



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een grotere rol van de wetenschap bij conclusies en uitspraken van de grote kamer

van den Brink, J.E.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van den Brink, J. E. (2023). Een grotere rol van de wetenschap bij conclusies en uitspraken van de grote kamer. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2023(2), 69-71. Article 43. https://new.navigator.nl/document/id4301e498e03848f2804acc75be4a9440?ctx=WKNL_CSL_86

General rights

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), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Een grotere rol van de wetenschap bij conclusies en uitspraken van de grote kamer

NTB 2023/43

In deze bijdrage ga ik in op de rol van de wetenschap bij conclusies van staatsraden advocaat-generaal en uitspraken van de grote kamer. Vier punten komen aan bod:

1. Wat doet de rechtswetenschap eigenlijk met die conclusies en uitspraken van de grote kamer?
2. Heeft de rechtswetenschap ook invloed op de onderwerpen die daarin aan bod komen?
3. Is de rechtswetenschap altijd enthousiast over conclusies en grote kamer-uitspraken?
4. Zou de rechtswetenschap meer invloed moeten krijgen op de keuze voor een conclusieonderwerp en de inhoud van een conclusie?

1. Wat doet de rechtswetenschap eigenlijk met die conclusies en uitspraken van de grote kamer?

Wanneer je op legal intelligence zoekt op “conclusie” in combinatie met “staatsraad advocaat-generaal” dan levert dat behoorlijk wat hits op. Hetzelfde geldt voor de trefwoorden “grote kamer” en “conclusie”. Zo zijn naar aanleiding van de conclusie over de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel² en de daaropvolgende *Harderwijk*-uitspraak³ veel bijdragen geschreven. Zonder anderen te kort te willen doen denk ik bijvoorbeeld aan het artikel van Raymond Schlössels in *JBPlus*⁴ en het artikel van Herman Bröring in *Ars Aequi*.⁵ Om ook het aanstormend talent niet onbenoemd te laten, wijs ik ook op de mooie annotatie van Melanie van Zanten in de *AB*.⁶ Ook de al wat oudere conclusies over het beginsel van gelijke kansen,⁷ het bestuursorgaanbegrip,⁸ het

vertrouwensbeginsel⁹ en de exceptieve toetsing¹⁰ hebben veel aandacht gekregen van de bestuursrechtwetenschap. Verder is over de conclusie in algemene zin zelfs een *liber amicorum* verschenen, namelijk dat van Jaap Polak,¹¹ lopen er verschillende promotieonderzoeken die nauw aansluiten bij een verschenen conclusie¹² en heeft de VAR een afzonderlijke bijeenkomst gewijd aan de *Harderwijk*-uitspraak.¹³ Dit alles rechtvaardigt de conclusie dat conclusies en uitspraken van de grote kamer inspiratie bieden aan bestuursrechtwetenschappers en dat zich dat ook vertaalt in wetenschappelijke output. Dat betekent dat een conclusie het debat over een bepaald bestuursrechtelijk onderwerp in de literatuur stimuleert. Overigens krijgen de conclusies en grote kameruitspraken ook een plek in ons bestuursrechtelijke onderwijs. Met grote regelmaat krijgen studenten conclusies voorgeschoteld om daarop te reflecteren,¹⁴ waarbij hun eerste reacties meestal is ... wat zijn die conclusies lang.

2. Heeft de rechtswetenschap ook invloed op de onderwerpen die daarin aan bod komen?

De genoemde voorbeelden zouden de indruk kunnen wekken dat de bestuursrechtwetenschap vooral reageert op de conclusies en de uitspraken van de grote kamer. Ook dit jubileumfeest wordt door de hoogste bestuursrechters georganiseerd en niet door de wetenschap. Toch is die indruk onjuist. De wetenschap heeft wel degelijk ook een agenderende functie. Vaak volgen conclusies en uitspraken van de

1 Prof. mr. J.E. (Jacobine) van den Brink is hoogleraar Bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam.
 2 Conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.
 3 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten, *JB* 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels, *USZ* 2022/76, m.nt. L.M. Koenraad & J. Riphagen.
 4 R.J.N. Schlössels, ‘De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon?’, *JBPlus* 2022, p. 43-58.
 5 Herman Bröring, ‘Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur’, *AA* 2022, p. 755-765.
 6 *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten.
 7 Conclusie van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 en de daaropvolgende uitspraak van de grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, *JB* 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans, *BR* 2017/5, m.nt. C.A.H. van de Sanden (*speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie hierover bijvoorbeeld C.J. Wolswinkel, ‘Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen’, *JBPlus* 2017/1.
 8 Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260 en de daaropvolgende uitspraken van de Afdeling van 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB* 2015/129, m.nt. Hans Peters en ECLI:NL:RVS:2014:3394, *AB* 2015/130, m.nt. Hans Peters. Zie hierover bijvoorbeeld N. Jak, ‘De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt’, *JBPlus* 2015/2.

9 Conclusie van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896 en de daaropvolgende uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, *AB* 2019/302, m.nt. L.J.A. Damen, *JB* 2019/124 (*Amsterdamse dakopbouw*). Zie hierover bijvoorbeeld L.J.A. Damen & T. Groot, ‘Bij het vertrouwensbeginsel van de uitzendleer naar de aankomstleer’, *JBPlus* 2019/3.
 10 Conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 en de daaropvolgende uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019, *AB* 2019/463, m.nt. M. van Zanten, *JB* 2019/151, m.nt. B. Kaya, *USZ* 2019/284, m.nt. L.M. Koenraad. Zie hierover bijvoorbeeld A. van Gijssel & J.P. Heinrich, ‘Toetsing van regelgeving aan rechtsbeginselen: een logische ‘nieuwe stap in de queeste naar balans in de Trias’, *JBPlus* 2018, p. 13-25.
 11 M. Bosma, B.J. van Etekoven, O. van Loon, H.G. Lubberdink, J.C.A. de Poorter & B.J. Schueler (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.
 12 Bijvoorbeeld Manon Hermans, ‘Het b-organbegrip als systeembegrip’ (Radboud universiteit), Melanie van Zanten, ‘Evenredigheid en de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften vanuit rechtsvergelijkend perspectief’ (Universiteit Utrecht), Wybrand van der Meulen, ‘Reguleren met de meldingsplicht’ (Rijksuniversiteit Groningen), en Chantal van Mill, ‘Toetsing van herstelsancties door de bestuursrechter’ (UvA). Bron: ‘Promotieonderzoek bestuursrecht: de stand van zaken per 11 november 2022’, *NTB* 2022, p. 625-635.
 13 Digitale studiemiddag op 18 februari 2022. Zie hierover Elsemarie Adriaanse, ‘Hoe anders wordt het bestuursrecht na de 2/2/22-uitspraken over het evenredigheidsbeginsel?’, *NTB* 2022, p. 230-234.
 14 Zo heeft de UvA in het collegejaar 2021/2022 in het bachelorvak Bestuursrecht de al genoemde conclusie van Wattel & Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel voorgeschreven. Inmiddels is deze conclusie ingeruild voor de *Harderwijk*-uitspraak.

grote kamer op het wetenschappelijk debat dat gaande is. Dit blijkt ook uit de indrukwekkende notenapparaten bij de conclusies. Zo kan het verzoek om een conclusie over het bestuursorgaanbegrip en de daarop volgende 17-september-uitspraken niet los worden gezien van het preadvies dat Sjoerd Zijlstra in 2008 schreef over *Privaat bestuur*¹⁵ en de kritische AB-annotaties van Hans Peters.¹⁶ De vraag om een conclusie over het beginsel van gelijke kansen en transparantie is duidelijk geïnspireerd vanuit de proefschriften van Annemarie Drahmman,¹⁷ Johan Wolswinkel¹⁸ en Anoeska Buijze.¹⁹ De VAR-preadviezen van Damen en Kortmann over het vertrouwensbeginsel uit 2018²⁰ hebben zeker geholpen om een conclusie over het vertrouwensbeginsel te vragen. En, sommige rechtswetenschappers moeten iets langer geduld hebben, maar ik ga ervan uit dat – naast de kinderopvangtoeslagaffaire – ook het proefschrift van Adrienne de Moor²¹ een rol heeft gespeeld bij de beslissing om een conclusie over het evenredigheidsbeginsel te vragen. Je wetenschappelijke carrière in het bestuursrecht is dus pas geslaagd als een van je publicaties heeft geleid tot een conclusie en een uitspraak van de grote kamer. Hoe dan ook, het helpt in ieder geval om je impactfactor te vergroten, het nieuwe toverwoord aan de universiteit.²²

3. Is de rechtswetenschap altijd enthousiast over conclusies?

Uit eigen ervaring kan ik zeggen: nee. Een voorbeeld biedt de conclusie over het bestuursorgaanbegrip.²³ De herijkte criteria om te bepalen of sprake is van een buitenwettelijk b-bestuursorgaan betekenen vooral een routekaart voor overheden om bij de verstrekking van publiek geld aan maatschappelijke projecten onder rechtsstatelijke waarborgen uit te komen. Zo staat in de conclusie van 23 juni 2014 terloops te lezen dat aan het financiële vereiste niet is voldaan als het achterliggende a-bestuursorgaan het publiek geld aan de private entiteit verstrekt in de vorm van een lening.²⁴ Hoewel de 17-september-uitspraken²⁵ hieraan

geen aandacht besteden, zien we in de praktijk de tendens dat a-bestuursorganen die privaatrechtelijke entiteiten willen inzetten bij de verstrekking van publiek geld, aan deze entiteiten een lening verstrekken.²⁶ Zo wordt voorkomen dat aan het financiële vereiste wordt voldaan. Vanuit rechtseenheid en rechtsvorming zijn de conclusie over het bestuursorgaanbegrip en de daaropvolgende grote kamer-uitspraken wellicht toe te juichen, maar qua rechtsbescherming is de burger er in ieder geval niet op vooruitgegaan. Die kan nog maar zelden terecht bij de bestuursrechter als hij het oneens is met het weigeren van publiek geld door een privaatrechtelijke entiteit.²⁷ Hoewel dit in de literatuur al vele malen aan de orde is gesteld,²⁸ heeft dat tot nu toe niet tot verandering geleid. In de categorie #durftvragen: is het misschien zo dat als eenmaal een conclusie en een uitspraak van de grote kamer zijn geweest, het lastiger is om daarop terug te komen? Ook als de rechtswetenschap concludeert dat een in een grote kamer-uitspraak gekozen aanvliegroute grote nadelen kent of niet werkt? Het effect van conclusies en grote kamer-uitspraken zou dan zijn dat de invloed van de rechtswetenschap op de rechtsontwikkeling afneemt.

Dit brengt mij bij het laatste punt.

4. Zou de rechtswetenschap meer invloed moeten krijgen op de keuze voor een conclusieonderwerp en de inhoud van een conclusie?

De gedachte zou kunnen zijn dat de bestuursrechtwetenschap voldoende invloed heeft. Het is immers altijd mogelijk om een wetenschappelijk artikel te schrijven en daarin te concluderen dat een conclusie en een uitspraak van de grote kamer noodzakelijk zijn, of te reflecteren op de inhoud van een conclusie. Maar, als de hoogste bestuursrechters daadwerkelijk behoefte zouden hebben aan input vanuit de

15 S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur*, Preadviezen VAR, 's-Gravenhage: BJU 2008, p. 7-93.

16 Zie bijvoorbeeld AB 2010/221 (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen), AB 2009/247 (Stichting Waarborgfonds Kinderopvang) en AB 2006/21 (Free record shop).

17 A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

18 A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, 's-Hertogenbosch: BOXPRESS 2013.

19 C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

20 L.J.A. Damen, 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief of raakt hij lost in translation?' en C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma. Hoe het recht kan bijdragen aan een betrouwbare overheid', beiden in: *Vertrouwen in de overheid* (Preadviezen VAR 2018), Den Haag: Boom juridisch 2018.

21 A. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europese perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

22 Zie bijvoorbeeld <https://impact.nwo.nl/>.

23 Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

24 Conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, p. 43.

25 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. Hans Peters en ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. Hans Peters.

26 Een voorbeeld biedt de corona-overbruggingslening die werd verstrekt door de regionale ontwikkelingsmaatschappijen. Zie hierover J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: J.P. Loof, J. Korzelius, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd* (Preadviezen VAR 2021), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-338, p. 192 en ook Y. Habicht, *De Nationale ombudsman & rechtsbeschermingsproblematiek rond ontstatelijking. Een onderzoek naar privaatrechtelijke vormgeving coronasteun*, <https://www.njb.nl/blogs/privaatrechtelijke-corona-steun-en-rechtsbescherming/>.

27 Zie hierover J.A.F. Peters, 'De teloorgang van de publieke-taakjurisprudentie. Over het dilemma tussen legaliteit en rechtsbescherming', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 369-382.

28 Zie bijvoorbeeld W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016, p. 387-392, J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016, p. 2888-2897, W. den Ouden & N.H. van Amerongen, 'Het bestuursorgaan-begrip voorbij', in: H.G. Lubberdink, B.J. Schueler, M. Bosma, O. van Loon, B.J. van Ettehoven & J.C.A. de Poorter (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-152. L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële rechtsgrondslag behoeft', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2018, p. 124-136, p. 131, J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel "subsidiere-laties" niet of nauwelijks normeert', in: T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-223.

rechtswetenschap – ik hoop vandaag ook te leren of dat inderdaad zo is – dan kan ik efficiëntere methoden bedenken dan het schrijven van een wetenschappelijk artikel, waar de hoogste bestuursrechters dan ook op moeten stuiten.

Bijvoorbeeld een aangeklede ideeënbus in de vorm van een commissie waar door iedereen mogelijke conclusieonderwerpen kunnen worden gemeld, analoog aan de Commissie cassatie in het belang der wet,²⁹ of aan een jaarlijkse brainstormsessie waarin kan worden nagedacht over mogelijke onderwerpen die zich lenen voor een conclusie. Nu weet ik na wat googelen dat er een klankbordgroep rechtsvorming bestaat,³⁰ maar daarin hebben – zo vermoed ik want de precieze samenstelling kon ik niet terugvinden – slechts een handvol rechtswetenschappers zitting.

Een andere vraag is of de rechtswetenschap ook invloed zou moeten kunnen hebben op de *inhoud* van de conclusie. De conclusies worden weliswaar geschreven door deskundige staatsraden advocaten-generaal ondersteund door een heel goed team – ik wil daar niets aan afdoen – maar zij zijn niet per se de experts op het desbetreffende conclusieonderwerp. Uiteraard worden publicaties van experts betrokken bij het schrijven van de conclusies, maar het is goed mogelijk dat relevant onderzoek nog niet is gepubliceerd. Bovendien geldt dat ook rechtswetenschappers keuzes moeten maken; je kunt nu eenmaal niet over elk onderwerp een wetenschappelijke bijdrage schrijven. In de wetenschappelijke literatuur zijn dan ook zeker niet alle opvattingen terug te vinden.

Mijn vraag is daarom: wat zou er op tegen zijn om de rechtswetenschap op een transparante wijze te betrekken bij de totstandkoming van de conclusie? Er zou in de eerste plaats kunnen worden gewerkt met een ontwerp-conclusie waarop de rechtswetenschap kan reageren (vergelijkbaar met de consultatie over wetgeving).

Er zou in de tweede plaats aan de rechtswetenschap een open vraag kunnen worden gesteld (vergelijkbaar met het inschakelen van *amicus curiae*)³¹³² en ten slotte zou een oproep kunnen worden gedaan aan de rechtswetenschap om te reageren op een uitgebrachte conclusie, zodat die reactie kan worden meegenomen bij de daaropvolgende grote kamer-uitspraak. Conclusies en de uitspraken van de grote kamer kunnen zo op een transparante wijze worden verrijkt met de beschikbare wetenschappelijke kennis, zonder dat dit afhankelijk is van een toevallige wetenschappelijke publicatie. De transparante werkwijze zorgt er verder voor dat *iedere* rechtswetenschapper laagdrempelig kan meedenken. Niet alleen de *usual suspects* komen dus aan bod, met als resultaat een meer gevarieerde wetenschappelijke reactie op (aanstaande) conclusies. Een wetwijziging is voor dit alles niet noodzakelijk. Alle door mij genoemde varianten passen prima binnen het kader van artikel 8:12b Awb.

Mooie bijvangst voor de hoogste bestuursrechter is dat meer handen en voeten wordt gegeven aan de dialoog met de rechtswetenschap (volgens de Afdeling zelf een van de uit de Kinderopvangtoeslagaffaire getrokken lessen voor de toekomst)³³ en voor de rechtswetenschapper dat de impact van zijn onderzoek wordt vergroot. Een win-winsituatie dus!

29 <https://www.hogeraad.nl/over-ons/bijzondere-taken-hoge-raad-procureur-generaal/cassatie-belang-wet/commissie-cassatie/>.

30 <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2016/bestuursrechter/bewaken-rechtspraak-en-bevorderen-rechtsontwikkeling/klankbordgroep-rechtsvorming-bestuursrecht/> en <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2015/bestuursrechter/bewaken-rechtspraak-en-bevorderen-rechtsontwikkeling/klankbordgroep-rechtsvorming-bestuursrecht/>.

31 Op grond van artikel 8:12b Awb. Zie over *amicus curiae* I.S. Ouweland, 'De *amicus curiae* en de bijzondere kamer; nieuwe manieren voor de bestuursrechter om deskundigen in de procedure te betrekken', *NTB* 2022, p. 148-158, Manon Hermans, 'Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters. Een analyse', *NJB* 2021, p. 894-901, T. Barkhuysen & N. Jak, 'De *amicus curiae* in het bestuursrecht wettelijk verankerd: experimenteren maar!', *NTB* 2020, p. 367-373, R. Stolk, Y. Schuurmans & J. Esser, 'De *amicus curiae*: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2019, p. 9-19 en J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd. Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak*, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (september 2018), J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de *amicus curiae* voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de *amicus curiae* in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015, p. 40-49. In december 2022 is opnieuw om input van meedenkers gevraagd. Zie: <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/december/meedenkers-vleermuizen-spuuwmuren/>.

32 Het is al wel voorgekomen dat de staatsraad advocaat-generaal bij het schrijven van een conclusie is gevraagd om reacties van *amicus curiae* in dezelfde zaak te betrekken bij het schrijven van de conclusie. Zie de conclusie van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249 over de bestuurlijke waarschuwing. Zie hierover ook T. Barkhuysen & N. Jak, 'De *amicus curiae* in het bestuursrecht wettelijk verankerd: experimenteren maar!', *NTB* 2020, p. 367-373, p. 371.

33 Raad van State, *Kinderopvangtoeslagzaken – Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, november 2021, p. 9.