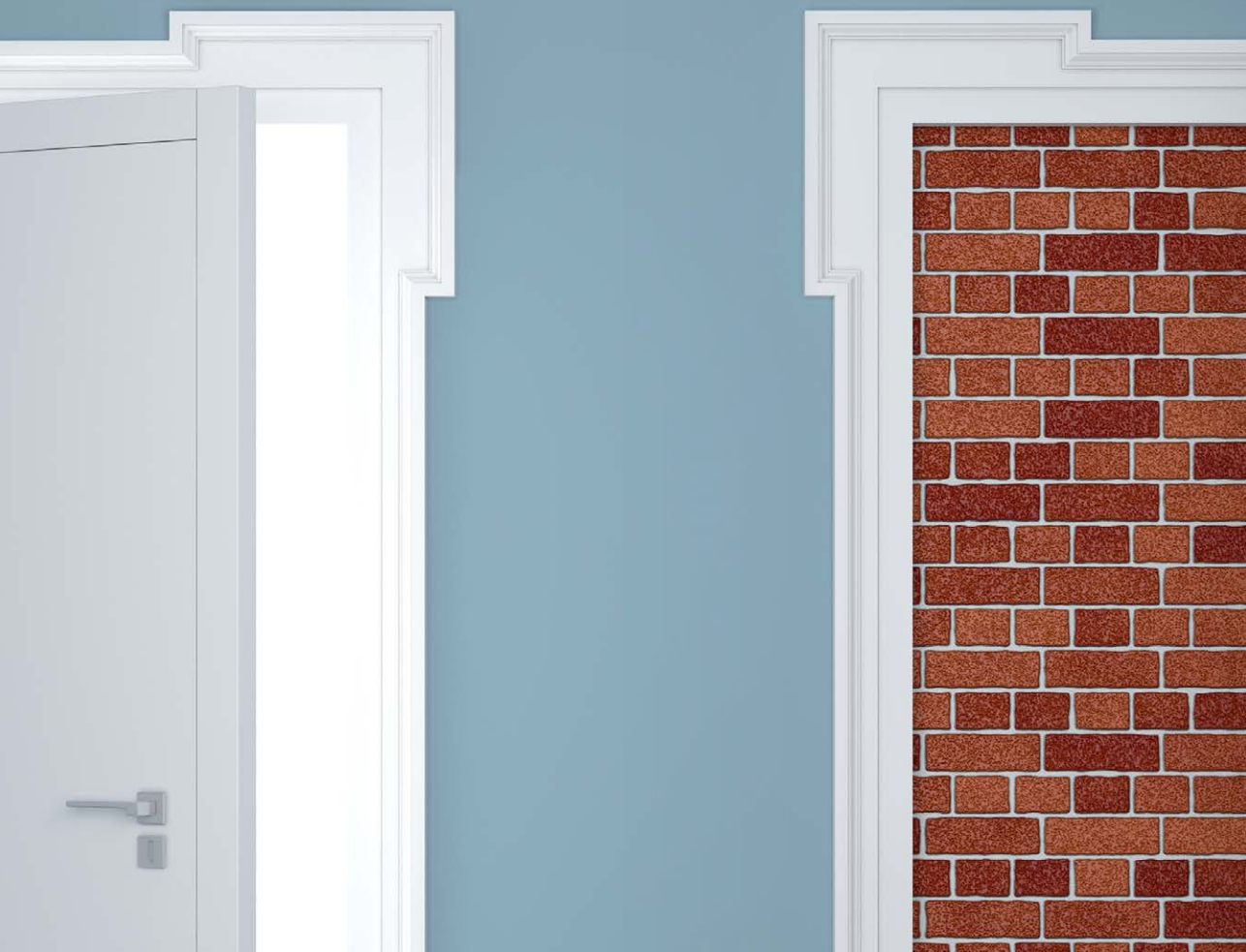


PROF. MR. DR. COEN MODDERMAN

Open kaart spelen in het bestuursrecht





Open Universiteit

PROF. MR. DR. COEN MODDERMAN

Open kaart spelen in het bestuursrecht

© Coen Modderman | 2024

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior permission of the publisher.

Deze pdf bevat de tekst van de oratie *Open kaart spelen in het bestuursrecht* (14 juni 2024, Heerlen). Een veel uitgebreidere versie, ook voorzien van voetnoten en een volledige bronvermelding, verschijnt enkele maanden later in boekvorm bij Boom juridisch in de reeks Binnenlands Bestuur en Decentralisatie.

Redactie: Annelies van Eck, Open Universiteit
Ontwerp en opmaak: Marco Smeets, Open Universiteit

Open kaart spelen in het bestuursrecht

Rede

Uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van
hoogleraar Recht in de decentrale overheden aan de Open Universiteit

op vrijdag 14 juni 2024

door prof. mr. dr. C.B. Modderman

Geachte rector, geachte toehoorders,

Vandaag ga ik het hebben over open kaart spelen in het bestuursrecht, oftewel het prijsgeven van regels, achterliggende regels, details en nuances in bestuursrechtelijke regelgeving – met name ga ik in op de Algemene wet bestuursrecht – en in documenten in en over individuele bestuursrechtelijke zaken, zoals beschikkingen, correspondentie van bestuursorganen of gerechten, bestuurlijke rechtsoordelen et cetera. Hierna spreek ik, voor het spreek- en luistergemak, overigens vooral van bepalingen en brieven.

Het doel bij dat prijsgeven is om de toegankelijkheid van die bepalingen en brieven en de rechtszekerheid te vergroten, met name voor mensen die geen juridische kennis of bijstand hebben. Op diverse plekken in het bestuursrecht, zo zal ik betogen, bestaat in dit licht enige ruimte voor verbetering. Ik wil dit alles in vier delen met u bespreken.

1. Eerst concreet, aan de hand van een specifieke bestuursrechtelijke kwestie.
2. Vervolgens meer abstract, over deze idee zelf.
3. Daarna verder verkennend: welke bestuursrechtelijke kwesties komen voorts in aanmerking voor meer open kaart spelen?
4. En tot slot: wat zijn de belangrijkste aandachtspunten bij open kaart spelen, gezien hetgeen in deel 1 tot en met 3 aan bod is gekomen?

Deel 1. De pro forma-mogelijkheid

Vorig jaar heb ik een klein empirisch onderzoek verricht, verschenen als bijdrage in het *Nederlands Juristenblad*, getiteld: 'Open kaart spelen. Pro forma-bezwaar en -beroep vermelden in rechtsmiddelenverwijzingen'.

Rechtsmiddelenverwijzingen zijn kort gezegd stukjes tekst in appellabele besluiten waarin staat hoe je die besluiten kan aanvechten in bezwaar of bij de bestuursrechter. Van de Algemene wet bestuursrecht moet daarin staan *door wie, binnen welke termijn en bij welke instantie* je in bezwaar of beroep kan. Dat staat in artikel 3:45 en 6:23 Awb. Het gaat om belangrijke informatie, want de meeste mensen zullen dit natuurlijk niet zelf weten of gemakkelijk uit het bestuursrecht kunnen opmaken. In de praktijk kom je rechtsmiddelenverwijzingen in allerlei soorten en maten tegen. Soms wordt bijvoorbeeld onverplicht wat extra informatie verstrekt, zoals het eisenlijstje van artikel 6:5 Awb, waaraan een bezwaar- of beroepschrift moet voldoen: een handtekening, de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het betreffende besluit en de bezwaar- dan wel beroepsgronden. Wat ik nooit tegenkwam in mijn 'juridische praktijkjaren' voordat ik bij de Open Universiteit aan de slag ging, was dat gewezen werd op de pro forma-mogelijkheid. En bovendien was mijn beeld dat als deze pro forma-mogelijkheid werd benut, dit eigenlijk altijd door juristen werd gedaan.

Deze mogelijkheid houdt simpel gesteld in dat je binnen de termijn voor het maken van bezwaar of beroep, niet reeds de bezwaar- of beroepsgronden hoeft aan te leveren. Van artikel 6:6 Awb moet de indiener die niet meteen al aan de eisen van artikel 6:5 voldoet, waaronder dus de eis van het aanleveren van de gronden, namelijk de gelegenheid krijgen het verzuim binnen een te stellen termijn te herstellen alvorens het bestuursorgaan het bezwaar of beroep niet-ontvankelijk kan verklaren. Door een bezwaar- of beroepschrift zonder gronden – 'pro forma' – aan te leveren, bewerkstellig je derhalve dat je extra tijd wint voor de onderbouwing van je zaak.

Verheij schreef in 2016 in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* dat deze mogelijkheid ooit bedoeld was als tegemoetkoming aan niet-juridisch geschoolde burgers, maar dat in de praktijk "niet die arme burgers, maar juist advocaten en andere professionele rechtshulpverleners" dit trucje toepassen, "vrijwel altijd".

Deze observatie van Verheij betrof de fase bij de bestuursrechter. Ik wilde eens nader bezien hoe dit alles in de bezwaarfase zat, gelet op mijn beeld en het door Verheij gestelde. Ik vroeg de secretarissen van vier gemeentelijke bezwaarschriftencommissies om enkele vragen te beantwoorden over elk van de laatste twintig bij de gemeente aangespannen bezwaarprocedures. Kort weergegeven volgde hieruit dat in nul van de tachtig gevallen in de rechtsmiddelenverwijzing van het primaire besluit was gewezen op de pro forma-mogelijkheid.

Tevens bleek:

- In 17% van de tachtig gevallen was pro forma-bezwaar gemaakt door een jurist.
- In 4% was pro forma-bezwaar gemaakt zonder jurist.
- In 9% was er wel een jurist en geen pro forma-bezwaar.
- En in 70% van de procedures was er geen pro forma-bezwaar en geen jurist.

Wat meer uitgesplitst betekent dit dat van de gevallen waarin pro forma in bezwaar is gegaan, dit in 82% met jurist was en in 18% van de zaken zonder. En in 89% van de zaken zonder pro forma-bezwaar was er geen jurist. Andersom gezien: in de procedures met betrokkenheid van een jurist werd in twee derde van de zaken de pro forma-mogelijkheid benut. Van deze zaken zonder jurist werd dit slechts in 5% van de gevallen gedaan.

Dit lijkt dus behoorlijk aan te sluiten bij het beeld dat juristen de mogelijkheid vaak benutten en burgers zonder juridische kennis of bijstand vrijwel niet.

Advocaat-generaal Widdershoven schrijft, in zijn tijdens het verrichten van dit onderzoek verschenen artikel 6:11 Awb-conclusie, dat burgers zonder rechtsbijstand doorgaans niet op de hoogte zijn van de pro forma-mogelijkheid en dat rechters zouden kunnen bepalen dat deze mogelijkheid moet worden opgenomen in rechtsmiddelenverwijzingen, om “de ongelijkheid tussen burgers met en zonder professionele rechtsbijstand enigszins te mitigeren”. In de erop volgende uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven werd dit punt evenwel niet overgenomen, omdat de betreffende Awb-bepalingen daar niet de grondslag voor zouden bieden.

Aan die wettelijke grondslag wordt gewerkt. In de consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb is deze kwestie namelijk wel opgepakt: aan deze Awb-artikelen over rechtsmiddelenverwijzingen zou worden toegevoegd dat daarin wordt gewezen op de pro forma-mogelijkheid. Zo is het mogelijk om op een laagdrempelige manier tijdig in bezwaar of beroep te gaan en creëer je een “meer gelijke uitgangspositie”, aangezien het in de praktijk “vooral professionele, vaker procederende partijen” zijn die de pro forma-mogelijkheid kennen, aldus de memorie van toelichting.

In de juridische literatuur zijn er zowel voor- als tegenstanders van deze pro forma-mogelijkheid zelf. Wat mij betreft is het goed om de kwestie van het al dan niet open kaart spelen over deze mogelijkheid, als die nu eenmaal bestaat, daarvan te onderscheiden.

Je zou hierover open kaart moeten spelen in zowel de Awb – middels een verduidelijking van artikel 6:5 en 6:6 in dit opzicht – als rechtsmiddelenverwijzingen, via artikel 3:45 en 6:23 Awb. Zoals Marseille e.a. in het *Nederlands Juristenblad* over onder meer dit punt uit de consultatieversie stellen, weten belanghebbenden door die aanvullende informatie beter waar ze aan toe zijn. En dat is precies waar ik het vandaag met u over wil hebben: nauwkeuriger en vollediger en daarmee duidelijker worden in bestuursrechtelijke bepalingen en brieven, zodat betrokkenen beter weten waar zij aan toe zijn – oftewel: meer open kaart spelen.

Deel 2. Open kaart spelen

Het gaat mij om het meer prijsgeven van regels, achterliggende regels, details en nuances in bestuursrechtelijke bepalingen en brieven, om de toegankelijkheid en rechtszekerheid te vergroten, met name voor mensen die geen juridische kennis of bijstand hebben. En dan zeker als het hun rechtsbeschermingsmogelijkheden betreft. Het gaat mij er hierbij dus niet zozeer om hoe het bestuursrecht inhoudelijk in elkaar zou moeten steken, maar om hoe je – gegeven die inhoud – daarover communiceert als wetgevende en uitvoerende macht.

Naast ter vergroting van rechtszekerheid, in de zin van voorspelbaarheid en duidelijkheid voor burgers over het recht en hun rechtspositie, kan het meer open kaart spelen ook positief zijn voor het enigszins mitigeren van de ongelijkheid tussen burgers met en zonder professionele rechtshulp en een bescheiden steentje bijdragen aan de bredere ontwikkeling naar, kort gezegd, burgervriendelijker bestuursrecht. Zoals Ortlep, Den Ouden, Schuurmans e.a. een decennium geleden schreven: “Het verzamelen van specifieke normen in de Awb biedt de niet-ingewijden in het bestuursrecht de mogelijkheid om eenvoudiger de rechtspositie te bepalen.”

De Aanwijzingen voor de regelgeving – door Van Ommeren “de ‘Bijbel’ voor de wetgevingsambtenaar” genoemd – schrijven voor dat bepalingen beknopt moeten worden geformuleerd. Veel Awb-bepalingen en in bepaalde opzichten de Awb zelf, voldoen daaraan: kort, beknopt en stellig. Dat *lijkt* duidelijk. Je kan hier echter vraagtekens bij zetten, wanneer dit wordt bewerkstelligd:

- door het onvermeld laten van belangrijke zaken, zoals mogelijkheden, waarborgen en risico’s in bestuursrechtelijke kwesties, zeker wanneer die aan de rechtsbescherming van burgers raken;
- door onterechte stelligheid, middels het verzwijgen van nuances en details;
- door hele regels of beginselen te negeren; en/of
- door een compacte doch ingewikkelde regelgevingspuzzel te creëren.

Beknopen en korte bepalingen zijn bovendien allicht mooier dan specifiekere, preciezere bepalingen, maar de Awb is geen kunstwerk en de functionaliteit zou leidend moeten zijn, niet de vorm. *Form Follows Function*, stelden Ippel en Marseille onlangs mijns inziens heel terecht. Voor de meeste mensen zal gelden dat zij wel kunnen *lezen* wat wel in een wetsartikel staat en *niet* kunnen *raden* wat er niet staat.

Met dit alles wil ik geenszins afdoen aan twee ontwikkelingen die enigszins met open kaart spelen samenhangen: het belang van het gebruik van begrijpelijke taal en het reduceren van juridische complexiteit.

1. *Begrijpelijke taal*. Terecht is er veel aandacht voor het hanteren van begrijpelijke, klare taal en teksten bij regelgeving, uitvoering en rechtspraak. Meer open kaart spelen kan leiden tot het opnemen van meer en gedetailleerde informatie in be-

stuursrechtelijke bepalingen en brieven. Denk terug aan deel 1 over de aanvulling van de Awb en rechtsmiddelenverwijzingen. Taalgebruik wordt dan een extra groot aandachtspunt, want het risico op het onverhoopt onduidelijkheid en ontoegankelijkheid incorporeren, ligt dan op de loer.

2. *Complexiteitsreductie*. De noodklok over de complexiteit van het recht wordt ferm geluid, bijvoorbeeld door de Stuurgroep Staat van de Uitvoering, de secretarissen-generaal van de ministeries en bestuurders van uitvoeringsorganisaties. Het reduceren van complexiteit en open kaart spelen zouden parallelle ontwikkelingen moeten zijn: waar mogelijk en verantwoord reduceer je complexiteit en waar onmogelijk en/of onwenselijk doe je dit niet en speel je open kaart over die complexiteit. Meer open kaart spelen kan dan tekstueel en ogenschijnlijk tot een toename van complexiteit leiden. Van een werkelijke toename van complexiteit is evenwel geen sprake, omdat je louter prijsgeeft wat toch al bestond.

Wie heeft wat aan open kaart spelen?

In de eerste plaats de burger, zeker wanneer diegene geen juridische expertise of bijstand heeft. Door het bestuursrecht vollediger in bepalingen en brieven te vermelden, weet men beter waar men aan toe is. Zo kan je de ongelijkheid mitigeren tussen burgers met en zonder juridische bijstand en de ongelijkheid tussen burger en bestuur in bestuursrechtelijke procedures wat compenseren.

Bereik je dat wel met het opnemen van meer regels, details en nuances in bepalingen en brieven? Een hoogleraar bestuursrecht van een zusterfaculteit mailde mij naar aanleiding van een bespreking waarin wij het onder andere over deze oratie hadden: "Spannend onderwerp voor de oratie. Het spannende zit vooral in het antwoord op de vraag of je door dingen nog uitvoeriger uitwerken de burger gaat bereiken." Dit is een terecht punt, zeker voor wat betreft wetgeving.

Ippel en Scheltema stellen in hun VAR-preadvies: "De redenering dat wetkennis de burger aan rechtszekerheid kan helpen, is ook op een abstract, meer theoretisch niveau niet meer vol te houden. Wetten zijn, zeker in de huidige tijd, veel te ingewikkeld om door een niet-jurist goed begrepen te worden." Als je de burger slechts in sterk beperkte mate via bestuursrechtelijke wetgeving kan bereiken of helpen, dan beperkt dat de toegevoegde waarde van open kaart spelen daarin eveneens sterk.

Het lijkt me daarom belangrijk om meer open kaart spelen in wetgeving zo veel mogelijk gepaard te laten gaan met open kaart spelen in directe communicatie. Denk aan het voorbeeld uit deel 1 over de pro forma-mogelijkheid: niet alleen de Awb zelf verduidelijken, maar eveneens via de Awb verduidelijking van de communicatie in rechtsmiddelenverwijzingen voorschrijven. Straks in deel 3 volgen meer voorbeelden.

Verder is het goed om breder te kijken naar voor wie open kaart spelen in bepalingen en brieven nuttig kan zijn. In de woorden van Gerards is het voor "iedereen die met bestuurshandelen bezig is of ermee in aanraking komt" van belang "dat zij weten aan welke eisen en normen dat bestuurshandelen moet voldoen".

Illustraties daarvan:

- Ten eerste niet-bestuursrechtexperts die aan overheidszijde bij besluitvorming betrokken zijn. Bij centrale en decentrale overheden lopen allerlei bestuursrechtexperts rond. Het kan evenwel sterk verschillen per overheidsorganisatie bij welke zaaktypes, en per zaaktype in welke procesfase, die expertise ingezet wordt.
- Naast aan ambtenaren die betrokken zijn bij concrete zaken, kan je in dit licht denken aan de schrijvers van algemene informatie en voorlichting vanuit overheidsorganisaties – brochures, rapporten, webpagina's et cetera. Cramwinckel schreef in haar fiscaalrechtelijke proefschrift: "De wetgever dient zich te realiseren dat de kwaliteit van voorlichting is gerelateerd aan de kwaliteit van de wet". Een Awb-bepaling waarin onvoldoende open kaart wordt gespeeld, kan tekortschietende of te stellig geformuleerde voorlichting over de bestuursrechtelijke materie in kwestie voortbrengen. In deel 3 geef ik hiervan enkele voorbeelden.
- Dan zijn er buiten de overheid nog allerlei betrokkenen voor wie open kaart spelen van toegevoegde waarde kan zijn, zoals door burgers ingeschakelde adviseurs, of mediators tussen bestuur en burger. Zij kunnen immers bestuursrechtexperts zijn, maar kunnen tevens andere of allround juristen zijn, of personen met een andere, niet-juridische expertise.
- Tot slot een 'groep' waar mijn collega Passchier mij onlangs op attendeerde: computers. Steeds meer wetgeving wordt door de overheid uitgevoerd met gebruikmaking van ICT. Computers en ICT-systemen hebben moeite met niet-concrete normen. Een computer kan bijvoorbeeld moeilijk overweg met een open norm als 'redelijke termijn' en het is daarom prettig dat deze norm door de wetgever in artikel 4:13 Awb tot acht weken is geconcretiseerd, aldus Lokin in haar preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving.

Afweging vereist

Open kaart spelen kan naast voordelen ook nadelen hebben. Of in een concreet geval tot meer open kaart spelen zou moeten worden overgegaan, vergt een afweging daartussen. Ik zal, in aanvulling op het voorgaande, voor- en nadelen schetsen. Dit alles vormt dan een open-kaart-spelen-afwegingskader.

Een belangrijke bron hierbij is een artikel van Gerards uit 2010, getiteld 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie'. Hoewel dit stuk ziet op al dan niet codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, is mijns inziens veel van wat erin wordt aangegeven relevant voor al dan niet open kaart spelen.

Nadelen

- Het gedetailleerder vastleggen dan wel überhaupt vastleggen van bestuursrecht in bepalingen van de Awb of andere regelgeving, kan zorgen voor rigiditeit. Zeker als de betreffende bestuursrechtelijke materie in ontwikkeling is, kan die rechtsontwikkeling door open kaart spelen belemmerd worden.
- Veel details en technische kwesties opnemen in een wet als de Awb, kan afleiden van de meer fundamentele beginselen en principes. Overigens zou dat wat mij betreft geen reden moeten zijn om dan maar geen open kaart te spelen, maar zou

dit een extra reden kunnen vormen om, gelijk Schlössels al eens voorstelde, beginselen van behoorlijk bestuur en richtinggevende beginselen en uitgangspunten van het bestuursprocesrecht prominenter in de Awb te positioneren.

- Tevens kan een poging tot open kaart spelen mislukken, resulterend in een bepaling die inhoudelijk alsnog onvoldoende duidelijk is. Wetgeving biedt nu eenmaal minder ruimte voor details, nuances en precisie dan rechterlijke uitspraken. Ook een risico is als gezegd het onverhoopt incorporeren van onduidelijke taal en tekst.
- Een risico is voorts dat het gedetailleerder maken van regels kan leiden tot een houding bij uitvoerders van die regels dat alleen hoeft te worden gedaan wat er staat en verder niks. Mijn collega Ortlep sprak in dit licht eens van 'luiheid van denken'. Dat zou de dienstbaarheid van het bestuur zeker niet ten goede komen.
- Tot slot kan open kaart spelen meer en/of uitgebreidere procedures tot gevolg hebben, en daarmee mogelijk hogere uitvoeringslasten en kosten voor de gemeenschap. Overigens zou je naar mijn mening procedures niet moeten willen voorkomen of inperken door betrokkenen in het duister te laten over hun toegang en mogelijkheden. Daarenboven kan open kaart spelen eveneens bepaalde procedures voorkomen.

Voordelen

Naast hetgeen hiervoor al aan bod kwam, zoals het vergroten van toegankelijkheid en rechtszekerheid en het mitigeren van ongelijkheid, zijn er meer positieve kanten te belichten. Het open kaart spelen door het wettelijk verankeren van regels, details en nuances die in de rechtspraak of elders zijn ontwikkeld, voorziet die van een democratisch stempel. Die opname kan – als keerzijde van rigiditeit – bovendien bestendigheid aan eenmaal in een wet vastgelegde materie geven. Verder is het efficiënt als degenen die met het bestuursrecht te maken hebben – inclusief de wel-ingewijden – de inhoud ervan meer in Awb-bepalingen of elders in regelgeving kunnen terugvinden. Dat kan check- en zoektijd schelen in parlementaire geschiedenis, jurisprudentie, literatuur et cetera.

Deel 3. Verkenning

Op welke punten zou je nog meer open kaart kunnen spelen? In dit derde deel van de oratie zullen, in het verlengde van deel 1 en ter inkleuring van het in abstracto besprokene in deel 2, diverse andere onderdelen van het bestuursrecht in dit licht worden verkend.

Nadere stukken

In bezwaarprocedures en bij de bestuursrechter kan je zogenoemde ‘nadere stukken’ indienen over je zaak. De Awb stelt hier een ogenschijnlijk harde, duidelijke deadline voor: *tot tien dagen voor het horen respectievelijk de zitting*, aldus de eerste leden van artikel 7:4 en 8:58. Uit jurisprudentie volgt echter – zoals vorig jaar overzichtelijk in kaart gebracht door Van Moorsel en Copier in het *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* – dat eigenlijk veel soepeler met deze bepalingen wordt omgegaan, zeker voor wat betreft artikel 7:4.

De tiendagetermijn van artikel 7:4 wordt namelijk, gezien de door artikel 7:11 Awb voorgeschreven heroverweging, vrijwel helemaal losgelaten. Zo zei de Raad van Bestuur van het UWV over dit artikel in reactie op de pre-consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb: “De termijn van 10 dagen wordt door ons nauwelijks aangehouden. Partijen kunnen op het moment van de hoorzitting en/of daarna aanvullende stukken aan ons verstrekken waar rekening mee wordt gehouden bij de uitkomst van de bezwaarprocedure.”

Bij artikel 8:58 speelt die termijn een wat grotere rol, zij het dat ook hierbij stukken die ‘te laat’ zijn, alsnog kunnen worden toegelaten, zolang zij overzichtelijk en niet te complex of omvangrijk zijn. Stukken die ‘tijdig’ worden ingediend kunnen alsnog geweigerd worden, waarbij relevant is of die redelijkerwijs al eerder hadden kunnen worden ingediend en of de andere partijen, gezien de omvang en inhoud ervan, adequaat hebben kunnen reageren. Van veel betekenis hierbij is het beginsel van goede procesorde. Tekenend is dat in een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een passage over artikel 8:58 de tiendagetermijn niet aan bod komt, maar dit beginsel wel: “Ook na afloop van de beroepstermijn (...) kunnen gelet op artikel 8:58 van de Awb, nadere argumenten, nadere gegevens of nadere stukken, ter onderbouwing van een eerdere beroepsgrond worden ingediend, tenzij dat in strijd is met een goede procesorde.”

Een burger zonder juridische kennis en bijstand en die misschien wat minder assertief is – denk aan de triple A van Damen –, zal wellicht vanwege deze Awb-bepalingen een week van tevoren het indienen van een niet zo omvangrijk nader stuk achterwege laten, terwijl dit op basis van de jurisprudentie nog best had gekund.

In de eerste leden van de artikelen 7:4 en 8:58 Awb zou meer open kaart gespeeld kunnen worden over de niet-hardheid van deze termijnen. Aan de betrokken burger zou deze accurater gemaakte informatie rechtstreeks gecommuniceerd worden. In het derde lid van artikel 7:4 en het tweede lid van artikel 8:58 is immers bepaald dat in de uitnodiging voor

het horen respectievelijk de zitting van de bestuursrechter, op het eerste lid moet worden gewezen. Ook bij deze materie is dus een combinatie mogelijk van open kaart spelen in de wet én in directe communicatie.

Hetgeen ik eerder opmerkte over stellige of tekortschietende wetgeving die stellige of tekortschietende voorlichting kan voortbrengen, is hier bovendien aan de orde. Op de website van de Raad van State staat: "Tot tien dagen vóór de rechtszitting kunnen u en de andere partijen in uw zaak nog stukken indienen. (...) Deze termijn wordt strikt gehanteerd." En in een brochure van het ministerie van Justitie en Veiligheid, over bezwaar nota bene: "U kunt voor het horen gegevens of bewijsstukken bij het bestuursorgaan afgeven of er naar toe sturen. Die gegevens of bewijsstukken moeten wel uiterlijk tien dagen voor het horen door het bestuursorgaan zijn ontvangen."

Rechtsmiddelenverwijzingen

Naast de pro forma-mogelijkheid zou over meer zaken open kaart kunnen worden gespeeld in rechtsmiddelenverwijzingen. In de consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb wordt het vermelden van de datum waarop de bezwaar- of beroepstermijn eindigt genoemd, alsmede het aangeven dat niet-tijdigheid kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring. Je zou verder kunnen denken aan verplichte opname van de eisen genoemd in artikel 6:5 Awb, van informatie betreffende de mogelijkheid van een verzoek om een voorlopige voorziening of, wanneer een besluit uit meerdere onderdelen in de zin van artikel 6:13 Awb bestaat, waar relevant van informatie over deze onderdelen en de consequenties daarvan qua procedurele mogelijkheden op het vlak van rechtsbescherming. Bij dit laatste zullen duidelijkheid en het gebruik van klare taal flinke aandachtspunten zijn.

Onderdelentrichter

Mijns inziens is het opmerkelijk hoe weinig open kaart in het zojuist genoemde artikel 6:13 Awb zelf wordt gespeeld over de zogenoemde 'onderdelentrichter'. Het woord onderdeel of onderdelen komt in dit artikel niet voor, maar toch hebben we het in het bestuursrecht in het licht van deze bepaling over zo'n trechter en die kan van groot belang zijn voor iemands rechtsbeschermingsmogelijkheden.

Dit deel van het bestuursrecht is overigens in ontwikkeling. Anderhalve maand geleden nog publiceerde de Tweede Kamer een rapport van Buijze en Backes, waarin zij de aanbeveling doen om ofwel artikel 6:13 over de hele linie af te schaffen, ofwel een artikellid eraan toe te voegen waarin Aarhus-besluiten van dat artikel worden uitgesloten. Het is afwachten hoe het bestuursrecht zich op dit punt gaat ontwikkelen. Echter, áls de onderdelentrichter in het Nederlandse bestuursrecht een toekomst heeft, dan lijkt het mij in elk geval goed om hierover in de wet open kaart te spelen. En dus ook, zoals hiervoor opgemerkt, daar waar de trechter aan de orde is, in de betreffende rechtsmiddelenverwijzingen.

Bestuurlijk rechtsoordeel

Bestuurlijke rechtsoordelen worden in sommige, uitzonderlijke gevallen, ondanks het ontbreken van rechtsgevolg, omwille van rechtsbescherming gelijkgesteld met een besluit. “Daarvoor is in ieder geval vereist dat het voor de betrokkenen onevenredig bezwarend is om het geschil over de interpretatie van de rechtsregels via een beroepsprocedure over een daadwerkelijk besluit bij de bestuursrechter aan de orde te stellen”, aldus een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2023.

De Awb vermeldt dit hele fenomeen niet. De wetgever zou hierover open kaart kunnen spelen, met eventueel zelfs een regeling van een soort van ‘voorwaardelijke rechtsmiddelenverwijzing’, waarin dan dat onevenredig-bezwarend-criterium terugkomt. Je kan je zeer wel afvragen of het open kaart spelen over het bestuursrecht op dit punt niet tot meer onduidelijkheid zal leiden dan het aan toegankelijkheid en rechtszekerheid, zo het dat al zou doen, zou opleveren.

Heroverweging in bezwaar

“Indien het bezwaar ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit plaats”, luidt artikel 7:11, eerste lid, Awb. Een korte en bondige bepaling, waarin mijns inziens geen open kaart wordt gespeeld over allerlei regels die erachter schuilgaan, zoals het in beginsel ‘ex nunc’ toetsen, de kwestie van ‘ultra petita’ gaan en het zogenoemde verbod van ‘reformatio in peius’.

Die laatste regel houdt bijvoorbeeld in dat een bezwaarschrift niet mag leiden tot een verslechtering van de positie van de bezwaarmaker als uitkomst van de heroverweging door het bestuursorgaan. Op dit verbod geldt een uitzondering, namelijk wanneer de verslechtering van de positie van de bezwaarmaker tevens los van de bezwaarprocedure mogelijk was geweest. En op deze uitzondering geldt een uitzondering: dit is slechts aanvaardbaar als de belanghebbende niet is geschaad qua verweermogelijkheden, want anders moet de nadelige wijziging los van de bezwaarprocedure worden bewerkstelligd. In jurisprudentie is overigens het schaden van de verweermogelijkheden wel gepasseerd met artikel 6:22 Awb, omdat diegene in de beroepsfase alsnog heeft kunnen reageren. In welke situatie zit je dan? Het met artikel 6:22 passeren van het gebrek dat dan aan de orde is omdat de uitzondering op de uitzondering op een hoofdregel opgaat, waarbij het zo is dat zelfs die hoofdregel al niet expliciet in de wet staat.

Wederom wil ik een voorbeeld bespreken van hoe een tekortschietend wetsartikel voor tekortschietende voorlichting kan zorgen. In het rapport *Rechtsbescherming van mensen met een beperking* van het College voor de Rechten van de Mens uit 2022, wordt opgemerkt: “Voor bezwaarprocedures is het verbod van *reformatio in peius* belangrijk: dat je er nooit slechter van mag worden als je bezwaar maakt tegen een besluit van een bestuursorgaan en dat daar waarborgen voor bestaan.”

Echter, je kan met een bezwaar wel degelijk slapende honden wakker maken en dankzij die uitzondering op het verbod slechter uit de bezwaarprocedure komen. De geruststel-

ling die in deze passage wordt geboden is dus misleidend en riskant, en ik vraag mij af of het voorgaande ook zo was opgeschreven als het verbod van reformatio in peius, inclusief uitzondering, duidelijk in de Awb zou staan.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Een bekende kwestie in dit licht is dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet volledig gecodificeerd zijn. In het *Nederlands Juristenblad* wierp Barkhuysen de wat mij betreft terechte vraag op: "Hoe kenbaar zijn niet gecodificeerde algemene beginselen (...) voor niet bestuursrechtelijk geschoolde overheidsmedewerkers en burgers?" Nog een ander vraagstuk is, zoals onder verwijzing naar Schlössels al aangekaart, dat de beginselen sterker zouden kunnen worden gepositioneerd in de Awb.

De structuur van de Awb en andere regelgeving

Naast specifieke bepalingen kan de structuur van regelgeving interessant zijn in het licht van open kaart spelen. Regelgeving kan soms zo vormgegeven zijn dat die relatief compact en in bepaalde opzichten voor de wel-ingewijden in het bestuursrecht handzaam is, maar dat er tegelijk een behoorlijke puzzel is gecreëerd: een verspreiding van op één geval toepasselijke normen over veel verschillende algemene en/of bijzondere regelgeving, gelaagdheid in een wet zelf, schakelbepalingen, verwijzingen, soms zelfs verwijzingen naar bepalingen met verwijzingen... Van Dam schreef eens: "veel wetten ogen als bouwwerken, waar de toegankelijkheid en het gebruiksgemak ondergeschikt zijn aan de bouwkundige efficiëntie." Zou je niet open kaart moeten spelen en deze rangschikking omdraaien? Zo'n puzzel kan namelijk zeer complex worden en uit veel stukjes bestaan. Gierveld wees er vorig jaar op dat in de circa 600 artikelen van de Omgevingswet, de verwijzing "bedoeld in artikel" maar liefst 580 keer voorkomt. Schlössels omschrijft deze wet dan ook als een "complexe, naar binnen gekeerde en ronduit ontoegankelijke beleidswet". Ook op andere wetten bestaat dergelijke kritiek. Bruijn en Brouwer noemen de Opiumwet een labyrint en Van Dam en Rogier de Awb een doolhof.

Er valt veel meer te zeggen, maar... het is tijd om af te ronden.

Deel 4. Slotbeschouwing

Een gebrek aan open kaart spelen kan zich voordoen wanneer sprake is van misleidende stelligheid, misleidende korthed, onvolledigheid, te globale formuleringen, gebrekkige verplichtingen tot informatievoorziening en ingewikkelde constructies binnen en tussen wetten. Voorbeelden hiervan zijn de revue gepasseerd. Geschetst is welke voor- en nadelen aan het meer open kaart spelen verbonden kunnen zijn en voor wie open kaart spelen allemaal nuttig zou kunnen zijn.

Naar mijn mening zijn gelet op dit alles de belangrijkste vragen die beantwoording behoeven bij de afweging om wel of geen open kaart te spelen de volgende.

- Algemeen: zou in het betreffende geval open kaart spelen betekenen dat men – in het bijzonder een burger zonder juridische kennis of bijstand – beter weet waar men aan toe is?
- Rechtsontwikkeling: is de betreffende materie in ontwikkeling en zou die ontwikkeling worden verstoord door open kaart spelen?
- Daarmee samenhangend – rigiditeit: zorgt opname van regels, details, en nuances voor ongewenste starheid in die materie?
- Rechtsbescherming: is de rechtsbescherming in het geding en zou over de toegang daartoe en/of mogelijkheden daarbinnen meer duidelijkheid worden geschapen?
- Vorm en duidelijkheid: leent het geval zich voor open kaart spelen op een zinnige manier, dat wil zeggen met als eindresultaat een qua inhoud, tekst en vorm heldere bepaling met een duidelijke betekenis?
- Balans beginselen-details: hoe staat het met de balans tussen beginselen en principes enerzijds en details en nuances over mogelijk technische, procedurele kwesties anderzijds? Door meer open kaart spelen kan er extra reden zijn om in de Awb een prominenter plek te geven aan beginselen en principes.

Tot slot: de Aanwijzingen voor de regelgeving kwamen eerder in deze oratie al even aan bod. Hoofdstuk 3 daarvan, genaamd 'Aspecten van vormgeving', opent met aanwijzing 3.1. Deze draagt als naam 'Beknoptheid' en luidt: "Bepalingen worden beknopt geformuleerd." En in de toelichting op deze aanwijzing staat onder meer: "Indien bij het ontwerpen van een bepaling een sluitende, maar ingewikkelde formulering is gevonden, dient steeds te worden nagegaan of het niet eenvoudiger kan. Ook dient men bedacht te zijn op het weglaten van overbodige woorden."

Gelet op het belang van het, in bepaalde gevallen en onder de juiste voorwaarden, open kaart spelen in het bestuursrecht, stel ik voor om hiervan het volgende te maken:

Aanwijzing 3.1. Beknoptheid en volledigheid

Bepalingen worden beknopt geformuleerd, maar zonder belangrijke informatie weg te laten.

Toelichting

Bepalingen moeten zo eenvoudig en beknopt mogelijk worden geformuleerd. Dit streven naar eenvoud en beknoptheid mag echter niet leiden tot bepalingen waarin belangrijke delen van de te regelen materie ontbreken – zeker wanneer de rechtsbescherming van de burger in het geding is (zie ook aanwijzing 2.21, onderdeel d). Gewaakt moet worden tegen eenvoud en beknoptheid die te zeer ten koste gaan van rechtszekerheid, toegankelijkheid en duidelijkheid.

Dankwoord

(...)

Ik draag deze oratie op aan mijn vader, Leo Modderman.

Ik heb gezegd.

