kopieën', 'Toekomstige verdien capaciteit'.

235 'Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers'.

236 'Vordering kopieën' en 'Weigering voorzienbare kosten'.

4.6.3 Institutionele randvoorwaarden

De rechtsontwikkeling blijkt voor een deel afhankelijk van de vormgeving van de procedure. Het gaat dan niet alleen om het gebruik van onderzoeksbevoegdheden door de rechter, maar ook om institutionele randvoorwaarden, waarbij met name gedacht kan worden aan de vormgeving van rechterlijke competentie. Voor de rechtsontwikkeling is pluriformiteit van de argumentatie een voorwaarde.²³⁷ Uit de casestudy blijkt dat deze pluriformiteit inderdaad bijdraagt aan rechtsontwikkeling. Waar rechters in eerste aanleg het recht verschillend interpreteren en verschillende rechtsregels formuleren, wordt de rechter in hoger beroep gedwongen om een keuze te maken. Dit komt de rechtsontwikkeling ten goede. Dit blijkt het sterkst bij de Wmo-cases,²³⁸ maar komt ook aan het licht bij de cases over de Vw 2000, waarbij de verschillende arrondissementsrechtbanken soms een eigen lijn kiezen. Omdat deze wet wordt uitgevoerd door gecentraliseerde bestuursorganen, wordt deze afwijkende jurisprudentie gecorrigeerd in hoger beroep: de IND gaat in hoger beroep waar rechtbanken afwijken van de heersende leer, juist ook vanwege de mogelijke precedentwerking.

Voor de Wft geldt dat de institutionele vormgeving van de procedure minder ruimte biedt voor afwijkende argumenten. Dit is het logische gevolg van de bijzondere competentie van de Rechtbank Rotterdam bij deze beroepszaken. Weliswaar laat de casestudy zien dat ook in deze procedures afwijkende argumenten kunnen worden gehanteerd, blijkend uit het 'omgaan' van de rechter.²³⁹ Maar toch biedt deze institutionele vormgeving minder ruimte voor discursieve jurisprudentie. Door respondenten wordt dit beaamd. Daar staat tegenover dat de bijzondere competentie de ruimte biedt voor specialisatie in dit bijzondere rechtsgebied.

4.6.4 Rechtsontwikkeling en procespartijen

Wat verwachten procespartijen van de rechtsontwikkeling door de rechter? Uit de cases blijkt dat burger en bestuursorgaan volstrekt anders tegen rechtsontwikkeling door de rechter aankijken. Voor het bestuursorgaan geldt dat het de rechtsontwikkeling zoekt ter bevestiging van bestaand beleid. Dit mechanisme is in alle onderzochte cases aangetroffen. Bestuursorganen kunnen dit proces voor een belangrijk deel beïnvloeden, in de motivering van het bestreden besluit en in het verweer.

Voor de burger en diens rechtshulpverlener geldt iets anders. Zij leggen soms een principiële punt voor aan de rechter. Uit de cases blijkt dat het nog niet zo eenvoudig is om in een (hoger)beroepschrift de rechter tot rechtsontwikkeling te verleiden. In veel van de cases waarin de rechter het recht ontwikkelt, blijkt sprake van een procedure waarin een gespecialiseerde rechtshulpverlener

²³⁷ De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 29.

²³⁸ Zie 'Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers' en 'Eigen verantwoordelijkheid'.

²³⁹ 'Vordering kopieën'.

optreedt.²⁴⁰ Zónder rechtshulpverlener of met een rechtshulpverlener die niet voldoende op de hoogte is van de rechtsontwikkeling op het bijzondere rechtsgebied, is het lastig procederen en – volgens vrijwel alle respondenten – zo goed als onmogelijk om invloed uit te oefenen op de rechtsontwikkeling.²⁴¹ Juist waar het recht niet uitsluitend kan worden gevonden in de tekst van de wet, maar tot stand komt binnen bestuursorganen en wordt beïnvloed door een internationale rechtsorde, blijkt gespecialiseerde rechtshulp onontbeerlijk. En dan nog blijkt een beroepschrift met tal van principiële argumenten geen garantie voor rechtsontwikkeling.²⁴² De rechter hoeft immers niet op die beroepsgronden in te gaan en kan zich ook beperken tot zijn andere taak: die van geschillenbeslechter.

240 Dit geldt in het bijzonder voor ‘Weigering voorzienbare kosten’, ‘Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers’, alle cases op het terrein van de Vreemdelingenwet 2000 en alle cases op het terrein van de Wft.

241 Marseille, De Graaf & Smit 2007, p. 173 concluderen dat er weliswaar geen gemeten verschil bestaat ten aanzien van het succes tussen appellanten die met en die zonder procesvertegenwoordiging procederen, maar dat de eerste groep wel in staat is om heldere en duidelijke beroepschriften in te dienen.

242 ‘Toekomstige verdien capaciteit’.

5 Conclusie

5.1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk is de vraag opgeworpen in hoeverre de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter tegemoetkomt aan de verwachtingen die partijen daarover hebben. In dit laatste hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op deze vraag, met behulp van de bouwstenen uit de voorgaande hoofdstukken. Dat antwoord bestaat uit een conclusie over het belang van rechtsvorming door de rechter, de verwachtingen van partijen over rechtsvorming door de rechter en de manier waarop de rechter rekening houdt en kan houden met die verwachtingen.

5.2 Belang van rechterlijke rechtsontwikkeling

De rechter speelt een belangrijke rol bij de ontwikkeling van het recht, hoewel rechters daar zelf vaak anders over denken. Het toenemend belang van rechtsvorming door de rechter houdt verband met enerzijds de doorwerking van de internationale (Europese) rechtsorde en anderzijds met de vormgeving van moderne wetgeving.

Om met de internationale rechtsorde te beginnen: Europese regelgeving dwingt de rechter niet zelden tot rechtsontwikkeling. Als voorbeeld kan worden gewezen op de cases uit het vreemdelingenrecht. De Vreemdelingenwet 2000 bleek slechts na richtlijnconforme interpretatie in overeenstemming te kunnen worden gebracht met de Europese rechtsorde (waaronder Procedurerichtlijn en Terugkeerrichtlijn). Ook het EVRM geeft aanleiding tot rechtsontwikkeling, zo bleek uit de cases over de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers. Dat de rechter in deze gevallen bijdraagt aan de rechtsontwikkeling is het gevolg van het feit dat de wetgever er (blijkbaar) niet in slaagt om die internationale rechtsorde adequaat door te laten werken in de nationale rechtsorde.

Ook zonder internationale context is rechtsontwikkeling door de rechter echter van belang. Dat houdt verband met de vormgeving van wetgeving. De wetgever biedt het bestuursorgaan zeer ruime bestuursbevoegdheden en voorziet nauwelijks in materiële normstelling.²⁴³ Het gevolg: het bestuursorgaan krijgt alle ruimte om de grenzen van de bevoegdheid op te zoeken, waarbij het aan de rechter is om, waar nodig en mogelijk, deze grenzen aan te geven.

De Wft is hiervan een voorbeeld. De wetgever koos expliciet voor flexibele wetgeving, met het oog op het normeren van innovatieve producten – in dit geval de innovatieve financiële producten die door financiële instellingen worden

²⁴³ Dit is overigens allerminst een nieuwe constatering: Scheltema 1982.

vormgegeven. Het gevolg is een ruime bevoegdheid voor het bestuursorgaan die nauwelijks in wetgeving wordt genormeerd. Voor de Wmo geldt iets vergelijkbaars: de wetgever geeft ruimte aan het bestuur om naar bevind van zaken – reagerend op maatschappelijke ontwikkelingen – voorzieningen te verstrekken zolang de beperkingen die worden ondervonden maar worden gecompenseerd.

5.3 Verschillende verwachtingen

Tegelijk met de constatering dat de rechter een toenemende rol vervult bij de rechtsontwikkeling, kan ook worden geconstateerd dat de verwachtingen over de wijze waarop de rechter bijdraagt aan de rechtsontwikkeling zeer uiteen te lopen. Burgers die een beroepschrift indienen, doen dat in ongeveer een kwart van de gevallen omdat ze een principiële punt aan de rechter willen voorleggen en van de rechter verwachten dat deze bijdraagt aan de rechtsontwikkeling.

Voor het bestuur heeft rechtsontwikkeling door de rechter een andere betekenis. Rechtsontwikkeling door de rechter is een goed- of afkeuring van de toegepaste regels. Bij een wets- of beleidswijziging heeft het bestuur belang bij een snelle goedkeuring (al dan niet impliciet) door de hoogste rechter, zodat naar dat oordeel kan worden gewezen in andere procedures. Volledige afkeuring van door het bestuur toegepaste regels is een zeldzaamheid: meestal beperkt de rechter zich tot het voorliggende geschil en laat hij de toegepaste rechtsregels onaangetaast.²⁴⁴ Mocht het bestuur wel beleidsimplicaties herkennen in de uitspraak, dan leidt dat tot aanpassing van de uitvoeringspraktijk: beleidsregels worden aangepast of wetswijziging wordt voorbereid.

Op basis van de casestudy kan worden geconstateerd dat dat laatste (een wetswijziging ten gevolge van rechtsontwikkeling door de rechter) nauwelijks voorkomt. Dit mechanisme is wel geconstateerd bij de Vreemdelingenwet 2000, maar daar bleek een andere aanleiding voor. Er is juist geconstateerd dat er vanuit de wetgever niet veel aandacht bestaat voor de manier waarop de rechter de wetgeving nader interpreteert en ontwikkelt. In zoverre is er geen sprake van een dialoog tussen rechter en wetgever.²⁴⁵ Als er gesproken kan worden van een dialoog, dan vindt die plaats tussen bestuur en rechter.²⁴⁶

5.4 Bevorderen rechterlijke rechtsontwikkeling

Wanneer de conclusie luidt dat de rechter een belangrijke rol speelt bij de rechtsvorming die – zo kan worden verwacht – niet minder belangrijk zal worden, dat burgers bovendien hoge verwachtingen hebben van de rechter en dat ook het

²⁴⁴ Uitspraken waarin een regel ‘onverbindend’ wordt verklaard, komen niet zo heel vaak voor (uitzondering zeer recent over het alcoholslotprogramma: ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:692 en eerder in een heel andere zaak CRvB 16 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ9330, JV 2009/442). Liever kiest de rechter voor het ‘buiten toepassing’ laten van de regel, waarna het aan bestuur en wetgever is om de consequenties in te schatten.

²⁴⁵ De Poorter 2014a; Van Gestel 2014.

²⁴⁶ Vgl. Klap 2007.

bestuur rechterlijke uitspraken nodig heeft als bevestiging van een goede toepassing van de wettelijke bevoegdheid, is de uitdaging om deze rechterlijke taak zodanig vorm te geven dat deze aansluit bij de verwachtingen van met name de burger en het bestuur. Uit het onderzoek doemen drie problemen op: de herkenbaarheid van uitspraken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling, het waarborgen van een discursieve rechtspraak en ten slotte de aarzeling van rechters om bij te dragen aan de rechtsontwikkeling vanwege de (on)mogelijkheid voor de rechter om alle (beleids)implicaties in kaart te brengen.

5.4.1 Verbeteren herkenbaarheid rechtsontwikkeling

Geconcludeerd wordt dat uitspraken die belangwekkend zijn voor de rechtsontwikkeling niet altijd duidelijk zijn te herkennen. Herkenbare rechtsontwikkeling doet zich voor indien de grote kamer of de advocaat-generaal bij de uitspraak is betrokken. Ook signaleringen, persberichten en jaarverslagen dragen bij aan een herkenbare rechtsontwikkeling.²⁴⁷ Eveneens herkenbaar, maar dan alleen voor de goede lezer, zijn de uitspraken waarin tekstkenmerken in de uitspraak vermeld staan, waarin de rechter ‘omgaat’ bijvoorbeeld. Nog altijd herkenbaar als indicator dat de uitspraak belangwekkend is voor de rechtsontwikkeling, maar nu alleen voor de geofende ‘follower’, is de samenvatting van de kamer die het hoger beroep behandelt.

Er zijn echter nog altijd zeer veel uitspraken die wel relevant zijn voor de rechtsontwikkeling, maar niet als zodanig worden herkend.²⁴⁸ De uitdaging is dus het belang van belangrijke uitspraken voor de rechtsontwikkeling duidelijk te maken. Elk rechtscollege in hoger beroep heeft immers een vast repertoire uitspraken waarnaar regelmatig wordt verwezen. De herkenbare rechtsontwikkeling is erbij gebaat als dat repertoire toegankelijk en inzichtelijk wordt gemaakt. Men zou vaker de advocaat-generaal kunnen inschakelen, ook waar het rechtsvragen betreft die beperkt zijn tot een bijzonder terrein van het bestuursrecht. Rechtsontwikkeling wordt ook duidelijk indien uitspraken in hoger beroep, zeker wanneer een principiële punt aan de orde is gesteld, uitvoeriger worden gemotiveerd – ook indien het een bevestiging van een jurisprudentiële betreft. Verder draagt het uitschrijven van de jurisprudentiële, bijvoorbeeld in het jaarverslag, bij aan de herkenbaarheid van de rechtsontwikkeling.

²⁴⁷ Een aardige bron wordt gevormd door de signaleringen in het Nederlands Juristenblad. Zie De Graaf, Jans & Marseille 2014, p. 223 die hun kwantitatieve analyse van de invloed van het EU-recht op het Nederlandse procesrecht baseren op de publicatie van uitspraken van de hoogste bestuursrechters in het NJB, omdat de hoogste rechters met publicatie in dat blad aangeven dat deze uitspraak ‘ertoe doet’.

²⁴⁸ Dit is geen nieuwe constatering: Raad van State, *Doorwerking: een verkenning van effecten en effectiviteit van de werkzaamheden van de Raad van State*, 2011.

5.4.2 Waarborgen discursieve rechtspraak

Rechtsvorming is gebaat bij een confrontatie van argumenten.²⁴⁹ Het beroep in twee instanties draagt bij aan die confrontatie van argumenten. Maar voor echt discursieve rechtspraak is pluriformiteit in eerste aanleg een vereiste. Door dezelfde rechtsvraag door verschillende rechtbanken verschillend te laten beantwoorden, wordt de hoogste rechter gedwongen om een positie in te nemen en wordt rechtsontwikkeling geëxpliciteerd. Wanneer die rechter in hoger beroep een uitspraak doet, is daarmee helderheid geschapen over de nieuwe jurisprudentielijn.

Als voorbeeld kan worden gewezen op de kwalificatie van het boetestelsel zoals dat onder de Fraudewet is ontstaan: is dit nu een gefixeerd stelsel of niet, oftewel: welke ruimte heeft de rechter (nog) bij de beoordeling van de bestuurlijke boete? Twee rechtbanken beantwoordden deze rechtsvraag één dag na elkaar totaal verschillend.²⁵⁰ De CRvB kwam daarop met het finale oordeel over het karakter van dit boetestelsel.²⁵¹

Met de herindeling van de gerechtelijke kaart,²⁵² de outputdruk en de nadruk van de eerstelijnsrechters op het geschil achter het geschil, dreigt de uitwisseling van argumenten die aan rechtsvorming kunnen bijdragen, verloren te gaan. Ook de geschillen waarbij één rechtbank bevoegd is, of die slechts in één instantie kunnen worden beslecht, onttrekken zich aan een discursieve uitwisseling van argumenten tussen meerdere rechters. Dit doet afbreuk aan de rechterlijke rechtsvorming.²⁵³

Er zijn uiteraard goede argumenten om de pluriformiteit van rechtspraak in te perken. Bijzondere competentie biedt de rechtbank de mogelijkheid om expertise op te bouwen,²⁵⁴ en een al te diverse eerstelijns jurisprudentie leidt tot onzekerheid die pas na een uitspraak in hoger beroep kan worden beëindigd.²⁵⁵ Dit zijn op zichzelf overtuigende belangen die echter vaak zullen resulteren in institutionele keuzes die de rechterlijke rechtsontwikkeling bedreigen. Wanneer men de grote kamer en in het bijzonder de advocaat-generaal als substituut ziet voor de pluriformiteit van rechtspraak, dan zouden deze faciliteiten veel vaker dan nu het geval is moeten worden ingeschakeld. De grote kamer en de advocaat-generaal hebben dan niet alleen als taak de rechtseenheid te bewaken, maar ook bij te dragen aan de rechtsontwikkeling op een bijzonder terrein van het bestuursrecht.

249 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 29.

250 Rb. Noord-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5642 vs Rb. Rotterdam 13 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9189.

251 CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, USZ 2014/413 m.nt A. Tollenaar.

252 Een aantal 'eigenwijze' rechtbanken is inmiddels opgegaan in grotere rechtbanken die door rechtshulpverleners en bestuursorganen als minder eigenwijs worden beschouwd.

253 Ook dit is geen nieuwe analyse: Neerhof 1994, p. 176.

254 Kamerstukken II 1997/98, 25 821, nr. 3, p. 11.

255 Zoals nu het geval is met de beoordeling van de besluiten op grond van de (nieuwe) Wmo 2015, zie: Rb Midden-Nederland 9 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1394 vs Rechtbank Gelderland 9 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1494.

5.4.3 Uitbreiden onderzoeksbevoegdheden van de rechter?

Een reden voor de rechter om terughoudend te zijn met rechtsontwikkeling, is dat deze de maatschappelijke implicaties van de uitspraak niet kan overzien. Een uitspraak waarmee wordt bijgedragen aan de rechtsontwikkeling raakt andere partijen dan slechts de procespartijen bij dit concrete geschil. Gelet hierop werpt Scheltema de vraag op of het instrumentarium dat de rechter tot zijn beschikking heeft, toereikend is. De uitdaging die hij signaleert, is om de partijen in de samenleving die niet bij dit geschil zijn betrokken, maar er wel door worden geraakt, een stem te geven. Scheltema wijst op de figuur van de *amicus curiae* die in buitenlandse stelsels zo'n functie vervult.²⁵⁶

De vraag is of zo'n Awb-vreemde instelling soelaas biedt en noodzakelijk is. Er zijn ook mogelijkheden die een minder grote inbreuk van het stelsel vergen. Men zou de advocaat-generaal kunnen voorzien van een parket en onderzoeksbevoegdheden zodat de conclusies worden uitgebreid met een overzicht van mogelijke beleidsimplicaties ten gevolge van de rechtsontwikkeling.²⁵⁷

Bovendien kan de rechter ook ruimer gebruikmaken van de onderzoeksbevoegdheden die hij nu al heeft door de voorgenomen rechtsontwikkeling te toetsen bij het bestuur in de vorm van het stellen van schriftelijke vragen (art. 8:45 Awb). Het bestuur is immers niet alleen in staat om een uitspraak te doen over de consequenties van de voorgenomen rechtsontwikkeling (uitvoerbaarheid e.d.), maar moet ook in staat worden geacht om andere belangen dan de belangen die in het concrete geschil aan de orde zijn een stem te geven.

Deze onderzoeksbevoegdheid beperkt zich niet tot alleen het bestuur of de belanghebbende burger. Naar de tekst van art. 8:45 Awb is de rechter ook bevoegd 'anderen' om inlichtingen te vragen. Die 'anderen' kunnen andere bestuursorganen zijn, maar ook maatschappelijke organisaties die actief zijn op het beleidsterrein dat aan de orde is. Een voorbeeld in dit onderzoek waarin dit aan de orde leek, betrof de opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers: de Afdeling stelde vragen aan zowel COa als de staatssecretaris. Hoewel de vragen in dit geval vooral gericht zullen zijn op de rechtsvragen, had de Afdeling ook kunnen vragen naar de consequenties van een rechtsvormende uitspraak, bijvoorbeeld door te vragen naar de omvang van de groep burgers die mogelijk een beroep zou doen op opvang. Een vergelijkbare vraag zou de Afdeling kunnen stellen aan maatschappelijke belangengroeperingen.

De volgende vraag is dan echter welke consequenties de rechter aan deze informatie moet verbinden. Verondersteld kan worden dat naarmate de beleidsimplicaties groter en draconischer worden voorgesteld, de rechter eerder geneigd zal zijn om de reikwijdte van de uitspraak in de formulering ervan beperkt te houden. Het gevolg is dat de rechtsontwikkeling traag meandert in zeer

²⁵⁶ M. Scheltema in: *Doel en functie van de bestuursrechter: een blik op de toekomst* (Verslag van het symposium van de Raad van State op 29 september 2011), Raad van State: Den Haag 2012, p. 45. zie ook: De Poorter 2013, p. 32 e.v. die overigens verderop constateert dat er vermoedelijk niet zo'n behoefte bestaat aan een *amicus curiae*. Uit een recente(re) publicatie kan worden afgeleid dat De Poorter daar inmiddels wat anders over is gaan denken: De Poorter 2015.

²⁵⁷ Zie voor dezelfde conclusie het preadvies van Ortlep, paragraaf 4.4.

casuïstische uitspraken waar burger en bestuur eigenlijk ook niets aan hebben.²⁵⁸ Dat zou een argument zijn om bij het formuleren van de uitspraak de eventuele beleidsimplicaties te negeren. Indien de rechter tot het oordeel komt dat de bestaande praktijk niet in overeenstemming is met het recht en daar consequenties aan verbindt die de zaak overstijgen, is dat de uitkomst van een rechtmatigheidstoetsing waarbij geen rol speelt welke kosten daarmee gemoeid zijn of met welke (uitvoerings)problemen wetgever of bestuur worden opgezadeld.²⁵⁹

5.5 Tot slot: de dialoog tussen de stomme en de dove

Rechtsontwikkeling door de rechter heeft een onmiskenbare functie voor de burger, het bestuur en ook voor de wetgever wanneer deze ervoor kiest om het bestuur ruimte te bieden of anderszins er niet in slaagt om knopen door te hakken. Rechters zijn echter over het algemeen terughoudend waar het hun bijdrage betreft aan de rechtsontwikkeling, vaak omdat zij de implicaties van een te algemene uitspraak niet kunnen overzien. Rechters vinden het lastig om algemene regels te formuleren, juist ook vanwege de angst bij nader inzien – in een volgende casus – op die regel terug te moeten komen omdat deze bij nader inzien niet zo handig uitpakt.²⁶⁰ De vraag is echter of die angst zo terecht is: juist omdat de aanleiding van de rechtsontwikkeling een concreet geval is, valt het onmogelijk de rechter aan te wijzen dat deze onvoldoende rekening heeft gehouden met de algemene beleidsimplicaties. Die beleidsimplicaties komen voor rekening van het bestuur en uiteindelijk de wetgever. Zij zijn ervoor om met nieuw recht te reageren op de uitspraken van de rechter, en waar nodig deze bij te sturen.

De slotconclusie moet dan ook luiden dat van een echte dialoog tussen rechter en wetgever niet veel terecht komt. De aandacht voor het verbeteren van de rechtsontwikkeling door de rechter, met bijzondere procedurele voorzieningen zoals grote kamer en advocaat-generaal, is maar een deel van de oplossing. Weliswaar wordt met deze voorzieningen geëxpliciteerd wanneer de rechter bijdraagt aan rechtsontwikkeling, maar dan nog blijkt het mislukken van de dialoog vooral het gevolg van het gemis aan aandacht voor de rechtsontwikkeling bij bestuur en vooral: de wetgever. Indien men de rechter een functie toedicht bij de rechtsontwikkeling, vergt dat dus niet alleen een aanpassing van de rechterlijke procedure, maar vooral ook een investering in het analytische vermogen van het bestuur en een responsieve houding van de wetgever die jurisprudentie systematisch in kaart brengt en op basis daarvan wetgeving bijstelt, indien dat althans nodig wordt geacht.²⁶¹ Alleen dan is sprake van een vruchtbare dialoog.

²⁵⁸ De jurisprudentie op het terrein van de (oude) Wmo zou men als voorbeeld kunnen zien van een trage rechtsontwikkeling.

²⁵⁹ Wat dat betreft is de case 'Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers' een uitstekend voorbeeld van een rechter die doorpakt waar bestuur en wetgever het laten liggen, maar daarbij tegelijkertijd wel de ruimte laat aan bestuur en wetgever (die immers democratisch gelegitimeerd zijn) om een definitieve oplossing te verzinnen.

²⁶⁰ Vgl. 'Vorderen kopieën'.

²⁶¹ Dit past bij de aanbevelingen over de juridische kwaliteitszorg in het rapport van de Visitatiecommissie Juridische Functie en Wetgeving, *Met recht verbonden*, Den Haag 2007, i.h.b. paragraaf 5.8.

Stellingen

1. De rechter zou zich niet druk moeten maken om de (beleids)implicaties van zijn uitspraak. De 'stem van de samenleving' is daarom ook niet zo relevant voor zijn beoordeling van het geschil.
2. Rechters doen er goed aan de algemene betekenis van de uitspraak te expliciteren, hetzij in de (motivering van de) uitspraak zelf, hetzij in de communicatie over die uitspraak (signaleringen, jaarverslagen).
3. Eigenwijze rechters zijn onmisbaar voor rechtsontwikkeling door de rechter. De onafwendbare tendens naar output en uniformering (herindeling gerechtelijke kaart) zijn daarom bedreigingen voor de rechterlijke rechtsontwikkeling.
4. De dialoog tussen rechter, bestuur en wetgever verstomt door het gemis van een luisterend oor bij bestuur en wetgever. Dit vergt investeren in een luisterend oor bij bestuur en wetgever (ministeries).

Literatuur

- M. Adams, *Recht en democratie ter discussie*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2006.
- Asser/Scholten, *Algemeen deel*^{*}, 1974.
- Asser/Vranken, *Algemeen deel*^{***}, 2005.
- I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep: een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2015.
- K.F. Bolt & H.B. Winter, 'Kwaliteit en asielrecht: van "streng maar rechtvaardig" naar "snel maar goed"?', in: M. Herweijer e.a., *Alles in een keer goed?*, Deventer: Kluwer 2000.
- A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtsbescherming en rechtsvorming door de hoogste bestuursrechters', *NJB* 2000 (13), p. 699-705.
- E.J. Broers & B. van Klink (red), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- H.E. Bröring & E.M. van Vorsele, 'Lex certa en het financieel bestuursrecht', *JBPlus* 2013, p. 115-142.
- H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes*, Groningen: Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012.
- D. Busch, 'Spanningsvelden in het toezicht op de financiële sector', *NJB* 2014 (36), p. 2544-2550.
- L.J.A. Damen, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter onder de Awb', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof, *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 9-37.
- L.J.A. Damen, 'Is de bestuursrechtelijke zittingsrechter "judicial outletstore" voor elders bepaald geheim rechterlijk beleid?', *JBplus-special* 2004, p. 89-95.
- N. Doornbos, *Op verhaal komen. Institutionele communicatie in de asielprocedure* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf legal publishers 2006.
- W.S. Eisma, 'Het doel van de wet: een juridische benadering', in: D. Busch e.a., *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007.
- M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.
- J.G. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- B.J. van Ettekoven, 'Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 293-324.
- Marc Galanter, 'Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* 1974 (1), p. 165-230.
- R.A.J. van Gestel, 'Naar een beter huwelijk tussen rechter en wetgever of toch maar liever living apart together', *NJB* 2014 (1), p. 20-24.
- K.J. de Graaf, J.H. Jans & H.D. Tolsma, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009 (2), p. 80.
- K.J. de Graaf, J.H. Jans & A.T. Marseille, 'Verbazingwekkend, maar toch ook weer niet. Over de invloed van het recht van de Europese Unie op het Nederlandse bestuursprocesrecht', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 215-231.
- Maaik Graaff, *Versobering*, *A&MR* 2013 (8), p. 374.
- Kees Groenendijk, *Een venijnig proces* (afscheidscollege Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.
- Kees Groenendijk & Ashley Terlouw, *Tussen onafhankelijkheid en hiërarchie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.
- T. Groenewegen, *Rechtsvinding en rechtsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- G.M. Gundemann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.
- E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en de functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, 1988, p. 211-237.
- P. Houweling, *Beschikkingverlening in de beschikkingenfabriek*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 1996.

Willem Konijnenbelt, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter', *NJB* 2000 (13), p. 715-717.
Willem Konijnenbelt, 'Gemengelde milieuorganisaties?', *NJB* 2009 (8), p. 495.
C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de hoge raad', *Trema* 2006 (6), p. 250-252.
C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidscollege Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.
A. Klap, 'Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?', *NTB* 2007 (27), p. 183-194.
A.P. Klap, 'Boeteoplegging in het economisch bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012 (9), p. 322-335.

M.T.A.B. Laemers e.a., *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Philip M. Langbroek & Marco Fabri, 'Toedeling van zaken binnen het gerecht: regels en praktijk in vijf Europese landen en in Nederland', *Rechtstreeks* 2006 (2).
Vicky Lens, 'Administrative justice in public welfare bureaucracies: when citizens (don't) complain', *Administration & Society* 2007 (3), p. 382-408.
H.G. Lubberdink, 'Het grievenstelsel in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in vreemdelingenzaken', in: *Grievens in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Raad van State 2006.
H.G. Lubberdink, 'Toetsing van de feitenvaststelling door de vreemdelingenrechter', *Migrantenrecht* 2009 (2), p. 53-55.

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
A.T. Marseille, 'Belemmeringen voor (zichtbare) bestuursrechtelijke rechtsvorming', *Ars Aequi* 2010, p. 90-94.
A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter* (oratie), Tilburg University 2012.
A.T. Marseille, K.J. de Graaf, A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
Bert Marseille & Derek Sietses, 'De finaliseringsslag in het bestuursrecht', *NJB* 2013 (10), p. 606-613.
S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Trema* 2000 (5), p. 171-181.
Th. Mertens, 'Rechtspositivisme als rechtspolitiek? Een filosofische kanttekening', *NJB* 2009 (84), p. 2065-2066.
B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten. Aanzet tot een interne rechtsvergelijking', in: *Toezicht op markten (preadviezen VAR)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
A.J.C. de Moor-van Vugt & M.W. Wessel, 'Systeem in het financiële toezicht', *RegelMaat* 2011 (26), p. 213-229.

A.R. Neerhof, *Het geschil voorbij* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Jaap Polak, 'Rechtsvorming bij en dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014 (1), p. 15-19.
J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrecht spraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.
J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (oratie), Tilburg University 2013.
De Poorter 2014a: Jurgen de Poorter, 'Wetgever en rechter: rechtsvorming in een open en vruchtbare dialoog', *NJB* 2014 (1), p. 6-11.
De Poorter 2014b: J.C.A. de Poorter, 'De verhouding tussen rechter en wetgever', in: J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 114-115.
J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechtshof. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015 (2).

Sofia Ranchordás, 'Publiekrecht in beweging: sharing economy op zoek naar innovatieve regulering en rechtsvinding', in: *Rechtsvinding en de evolutie van het recht*, Zutphen: Paris 2014.
A.M.P. Rijpkema, *Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid*, Deventer: Kluwer 2013.

- Rieneke Roorda, 'Homelessness and Access to Justice in the Netherlands', in: G.J. Vonk & A. Tollenaar, *Homelessness and the law*, Nijmegen: Wolf legal publishers 2014, p. 215-218.
- M. Scheltema, 'Bestuursrecht: is het bestuur wetgever in eigen zaak?', in: W.F. de Gaay Formtan (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982, p. 131-143.
- M. Scheltema, 'Het starre gelijkheidsbeginsel', *Staatscourant* 26 februari 2004.
- M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011.
- B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- I. Sewandono, 'Maatwerkvoorzieningen Wmo 2015', *NJB* 2013 (41), p. 2864-2870.
- T. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
- T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter en het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.
- R. Stijnen, 'De betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders van financiële instellingen door de AFM en DNB', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2007 (1/2), p. 13-26.
- P.G. Swanborn, *Case-study's*, Amsterdam/Meppel: Boom 2003, p. 38 e.v.
- A. Tollenaar & G.J. Vonk, 'Maatwerk, ontschotting en versobering: uitdagingen voor het bestuur (srecht)', in: H. Bosselaar & G.J. Vonk, *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 42-56.
- M. Tuynman, C. Muusse & M. Planije, *Opvang landelijk toegankelijk?*, Utrecht: Trimbos-instituut 2013.
- K.A. van der Veen, *Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf legal publishers 2011.
- L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters', in: *Toezicht (preadviezen NJV)*, Kluwer: Deventer 2005.
- M.F. Vermaat, 'Maatwerk in het Wetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning 2015', *NJB* 2014 (20), p. 1374-1379.
- J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000 (1), p. 1-5.
- Rob Widdershoven, 'Over de verantwoording van geheim rechterlijk overleg', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter, *Op tegenspraak (Damen-bundel)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 265-296.
- R.K. Yin. *Case study research. Design and methods*, Sage: Thousand Oaks 2003.