

# Verslag van het symposium van de Raad van State op 12 november 2009

Motivering bij rechtsvorming

## Colofon

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzenijter, Waddinxveen

Illustratie: Ed van Brummen, Zevenhuizen

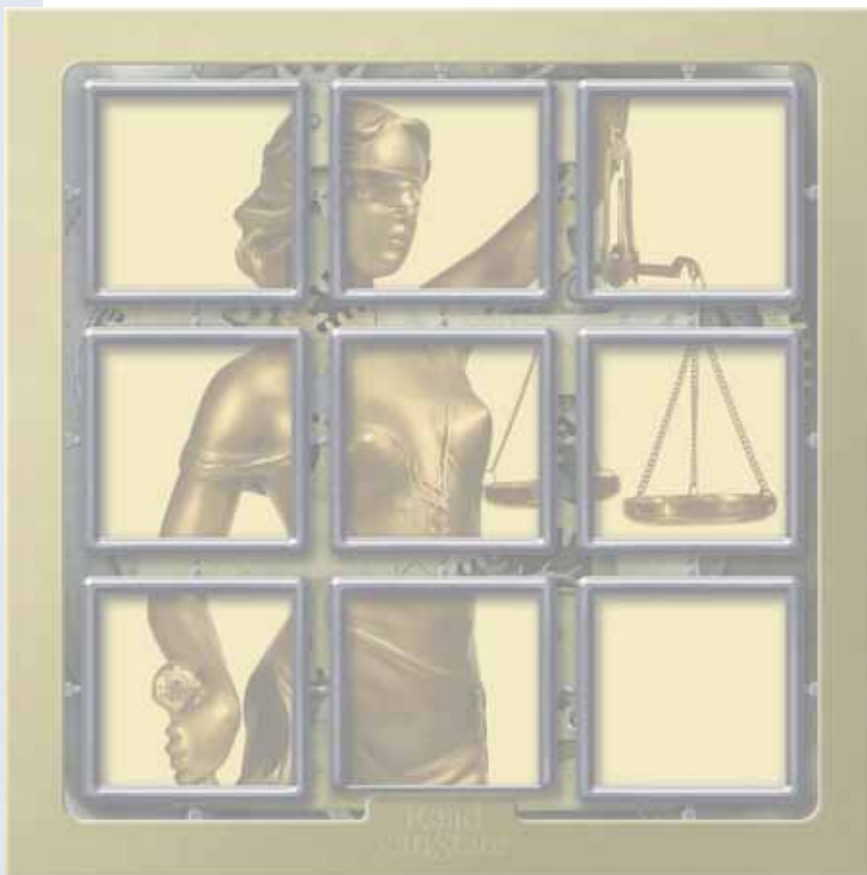
Druk: OBT bv, Leiden

© 2010 Raad van State, Den Haag

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad van State (Postbus 20019, 2500 EA Den Haag).

# Inhoudsopgave

<b>Welkomstwoord</b>	<b>7</b>
<i>door staatsraad mr. P. van Dijk, Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak</i>	
<b>Inleiding door de dagvoorzitter</b>	<b>13</b>
<i>door staatsraad mr. M. Schreuder-Vlasblom</i>	
<b>Inleiding van het dagthema</b>	<b>21</b>
<i>door prof. dr. W. van Gerven, emeritus-hoogleraar aan de K.U. Leuven</i>	
<b>Opzet en uitvoering van het onderzoek naar motivering bij rechtsvorming</b>	<b>33</b>
<i>door mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen</i>	
<b>Uitkomsten van het onderzoek naar motivering bij rechtsvorming</b>	<b>43</b>
<i>door mr. dr. J.C.A. de Poorter</i>	
<b>Verslag van de discussie</b>	<b>55</b>
<i>door mr. J. Kleijne</i>	
<b>Bijlage: lijst van deelnemers</b>	<b>63</b>



## Welkomstwoord

door staatsraad mr. P. van Dijk,  
Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak

## Welkomstwoord

Geachte heer Van Gerven, geachte genodigden, dames en heren collega's,

Mede namens de Vice-President van de Raad van State heet ik u van harte welkom op, naar ik hoop, de eerste van een reeks door de Afdeling bestuursrechtspraak te organiseren conferenties voor bestuursrechters.

Vorige week heeft de jaarlijkse samenkomst in het kader van de zogenaamde 'permanente educatie' plaatsgevonden met leden van de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechterlijke colleges. Daar is gediscussieerd over enkele aspecten van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht die om nadere afstemming vragen met de jurisprudentie van de strafkamer en belastingkamer van de Hoge Raad. Ook nu weer bleek dat dit soort bijeenkomsten tussen rechters buitengewoon nuttig te zijn, vooral wanneer deze een vervolg krijgen in concrete afspraken in, in dit geval, het Extern Voorzittersoverleg.

Daarnaast is er bepaald ook behoefte aan informatie-uitwisseling en discussie-bijeenkomsten waaraan ook leden van de rechtbanken deelnemen, omdat het ook van groot belang is te bevorderen dat de rechters in eerste aanleg en in appel binnen de grenzen van ieders taak en verantwoordelijkheid gemeenschappelijke juridische vraagstukken en praktische problemen bespreken ten behoeve van hun functioneren en ter bevordering van de kwaliteit van de eigen en elkaars uitspraken. Het gaat bij rechtspraak in meer instanties uiteraard niet om een uitsluitend top down proces, maar om een goede samenwerking met ruimte voor dialoog.

Over de kwaliteit van uitspraken gaat het vandaag, want de motivering van uitspraken is bij uitstek een kwaliteitsaspect. Uit reacties vanuit de rechtbanken - soms beleefd en constructief, soms wat minder vriendelijk en minder genuanceerd, maar altijd tot nadenken stemmend -, uit klantwaarderingsonderzoek, ook niet altijd tot vrolijkheid maar wel tot zelfreflectie stemmend, uit annotaties, altijd aanleiding gevend tot bezinning en soms tot irritatie, en uit de media - een nadere kwalificatie laat ik achterwege, want ook als rechter mag je je niet aan generalisaties schuldig maken - wordt de Afdeling voortdurend aan dit kwaliteitsaspect herinnerd. Al leeft bij sommigen (nog steeds) het beeld van een Afdeling in een ivoren toren die iedere discussie en toelichting uit de weg gaat, zij neemt die signalen wel degelijk ter harte.

Na enkele jaren veel aandacht en energie te hebben gestoken in bekorting van de doorlooptijden en afdoeningstermijnen – want ook daarover bestond terechte kritiek – heeft de Afdeling de laatste jaren de motivering als speciaal aandachtspunt gekozen. Binnen enkele van de Kamers zijn kwaliteitslezers en evaluatiecommissies ingesteld en de Commissie bestuurs(proces)recht, onder voorzitterschap van de voorzitter van de hogerberoepkamer, heeft veel tijd en energie gestoken in de ontwikkeling van richtlijnen en criteria voor de motivering van uitspraken van de Afdeling. Ter voorbereiding en ondersteuning daarvan heb ik raadgever De Poorter en mevrouw Van Roosmalen van de afdeling Kennis en Onderzoek gevraagd een studie te verrichten, waarbij uitspraken van de Afdeling op de aard en kwaliteit van de motivering worden geanalyseerd en de betekenis, het doel en de methoden en modificaties van motivering van uitspraken worden beschreven. Dat rapport vormt vanmiddag het onderwerp van toelichting en bespreking, waarbij de beide auteurs, die alle lof verdienen voor de motivering en dus de kwaliteit van hun rapport, de resultaten van hun onderzoek zullen toelichten. Tot onze vreugde heeft prof. Van Gerven zich bereid verklaard vanuit zijn deskundigheid en brede persoonlijke ervaring zijn zienswijze over de problematiek van de motivering te geven.

In mijn *Ten Geleide* bij het vanmiddag in drukvorm te verschijnen rapport van De Poorter en Van Roosmalen heb ik gesteld dat naast het dictum de motivering het belangrijkste element vormt van een rechterlijke uitspraak. Met het dictum beslist de rechter over de tegen het bestreden bestuursbesluit, respectievelijk de appelrechter over de tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg ingebrachte gronden; met de motivering verantwoordt hij die beslissing voor partijen, voor de rechter in eerste aanleg en indirect ook tegenover de juridische kringen en de maatschappij als geheel. Hij gaat daartoe een dialoog aan met het oordeel van het bestuursorgaan respectievelijk de rechter, met aangedragen opvattingen van partijen, maar ook met eventuele oordelen die in andere zaken door andere rechterlijke colleges en in het juridische discours zijn gegeven.

Uiteraard hangen motivering en dictum ten nauwste met elkaar samen: de motivering moet de beslissing inzichtelijk en, voor zover mogelijk, voor alle partijen aanvaardbaar maken. De motivering dwingt de Afdeling er toe zich op ieder onderdeel van haar beoordeling van de geschilpunten en het toe te passen recht rekenschap te geven van de overtuigingskracht en toereikendheid ervan met het oog op de beslissing, stelt partijen in staat na te gaan op welke wijze en in welke mate de door hen aangedragen feiten en rechtsgronden in de beschouwing zijn betrokken, en verschaft de buitenwereld de mogelijkheid

inzicht te verkrijgen in en toezicht uit te oefenen op het functioneren van de rechtspraak en de ontwikkeling van de jurisprudentie. En - ik zeg dat in navolging van de Vice-President - een goede motivering reikt het bestuursorgaan in zich daarvoor lenende zaken ook handvatten aan voor de wijze van uitvoering van de beslissing in de voorliggende zaak en voor daaruit voor toekomstige zaken te trekken conclusies.

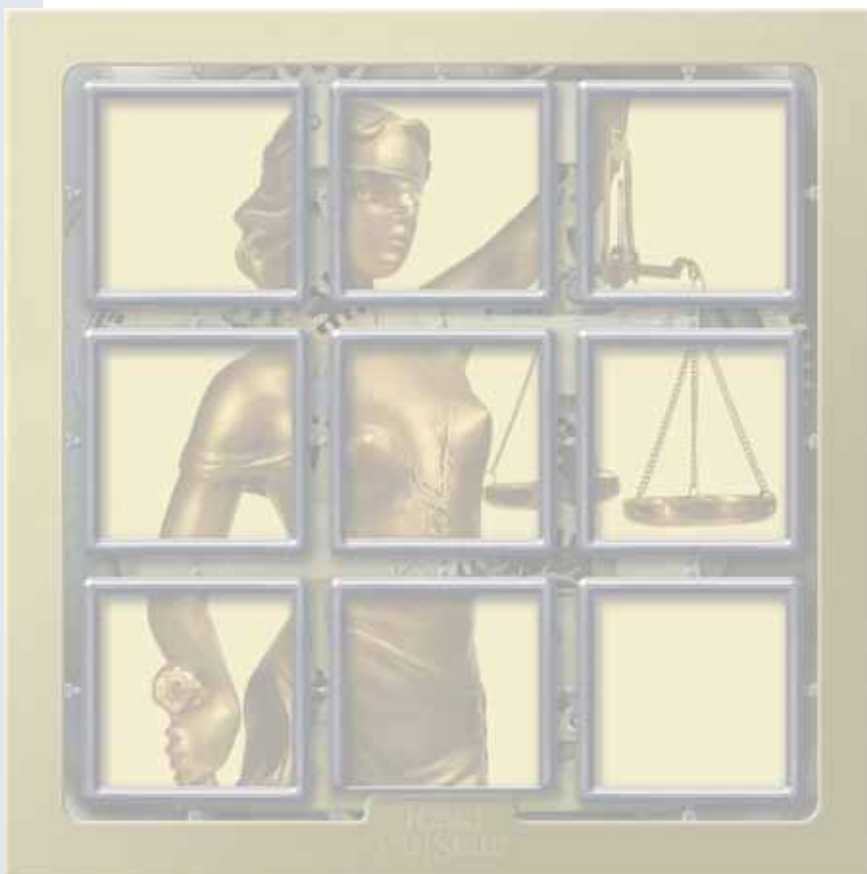
Het grote belang van de kwaliteit van de motivering vraagt van iedere rechter dat deze daarvoor speciale aandacht heeft. Dat begint bij het bestuderen en waar nodig laten aanvullen van het dossier, zet zich voort tijdens de zitting bij het luisteren naar de toelichting van standpunten en het eventueel vragen van nadere verduidelijking of informatie, en culmineert in raadkamer en bij de uiteindelijke vaststelling van de uitspraak. Het vraagt ook om speciale aandacht bij de organisatie van de werkzaamheden van de rechterlijke colleges, in de vorm van adequate ondersteuning, goede werkafspraken, de ontwikkeling van richtlijnen voor opzet en vormgeving van uitspraken, het creëren van vormen van intern en extern overleg en het bieden van ruimte voor interne en externe evaluaties.

Bij dit alles is van groot belang dat er overeenstemming bestaat over de aan de motivering te stellen eisen, ook afgewogen tegen andere kwaliteitseisen, zoals een kernachtige formulering en beslissing binnen een redelijke termijn. Dit kan vragen om differentiatie al naar gelang van de complexiteit van de feiten en het toepasselijke recht, of bijvoorbeeld afhankelijk van de vraag of met de uitspraak een eerder ingezette, goed gemotiveerde lijn wordt voortgezet.

Hierover zal nog veel discussie moeten worden gevoerd binnen de Afdeling, maar het is daarvoor en daarnaast van groot belang dat zij die discussie ook aangaat met andere bestuursrechters. Uw bereidheid daaraan deel te nemen stellen wij op hoge prijs. Ik hoop dat u de uitnodiging heeft opgevat als een erkenning van onze gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de bestuursrechtspraak.

Rest mij de leiding van onze discussie over te dragen aan de voorzitter van deze middag, staatsraad mevrouw Vlasblom. U allen weet maar al te goed dat zij al vele jaren naast een fantastische collega het juridische geweten van de Afdeling vormt. Zij is dan ook de aangewezen persoon om ons deze middag bij de hand, bij de les en bij onze verantwoordelijkheid te houden, zoals een rechtvaardige doch gestrenge rechter betaamt.

Een boeiende middag gewenst.



## Inleiding door de dagvoorzitter

door staatsraad mr. M. Schreuder-Vlasblom



## Inleiding door de dagvoorzitter

Dames en heren,

Zoals u uit de uitnodiging en uit de inleidende woorden van de voorzitter van de Afdeling al hebt vernomen, is dit symposium georganiseerd naar aanleiding van het onderzoek dat binnen de Afdeling is ingesteld naar de motivering van haar uitspraken in het bijzonder uitspraken die als rechtsvormend kunnen worden aangemerkt.

Dat onderzoek werd ingegeven door kritiek op de wijze waarop de Afdeling haar uitspraken motiveert. De bevindingen worden meegenomen in een interne evaluatie die gericht is op verbeteringen die aan de kritiek tegemoet zou kunnen komen.

Dat betekent echter niet dat de discussie vandaag beperkt zou moeten blijven tot de uitspraken van de Afdeling. De bijdrage waarmee prof. Van Gerven straks het debat zal openen, staat naar mijn verwachting borg voor een bredere optiek.

Omdat het ons niet beleefd leek de introductie van het thema geheel aan de gastspreker over te laten, heeft de voorzitter van de Afdeling al enige inleidende opmerkingen gemaakt en wil ik van mijn kant het thema nog wat nader toelichten. Het bestaat uit twee elementen: 'motivering' en 'rechtsvorming'.

Eerst iets over dat laatste element, mede naar aanleiding van het begin dit jaar door prof. Kortmann gehouden afscheidscollege *Staatsrecht en raison d'Etat* en de reacties daarop in o.a. *RM Themis*, *NJB* en *Ars Aequi*.

Kortmann bestrijdt onder verwijzing naar de Wet Algemene Bepalingen (Wet AB) dat de rechter een rechtsvormende taak heeft. Die aanduiding ontleent hij aan uitspraken van de Hoge Raad en wat daarover door 'Tilburgse civilisten' is geschreven, maar hij omschrijft haar in zijn rede zelf niet nader.

Wat betreft de Wet AB neem ik aan dat hij primair doelt op artikel 12: "Geen regter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijn beslissing onderworpen zijn".

Ik ga er met de meeste commentaren vanuit dat Kortmann de rechter niet wegzet als de mond van de wet en dat hij onderkent dat de rechter aan het bestaande stelsel van in concreto toepasselijke rechtsregels het nodige kan aan-, ver- en herbouwen.

Daarbij komt misschien enig belang toe aan het volgende artikel van de Wet AB. Dat artikel 13 bepaalt dat 'de regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, uit hoofde van regtsweigering kan worden vervolgd'.

De rechtsvraag is wat met 'voorwendsel' wordt bedoeld. Een smoes die niet gemeend kán zijn, omdat de wet naar zijn aard nooit zwijgt of duister en onvolledig is?

Uit de door Viola van Bogaert in haar dissertatie beschreven geschiedenis van de bepaling begrijp ik dat die strikte staatsrechtelijke visie bij sommige ontwerpers aanvankelijk wel voorzat, maar dat in de discussie de visie prevaleerde die aansloot op die van Portalis. Uiteindelijk is gekozen voor een vertaling van artikel 4 van de Code Napoleon. Dat artikel is in die Code opgenomen nadat het Tribunal de Cassation was overlopen door rechters die uit angst voor overtreding van het toen in Frankrijk geldende interpretatieverbod de meest futiele uitlegbeslissingen op toelaatbaarheid lieten toetsen. Aldus was gebleken dat het onderscheid tussen wetstoepassing en wetsinterpretatie niet goed te maken viel.

Ik denk dat daarom in artikel 13 bedoeld is dat de rechter wetgevend falen niet mag aanvoeren als excuus om geen op het recht gebaseerde beslissing te geven en dat hij voor het zwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet een oplossing in haar geest moet zien te vinden. Artikel 12 verbiedt hem uitspraken te doen die anderen dan partijen in de zaak die voorligt rechtstreeks binden, dus algemene rechtsnormen te scheppen die niet voortvloeien uit geldend recht, want aldus bindt de rechter direct anderen dan partijen.

Tussen de door artikel 12 van de Wet AB verboden rechtsvorming en de mond van de wet, ligt een scala van rechtsvindende interpretatietechnieken, die, naarmate de rechter zich een grotere vrijheid ten opzichte van de tekst en het bereik van geldende rechtsregels veroorlooft, als rechtsvorming kunnen worden aangemerkt. Dat is de rechtsvorming waarop het thema van dit symposium doelt. De vraag wanneer de rechter bij die rechtsvorming de grens overschrijdt die het verbod van artikel 12 van de Wet AB trekt, valt binnen dat thema.

Dan het element 'motivering'.

In het bestuursprocesrecht hebben we ons in het bijzonder de afgelopen 15 jaar, onder de werking van de Awb, ingeprent dat het de taak is van de rechter om aan hem voorgelegde concrete geschillen tussen partijen te beslechten, door daarin, bij voorkeur finaal, een die partijen bindende beslissing te geven. Rechterlijke macht, in functionele zin, is de macht om ad hoc bindend een geschil te beslissen. De legitimatie en verantwoording, die iedere machtsuitoefening vergt, zijn voor de rechtspraak - wegens de onafhankelijkheid van de rechter - in het bijzonder gelegen in de grondslag van zijn oordeel in het geldende recht en de als regel op hem rustende plicht zijn beslissingen vanuit die grondslag te motiveren. De motivering ziet dus, behalve op de vaststelling van betwiste feiten, op de wijze waarop de rechter het recht heeft uitgelegd en toegepast; ze maakt de rechtsvinding, soms de rechtsvorming, door de rechter naar buiten toe zichtbaar, evenals de overwegingen waarop zijn keuzen in zoverre gebaseerd zijn.

De gedachte achter het thema van dit symposium is dat, naarmate de uitspraak een rechtsvormend karakter heeft, aan de motivering daarvan zwaardere en mogelijk ook andere eisen moeten worden gesteld dan waar het gaat om een overwegend casuïstische uitspraak, waarin op goed voorspelbare wijze geldend recht wordt toegepast.

Wat betreft die *zwaardere* eisen lijkt wel duidelijk dat een rechtsvormende uitspraak, juist wegens de grotere autonomie ten opzichte van bekend geldend recht, een zwaardere wissel trekt op haar legitimatie. De motivering van de uitspraak zal duidelijk en vrij volledig inzicht moeten geven in de door de rechter gevolgde juridische redering en in die zin controleerbaar moeten zijn. De aldus weergegeven redenering zal bovendien voldoende overtuigingskracht moeten hebben. Daarmee bedoel ik niet dat ieder die er kennis van neemt, overtuigd moet worden van haar juistheid. In het algemeen, maar zeker waar ook andere oplossingen rechtens ook gekozen hadden kunnen worden, zou dat blijk geven van een veel te hoge, soms zelfs verkeerde ambitie. Ik denk echter wel dat zo'n uitspraak in brede kring als verdedigbaar moet kunnen worden aanvaard. Een van de vragen die in dat verband rijzen is of het dienstig is dat de rechter iets van de afweging van de argumenten niet alleen vóór maar ook tégen de door hem gemaakte keuze kenbaar maakt.

Wat betreft de *andere* eisen: de potentiële uitwerking van rechtsvormende uitspraken is breder; de rechter zal zich in zijn motivering niet alleen richten tot

partijen en andere direct betrokkenen, maar, over hun hoofden ook tot anderen. Enerzijds zijn dat 'ingevoerden', zoals u allen, andere rechterlijke colleges en anderen die op de een of andere manier bij de rechtsontwikkeling betrokken zijn. Anderzijds gaat het soms om de hele rechtsgemeenschap, overwegend niet-'ingevoerden'. Recent is gebleken dat daar rechterlijke uitspraken en beslissingen onrust kunnen veroorzaken, mogelijk omdat men een verkeerd beeld heeft van de taak van de rechter, mogelijk omdat de inhoud van de uitspraak niet juist is overgekomen, mogelijk ook omdat er soms wat afstand blijkt te zijn tussen rechterlijk oordeel en gevoelen in de samenleving. Dat kán riskant zijn, maar de vraag is of het altijd kan of moet worden vermeden en of de rechter dan in staat is met zijn motivering de afstand te beperken of te verkleinen.

Bij het bespreken van de kwalitatieve motiveringseisen die de onderzoekers hadden geformuleerd, in het bijzonder wat zij noemen 'de breedte van de motivering' trad nog een andere functie van de motivering naar voren. Het aanbevelen van een bredere, dat is meer dan casuïstische motivering valt in essentie op te vatten als de aanbeveling een meer rechtsvormende uitspraak te doen. Zo stapt men over van de wijze van motivering van rechtsvorming naar de vraag naar de mate van rechtsvorming zelf.

De *motivering* is de verantwoording, het inzichtelijk maken van rechtsvinding en rechtsvorming waarop de beslissing in raadkamer is gebaseerd.

De *mate van rechtsvorming* wordt bepaald door de merites van het voorliggende geschil, de stand van de rechtsontwikkeling, waaronder de beschikbaarheid van min of meer direct toepasbare rechtsregels, de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter en de behoefte van de rechtspraktijk. Ten opzichte van motiveringseisen is dat een achterliggende discussie, maar een scherpe scheiding valt niet te maken.

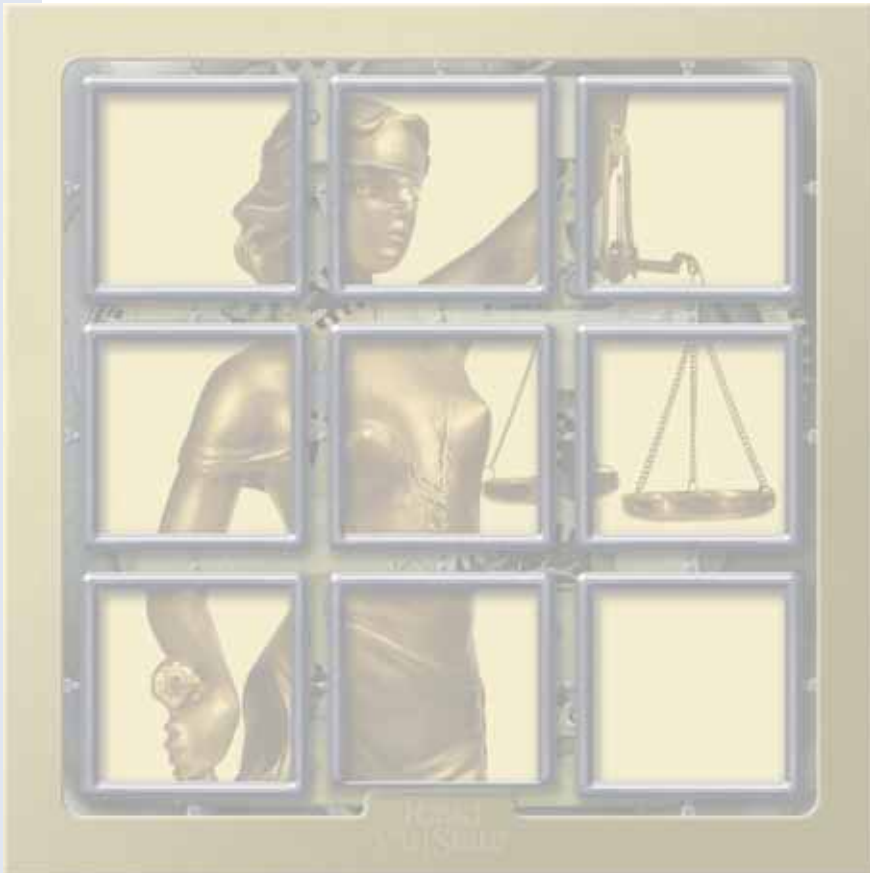
In de praktijk is er ook de bekende verstrengeling tussen oordeelsvorming en het uitschrijven daarvan. In het vlotte - eventueel gloedvol - gesproken woord kan iets overtuigender overkomen dan in de kille geschreven tekst en we kennen allen wel de wisselwerking tussen schrijven, lezen en voortschrijdend inzicht. Dus werken motiveringseisen op enigerlei wijze wel door in de rechtsvorming, zij het, denk ik, niet als richtpunten, maar als controlemiddelen.

Ik constateer dat het gekozen thema raakt aan de aard van de taak van de rechter, aan de grenzen van die taak en aan de werking en het gezag van zijn uitspraken.

Juist daarom heeft de Afdeling de kritiek op de motivering van haar uitspraken zeer serieus genomen en niet alleen een intern onderzoek geëntameerd, maar ook een symposium georganiseerd om met de rechtbanken, de broedercolleges, wetenschappelijke onderzoekers en andere betrokkenen van gedachten te wisselen. Wij stellen het zeer op prijs dat u op die uitnodiging bent ingegaan.

In het bijzonder stellen we het op prijs dat prof. Van Gerven bereid is om vanuit zijn wetenschappelijke achtergrond en met zijn kennis van en ervaring met – ook de Europese – rechtspraak het debat in te leiden.

Ik geef hem nu graag het woord.



## Inleiding van het dagthema

door prof. dr. W. van Gerven,  
emeritus-hoogleraar aan de K.U. Leuven

## Inleiding van het dagthema

Meer dan dertig jaar geleden, op 18 oktober 1976, had ik de eer en het genoegen te Zutphen, bij de ingebruikstelling van 'Huize van de Kastele' als opleidings- en studiecentrum voor de rechterlijke macht in Nederland, een lezing te houden in de Sint Walburgkerk te Zutphen over 'De taak van de rechter in een West-Europese democratie.'<sup>1</sup> Voortbouwend op hetzelfde thema hield ik een lezing, op 21 juni 1997, voor de Koninklijke Academie te Brussel over 'Creatieve rechtspraak'<sup>2</sup>, dit naar aanleiding van het zogenaamde *Spaghetti*-arrest van het Belgische Hof van cassatie geweest in de zaak van seriekindermoordenaar Dutroux. Het onderwerp laat me klaarblijkelijk niet los. Vandaag valt mij de eer te beurt om voor u een korte inleiding te houden over 'Motivering bij rechtsvorming'. Ik zou de tijd die mij is gegund, willen gebruiken om enige bedenkingen te maken over het onderwerp van vandaag. Vier thema's wil ik kort behandelen: de macht van de rechter, het beleid van de rechter, het brein van de rechter, en het gezag van de rechter.<sup>3</sup>

Vooraleer op deze thema's in te gaan en om u, als dit nodig mocht zijn, in de juiste stemming te brengen, wil ik een citaat voorlezen waarin de rechterlijke stijl wordt geschetst in drie verschillende Europese rechtsstelsels. Daaruit blijkt een wereld van verschil. Ik citeer:

"only in a common law system is it possible for a judge to say in his decision that '[t]he state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion' of meer prozaïsch "is it possible for a Law Lord to express himself on a delicate issue of 'wrongful life' in the following terms: "I have not consulted my fellow travellers on the London Underground but I am firmly of the view that an overwhelming number ... would answer the question [of whether damages for raising the child must be paid to the parents of a healthy born child] with an emphatic No'. By contrast, who would contradict the famous American judge

<sup>1</sup> Antwerpen-Deventer: Kluwer, 1977, p. 26.

<sup>2</sup> *Rechtskundig Weekblad (R.W.)*, 1997-98, p. 209-223.

<sup>3</sup> Dit jaar maakte ik deel uit van twee commissies van experts, een aangesteld door het Hof van Beroep te Brussel in de ook u welbekende 'Fortis'-zaak, een andere aangesteld door het Belgische federale parlement, naar aanleiding van dezelfde zaak, over de financiële crisis die het bank- en verzekering- wezen in België zoals elders in grote moeilijkheden heeft gebracht. Vandaar dat sommige van mijn beschouwingen tegen de achtergrond zijn geplaatst van de Fortis- (en de daaraan voorafgaande 'Generale Maatschappij'-) zaak.

Cardozo when he describes the decisional practice of German judges as 'march[ing] at times to pitiless conclusions under the prod of a remorseless logic which is supposed to leave no alternative'. And, as Cartesian as French judges may be, that does not show in the cryptic judgments of the Cour de cassation which, following the style of legislative pronouncements, expresses its opinion with a minimum of justification or explanation."

### **De macht van de rechter**

Wie eraan zou twifelen dat de rechter, bij gelegenheid, wel eens macht heeft, moge ik kort herinneren aan twee zaken waardoor ik de twee afgelopen decennia in contact ben gekomen met België's grootste holding, eerst in 1988, toen Fortis nog de Generale Maatschappij van België werd genoemd, en opnieuw in 2009 met de Fortis holding, dan (en tot voor kort) een Belgisch-Nederlandse holding. Beide keren kreeg ik te maken met de macht van een rechter in kort geding. In 1988 gebeurde dit als voorzitter van de Belgische Bankcommissie en in die hoedanigheid nauw betrokken bij het vijandige overnamebod dat op de holding werd uitgebracht door de Italiaanse zakenman De Benedetti. In het midden van de termijn van het overnameaanbod kwamen twee groepen 'witte ridders' de Generale ter hulp waarvan de eerste erin was geslaagd een aantal zakenmensen uit het Noorden en het Zuiden van het land, en van Europa, bereid te vinden om nieuw kapitaal te onderschrijven waardoor de aanval van De Benedetti kon worden afgeslagen. Door de voorzitter van de rechtbank van koophandel in kort geding werden de nieuwe aandelen echter, op verzoek van De Benedetti, nietig verklaard. Enkele maanden later werd de beslissing van de rechtbank echter vernietigd door het Hof van beroep te Brussel, een beslissing in beroep die te laat kwam: de overval had intussen zijn beslag gekregen, evenwel niet in het voordeel van de klager en evenmin in het voordeel van de eerste groep 'witte ridders' maar van een tweede groep die zoals de spreekwoordelijke hond met het been ging lopen.

Ik vermeld dit geval omdat het de macht aantoonde van de rechter, voorzitter in kort geding, die de zaak deed kantelen in een door geen van beide partijen gewenste richting op basis van juridische argumenten die achteraf in beroep - toen het te laat was - te licht werden bevonden.<sup>4</sup> De beslissingen van de rechter

<sup>4</sup> De beschikkingen van de Voorzitter dateren van 19 en 20 januari, en 9 februari, 1988 (DAOR, 1988/5, 3e gedeelte). Het arrest van het Hof van beroep werd gewezen in maart 1988; het arrest werd van commentaar voorzien in annotaties van S. Raes, K. Geens & M. Wyckaert, *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap (TRV)*, 1988, p. 115-149. Daar vindt men ook een gedeeltelijke Nederlandse vertaling van het in het Frans gewezen arrest.



zowel in eerste aanleg als in beroep waren juridisch (vennootschapsrechtelijk) goed gemotiveerd maar kwamen tot een diametraal tegengesteld resultaat. Volgens de ene was de kapitaalsverhoging ongeldig, voor de tweede had zij dat wel kunnen zijn. Hoe dan ook, de voorzitter in kort geding had – overigens op eenzijdig verzoekschrift – zijn macht laten gelden waardoor hij de toekomst van België's grootste holding met één pennentrek drastisch had beïnvloed.

Hetzelfde rechtscollege deed zijn macht een tweede keer gelden, twintig jaar later, ten aanzien van dezelfde vennootschap, nu Fortis genoemd. In die zaak werd eerst door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel op 18 november 2008 een vonnis in kort geding gewezen dat daarna in beroep werd hervormd bij arrest van het Hof van beroep te Brussel van 12 december 2008.<sup>5</sup> De zaak ging over de niet naleving door de Raad van bestuur van een bepaling in het 'Corporate Governance Statement' van de Fortis holding waarnaar in de statuten werd verwezen. Volgens die bepaling diende de algemene vergadering van aandeelhouders zich uit te spreken over cruciale beslissingen die de identiteit van de vennootschap konden aantasten. In wezen ging het over beslissingen genomen door de raad van bestuur die "geïnspireerd" waren door de Belgische regering na overleg met de Nederlandse en de Luxemburgse regeringen. Dit overleg had plaats aan de vooravond van een dreigend faillissement van de holding, en had voor gevolg dat aan de holding overheidssteun werd verstrekt door middel van kapitaalbreng. Vervolgens werden onderdelen van de holding aan de Nederlandse staat verkocht, en werden Belgische bank- en verzekeringsonderdelen door de Belgische staat doorverkocht aan de Franse bank BNP Paribas.

In eerste aanleg had de voorzitter van de rechtbank van koophandel geoordeeld dat – mede gelet op de belangen van de verschillende groepen van 'stakeholders', en het niet bindend karakter van het 'Corporate Governance Statement' – het niet consulteren van de algemene vergadering niet aan het bestuur van de holding kon worden verweten. Het Hof van beroep was een andere mening toegedaan en beval de raad van bestuur een algemene vergadering bijeen te roepen die zou worden voorgezeten door de twee co-voorzitters van een door het Hof van beroep aangestelde comité van experts. Uiteindelijk, na een paar

<sup>5</sup> Voor een bespreking van zowel het hiervoor besproken 'Generale Maatschappij van België'-dossier (uit 1988), als het hierboven besproken 'Fortis'-dossier (uit 2008) zie W. van Gerven, "Van de Generale naar Fortis", in: *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht* (Huldeboek voor Mr. Jos van Goethem), Antwerpen: Intersentia 2009, p. 63-77.

vergeefse en woelige vergaderingen, en na aanpassing door de Belgische Staat van de verkoopvoorwaarden overeengekomen met de Franse bank in het voordeel van de Fortis aandeelhouders (waaronder de Belgische Staat zelf) werden de transacties goedgekeurd. Voordien had het comité van experts de transacties onderzocht, en had het comité vervolgens aan de Fortis-holding aandeelhouders meegedeeld dat het, zeker na de aangebrachte verbeteringen, de transacties niet strijdig beschouwde met het vennootschapsbelang ruim bekeken, d.i., met inachtneming van ook andere belangen dan die van de aandeelhouders alleen.<sup>6</sup> Het moge duidelijk zijn dat ook in deze zaak de rechter macht heeft uitgeoefend in een zaak die van levensbelang was voor niet alleen de vennootschap en haar aandeelhouders maar ook voor schuldeisers, personeel, klanten en, gelet op het economische belang van Fortis holding en Fortis bank, voor de economie en het gehele krediet-, bank- en verzekeringwezen van het land en zijn regio's. Om die reden overigens heeft de Europese Commissie overheidssteun aan tal van financiële instellingen in de EU lidstaten aanvaardbaar geacht op grond van artikel 87, lid 3, b van het EG-Verdrag (nu, na Lissabon, artikel 107, lid 3, b van het VWEU).

### **Het beleid van de rechter**

Onder beleid wordt normalerwijze een actieplan of gedragsplanning verstaan die door een instelling, organisatie of persoon wordt aangenomen of voorgesteld en die een keuze veronderstelt van één tussen meerdere mogelijke actie- of gedragswijzen.<sup>7</sup> In het Beleid van de rechter uit 1973<sup>8</sup> heb ik weliswaar niet geprobeerd een expliciete definitie van rechterlijk beleid te geven maar ben ik niettemin van de gedachte uit gegaan dat aan dergelijk beleid waarden ten grondslag liggen waaruit de rechter, bij de afweging van belangen en elke partijpolitiek achterwege latend, deze uitkiest waarvan hij aanneemt dat zij kunnen rekenen op maatschappelijke consensus, althans 'Konzensfähigkeit'. Het gaat over fundamentele waarden die nu opgesomd zijn in artikel 2 van het

<sup>6</sup> Zie het Voorlopig rapport van het college van experts voor de algemene vergadering van 11 februari 2009 van Fortis SA/NV te Brussel.

<sup>7</sup> In die zin *Oxford English Dictionary*, vo. Policy: 'a course of action adopted or proposed by an organization or person'. Vreemd genoeg vindt men geen definitie in de *Oxford Concise Dictionary of Politics*. Daarover mijn lezing over *Politics, Ethics & The Law, Legal Practice & Scholarship*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 20/2008, London School of Economics and Political Science. Law department., op p. 14-15.

<sup>8</sup> Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij & N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, derde druk, 1973, 167 p.

VEU (toen artikel 6 (1) van het EU-verdrag), met name vrijheid, democratie, eerbiediging van mensenrechten, rechtsstaat, en daaruit afgeleide of in andere constitutionele teksten opgesomde waarden zoals menswaardigheid, verdraagzaamheid, gelijkheid, subsidiariteit, evenredigheid, rechtszekerheid, scheiding van kerk en staat, rechtvaardigheid en billijkheid.

Met deze lijst kan de rechter een heel eind geraken wanneer hij moet kiezen tussen twee of meerdere, op zich perfect verdedigbare (dit wil zeggen uit het vigerende wettenrecht correct afgeleide) juridische oplossingen. Illustraties daarvan zijn de twee hiervoor besproken gevallen. Als de rechter in koophandel en het hof van beroep te Brussel in beide zaken gekozen hebben voor een tegengestelde oplossing die alle twee juridisch, d.i., volgens het geldende vennootschap- en verbintenissenrecht, op een aanvaardbare manier konden worden geargumenteed, is dat gebeurd op grond van onderliggende waarden.

Meer in het bijzonder rees in de 'Generale'-zaak de vraag of, in acht genomen de talrijke op het spel staande belangen, het redelijk en rechtvaardig was om de geplande kapitaalverhoging al dan niet te verhinderen in een kort geding beslissing genomen op eenzijdig verzoekschrift. In concrete termen ging het over de vraag of de rechter in zijn beslissing de overweging mocht/moest laten meespelen dat het verhinderen van een nieuwe kapitaalbreng als resultaat zou hebben dat een voor het land essentiële holdingmaatschappij niet kon worden omgevormd tot een vennootschap met internationale vertakkingen in Europa en daarbuiten. Waarbij moest worden aangetekend dat de holding tot dan in handen was van een Franstalige Brusselse bourgeoisie en dat die beslotenheid, in het belang van het land, hoogstnodig moest worden omgevormd tot een breed aandeelhouderschap met componenten in het Noorden en Zuiden van het land, en van Europa.

In de 'Fortis'-zaak rees een gelijkaardige beleidsvraag. Daar ging het over de vraag of de rechter het niet-bindende 'Corporate Governance Statement' (dat niet in de statuten was opgenomen; daarin kwam alleen een verwijzing voor) kon aangrijpen om het lot van een voor het land en Benelux' cruciale - en zich op de rand van een faillissement bevindende - holding in handen te leggen van een groep van anonieme en nauwelijks voorgelichte aandeelhouders. De voorzitter van de rechtbank van koophandel vond dat dit geen passende oplossing was, het Hof van beroep was overtuigd van het tegendeel. Dit leidde ertoe dat uiteindelijk over het lot van de vennootschap werd beslist door een gewone meerderheid van de op de vergadering aanwezige of vertegenwoordigde aandeel-

houders. In beide gevallen ging het over een ogenschijnlijk eenvoudige juridische vraag: wat verlangt het vennootschappelijk belang, wat wordt daaronder verstaan en wie beslist daarover? Zo eenvoudig als de vraag mag lijken, de beantwoording ervan hangt af van economische, financiële, politieke én ethische overwegingen. In welke mate mag/moet de rechter zich daarnaar richten, en welk 'beleid' legt hij aan zijn beslissing ten grondslag?

### **Het brein van de rechter**

'Hoe werkt het brein van de rechter?' is een vraag van alle tijden waarop, voor zover mij bekend, alsnog geen sluitend antwoord is gevonden. Wat laat de rechter beslissen om voor de ene of de andere juridisch sluitende oplossing te kiezen? Mag hij rekening houden met 'meta-juridische' argumenten? Elk van ons heeft op deze vragen ongetwijfeld een, mag ik aannemen, twijfelend antwoord klaar. Zelf vind ik dat de rechter met deze argumenten rekening mag houden, maar voeg er onmiddellijk aan toe: op voorwaarde dat hij anderen bij zijn denkproces betreft, hen inzicht geeft in zijn argumentatie en daarover rekenschap aflegt. Onder 'anderen' versta ik de gedingpartijen en hun vertegenwoordigers in de rechtszaal, de collega's - wanneer de zaak door een college wordt beslist - tijdens de deliberatie, de juridische en algemene samenleving door middel van motivering. Daarover gaat dit colloquium en het voorliggende onderzoeksrapport.<sup>9</sup> De teneur van het rapport (waarin ik mij volledig kan terugvinden) is:

"Rechtsvorming kleurt als het ware de motivering. Het is belangrijk zich te realiseren dat de motivering van rechtsvormende uitspraken in voldoende mate is toegesneden op de aan die rechtsvormende beslissing ten grondslag liggende argumentatie (...) [E]en goede motivering geeft inzicht in de gedachtegang die leidt tot de beslissing met inbegrip van alle gedachtestappen. Deze stappen zijn echter anderssoortig bij uitspraken die een autonoom, zo men wil: creatief rechterlijk element in zich dragen."<sup>10</sup>

Even voordien, in de voorgaande alinea, luidt het in verband met de interpretatiemethoden die de rechter ten dienste staan, en de keuze die de rechter behoort te maken:

<sup>9</sup> J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend karakter door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009, p. 118-119.

<sup>10</sup> Op p. 118, tweede alinea. Over 'voldoende' motivering in het EG recht, zie arrest H.v.J. van 9 september 2008, gev. zaken C-120/06 en 121/06, FIAMM t. *Raad en Commissie*, Jur. 2008, I-6513 (Franse ed.).

”Die keuze voor een bepaalde interpretatiemethode vindt zijn grondslag in argumenten *die niet noodzakelijkerwijs juridisch zijn*” (cursief toegevoegd).

Deze zinsnede vergt enige uitleg. Heeft zij alleen betrekking op de keuze van interpretatiemethoden, of gaat het in het algemeen over de keuze die de rechter moet doen, zoals hierboven gesuggereerd, tussen verschillende oplossingen die hem voor de geest komen en de juridische en meta-juridische argumenten die deze oplossingen ondersteunen? Ik zou denken dat het antwoord, onvermijdelijk, bevestigend voor het laatste hoort te zijn, zij het dat dit de taak van de rechter niet vergemakkelijkt, en dat dit vragen opwerpt aangaande de opleiding van rechters en de samenstelling van rechtscolleges – om er maar twee te noemen. Motivering veronderstelt dus niet alleen dat de gedachtestappen in de juridische redenering nauwgezet worden aangegeven maar ook dat inzicht wordt gegeven in de onderliggende waardeoordelen die de rechter hebben aangezet om voor deze of gene juridische redenering te kiezen.

Terug naar het brein van de rechter. In een recente publicatie onderzochten drie Amerikaanse rechters/psychologen, met behulp van empirisch onderzoek, hoe rechters gevallen oplossen.<sup>11</sup> Daarin vergeleken ze de realistische methode (‘based on intuition’) met de formalistische methode (‘based on ‘deliberation’). Uiteindelijk kwamen ze, niet onverwacht, tot de conclusie dat geen van beide methodes voldoening gaf maar dat een ‘mix’ van de twee dat wel deed. Ik citeer:

”[S]upported by contemporary psychological research on the human mind and by our own empirical evidence, this model posits that judges generally make intuitive decisions but sometimes override their intuition with deliberation. Less idealistic than the formalist model and less cynical than the realist model, our model is best described as ‘realistic formalism’. The model is ‘realist’ in the sense that it recognizes the important role of the judicial hunch and ‘formalist’ in the sense that it recognizes the importance of deliberation in constraining the inevitable, but often undesirable, influence of intuition.”

Het doet altijd deugd om te vernemen dat wetenschappelijk onderzoek bevestigt wat we al wisten. Bovendien klinkt het altijd beter in een vreemde dan in de eigen taal.

<sup>11</sup> C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, “Blinking on the Bench. How Judges decide Cases”, 39 *Cornell Law Review*, 2007, 1; excerpten op p. 2 en 3.

## Het gezag van de rechter

Het verschil tussen macht en gezag bestaat erin dat macht het aan haar onderworpen subject tot gehoorzaamheid dwingt; daartegenover staat gezag dat een subject met argumenten probeert te overtuigen. In dit opzicht zijn de bij de aanvang in herinnering gebrachte verschillen in juridische verhaaltrant van belang - verschillen die echter niet alleen teruggaan op tradities en gewoonten maar ook afhangen van de gerechtelijke instantie die de uitspraak doet: in eerste aanleg of in beroep, alleen over punten van recht of ook over feiten? Op het gevaar af stereotiepen te gebruiken kan de Engelse verhaaltrant met de sprekende rechter ('from the bench') worden geïdentificeerd, de Duitse met de geleerde stijl van de Pandectisten en de Franse stijl met de imperatieve taal van de een verlichte wetgever.<sup>12</sup> Het verschil tussen de Engelse en de Franse stijl werd door de Engelse hoogleraar Hamson als volgt getypeerd (weer een Engels citaat maar nu in Nederlandse vertaling).<sup>13</sup> In arresten Franse stijl,

”vernemen wij de overeengekomen conclusie maar in plaats van een uiteenzetting hoe die conclusie werd bereikt en welke invloed een bepaald argument heeft gehad, horen wij een opsomming ex post facto van de motieven welke naar s’Hofs mening de door hen bereikte conclusies wettigen.”

Impliciet verwijzend naar de Engelse stijl stelt hij in plaats daarvan het volgende voor:

”(...) in een juridisch moeilijke beslissing behoort de kritische geest te aarzelen en dat gebeurt gewoonlijk ook, hoe vastberaden hij ook eventueel in deze of gene zin concludeert. In een moeilijke zaak zijn er aan beide zijden sterke argumenten en een kleinigheid of een bijzondere opvatting kan het geding beslissen. Het is hoogst wenselijk dat de werkelijke invloed van een stelling in de reactie daarop van een rechter, duidelijk tot uiting komen.”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Geïnspireerd door de titel van het boek van R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*. Chapters in European Legal history, Goodhart lecture 1984-5, Cambridge University Press, 1987.

<sup>13</sup> Geciteerd in W. van Gerven, "Creatieve rechtspraak", supra vn. 2, op p. 220. Het citaat (en de vertaling) komt uit C. Hamsons bijdrage over "Methoden van interpretatie, Kritische beoordeling van de resultaten" aan de gerechtelijke en academische bijeenkomst gehouden op 27 en 28 september 1976 in het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen te Luxemburg.

<sup>14</sup> Men mag natuurlijk niet uit het oog verliezen dat het aantal gevallen jaarlijks beslist door de hoogste Engelse rechter (nu de Supreme Court, voorheen het judicial committee of the House of Lords) een

Bij deze stelling kan ik mij volledig aansluiten. Gedingspartijen en hun advocaten in het bijzonder, en de gemeenschap van juristen in het algemeen, hebben recht op een goed ontwikkelde en genuanceerde redenering in een begrijpelijke taal. Beide partijen hebben recht op uitleg zowel wat betreft de juridische redenering als wat betreft de maatschappelijke argumenten en waardeoordelen, op grond waarvan zij het gelijk of ongelijk aan hun kant gekregen hebben; vooral de verliezende partij moet zich er rekenschap van kunnen geven dat haar standpunt 'au sérieux' werd genomen en haar argumenten werden aanhoord. Sommigen denken wellicht dat de rechterlijke macht daardoor, wegens de onzekerheid die van deze manier van rechtspreken uitgaat, aan macht inboet. Dit moge zo zijn wat macht betreft, echter niet wat moreel gezag betreft, wel integendeel: dank zij de twijfel en de kwetsbaarheid die elke redenering uitstraalt wanneer zij anderen wil overtuigen, wint zij aan moreel gezag. Dat is in elk geval een opvatting die beter past in het kader van openheid en transparantie die onze samenleving kenmerkt. Met de woorden van Adams:

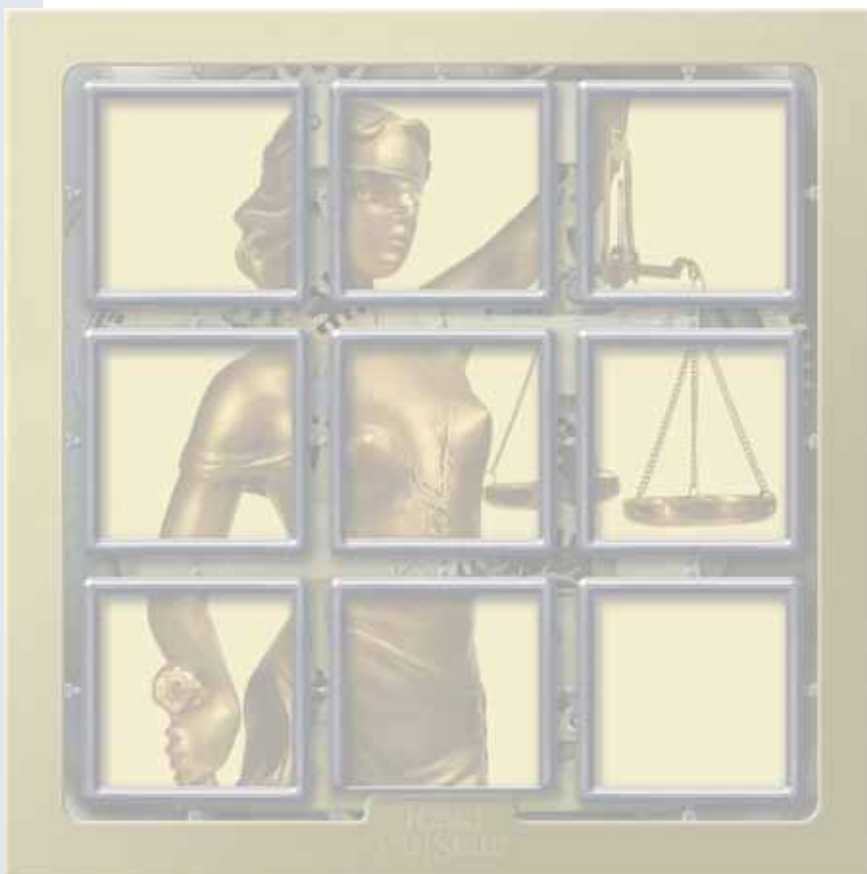
”De rechter is al geruime tijd niet meer ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’. Rechters staan midden van de samenleving, geven ermee vorm aan. Ze nemen hun verantwoordelijkheid, en daar hoort nu eenmaal bij dat er ook verantwoording moet worden afgelegd. Vrije taakuitoefening en verantwoording afleggen zijn in een hedendaagse democratie onlosmakelijk met elkaar verbonden.”<sup>15</sup>

Anders uitgedrukt: de beginselen en vereisten van transparantie en motivering gelden voor alle overheden, inclusief de rechterlijke macht.

#### *Vervolg voetnoot 14*

honderdtal zaken bedraagt terwijl het aantal beslissingen dat door de Franse Cour de cassation wordt beslist in de duizenden loopt. Het is dan ook begrijpelijk dat Engelse beslissingen - dikwijls bestaand uit 'concurring' en 'dissenting opinions' - lang zijn (vaak te lang) - en de Franse arresten meestal heel kort zijn. Dit laatste belet niet dat Franse cassatierechters in de raadkamer vele aspecten - en niet alleen juridische aspecten - van de voorgelegde zaak grondig bespreken; alleen komt dat niet tot uiting in het arrest. Daarover M. Adams, "De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen" *R.W.*, 2008-09, 1498-1510, die erop wijst dat de Franse praktijk (en de Belgische, zij het in mindere mate) dient verklaard en begrepen te worden vanuit de onderliggende logica en het eigen zelfbegrip. De motiveringspraktijk van de Franse Cour de cassation is "de veruitwendiging van de onderliggende institutionele en ideologische structuur van de Franse rechterlijke macht en de republikeinse unitaire Franse staat" (op p. 1505).

<sup>15</sup> M. Adams, vorige noot, op p. 1507.



# Opzet en uitvoering van het onderzoek naar motivering bij rechtsvorming

door mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen



# Opzet en uitvoering van het onderzoek naar motivering bij rechtsvorming

## 1 De positie van de Afdeling bestuursrechtspraak en het belang van een goede motivering

De Afdeling bestuursrechtspraak is als hoogste algemene bestuursrechter niet alleen verantwoordelijk voor het snel en finaal beslechten van geschillen, maar ook heeft zij verantwoordelijkheid bij het bevorderen van de rechtsontwikkeling op de terreinen waarop zij recht spreekt. Een uitspraak die uitstijgt boven het individuele geval, heeft een rechtsvormende waarde. Dat dit kan, is tegenwoordig nauwelijks nog omstreden.

Het gebruik van de term rechtsvorming op het terrein van het bestuursrecht roept wel vragen op naar de precieze betekenis van dit woord. Voor de civiele rechtspraak en de strafrechtspraak lijkt consensus te bestaan, maar voor de bestuursrechtspraak niet zonder meer, omdat daar de beoordeling van het bestuursbesluit centraal staat. Dit onderwerp zal vanmiddag dan ook worden uitgediept. Maar wat daar ook van zij, van een hoogste bestuursrechter mag men verwachten dat hij richting geeft aan de rechtsontwikkeling en daarmee houvast biedt voor de rechter in eerste aanleg en de bestuurspraktijk.

De motivering legitimeert de uitspraak en biedt de rechter gelegenheid tot een zekere mate van zelfcontrole. Daar komt bij dat de motivering tot uiting kan brengen dat een uitspraak ook voor andere gevallen betekenis heeft. Zo komt de rechtsvormende taak van de bestuursrechter weer in beeld. Wij menen dat die taak de motivering van de rechtsvormende uitspraak niet ongemoeid mag laten. Wanneer in bepaalde mate buiten de casuïstiek wordt getreden, heeft de rechter gelegenheid om inzicht te geven in wat hij in een vergelijkbaar geval zal doen. Wij zijn ons ervan bewust dat dit lang niet altijd mogelijk is.

Gelet op de verschillende functies van de motivering hebben we ons, bij de aanvang van ons onderzoek, de vraag gesteld wie een uitspraak zoal lezen.<sup>16</sup> Allereerst partijen - belanghebbenden en bestuurorganen - en eventueel hun raadslieden. Mogelijk ook andere bestuursorganen en raadslieden. Zij zijn dan

<sup>16</sup> 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 bestuursrechtspraak van de Raad van State* (Studies en rapporten - 1), Den Haag: Raad van State 2009.

meelezers. In appelzaken zal de rechter in eerste aanleg kennis nemen van de uitspraak, en mogelijk ook andere rechtbanken, wanneer daar vergelijkbare kwesties spelen. Ook andere hoogste colleges kunnen nota nemen van de uitspraak. In sommige zaken zal de belangstelling zelfs over de landsgrenzen heen gaan, bijvoorbeeld wanneer een prejudiciële vraag is gesteld aan het Hof van Justitie. Ook wetenschappers lezen mee, wat niet zelden leidt tot bespreking in noten, kronieken of andere publicaties. Dan hebben we zo al een hele lijst en representanten van al deze groepen zijn vandaag bijeen in deze zaal. U, hier aanwezig, bent ofwel betrokken bij de Afdeling en haar werk of anders bent u een potentiële lezer of meelezer.

Samen vormen de meelezers 'de buitenwacht'. Maar houdt de Afdeling deze lezers nu ook in het vizier wanneer ze haar uitspraken motiveert? Zijn zij adressanten? Wij hebben in ons boek de stelling betrokken dat de buitenwacht weliswaar niet op het netvlies, maar wel op de achtergrond een plaats verdient bij het motiveren van uitspraken waarbij de Afdeling een rechtsvormende keuze maakt. Met die blik zijn we het onderzoek ingegaan.

## **2 In een notendop: de opzet van het onderzoek**

De focus was gericht op verdere versterking van het bevorderen van de rechtsontwikkeling op terreinen waarop de Afdeling recht spreekt. We hebben ons de vraag gesteld hoe en in hoeverre dit consequenties zou moeten hebben voor de wijze waarop de rechtsvormende uitspraak wordt gemotiveerd.

Mede op basis van wetenschappelijke literatuur ontwikkelden we een onderzoeksmodel voor rechtsvormende uitspraken van de Afdeling. De Amerikaanse jurist Sunstein was een inspirator. Hij benoemt twee dimensies van rechterlijke uitspraken: hun breedte, ofwel 'de richtinggevendheid van een uitspraak voor nieuwe gevallen', en hun diepte, door ons vertaald als 'de kenbaarheid van de gevolgde argumentatie'. Dichter bij huis bood de Nederlandse civilist Vranken inspiratie met de differentiatiefactoren die hij in zijn Algemeen Deel van de Asser-serie ontvouwt. Niet alle gevallen vragen om een uitgebreide motivering, zo stelt hij. Men moet differentiëren. Wij hebben het concept 'differentiatiefactor' omgebogen naar de praktijk van de bestuursrechtspraak bij de Raad van State en zijn op zoek gegaan naar situaties die vragen om een verzwaarde motiveringsplicht bij rechtsvorming. Een derde inspirator hebben wij vanmiddag in ons midden. Zijn invloed op ons werk zal vooral in het tweede deel van deze presentatie merkbaar zijn. Daarbij doel ik uiteraard op prof. Van Gerven.

Na het verwerken van zoveel inspiratie en het plegen van evenzoveel vertaalslagen ontstond een onderzoeksmodel, waarover zo dadelijk meer. Vervolgens hebben we 101 rechtsvormende uitspraken van de Afdeling geanalyseerd. Bij de selectie hebben we geprobeerd zoveel mogelijk een representatief beeld te krijgen van motivering bij rechtsvorming in de Afdelingsjurisprudentie. Om redenen van behapbaarheid hebben we ons beperkt tot de jaren 2003–2008. Grootleveranciers van rechtsvormende uitspraken bleken het Juridisch Voorzittersoverleg, het hoogste overlegorgaan binnen de Afdeling voor vragen van algemeen bestuursrecht, en de kamercoördinatoren van elk van de vier kamers binnen de Afdeling die ons wezen op uitspraken op het terrein van het bijzonder bestuursrecht.

Het ging en gaat ons er niet om een oordeel te geven over hoe de Afdeling motiveert, maar juist om boven tafel te krijgen wat in termen van motivering nodig is om aan de rechtsvormende taak van de Afdeling de nodige uiting te geven.

### **3 Rechtsvorming**

Daarom willen we ook scherp krijgen wat we precies verstaan onder rechtsvorming. Het gaat ons om gevallen waarin de betekenis van de uitspraak uitstijgt boven het voorliggende geval. Van het proces van rechts*vinding* kan men zeggen dat het uiteen valt in drie fasen: het vaststellen van de feiten, het definiëren van het juridisch kader en de confrontatie van de feiten met de normen. Zo bezien is onder rechts*vinding* alles te verstaan wat de rechter doet ter beslechting van het hem voorgelegde geschil. In het midden kan blijven of hij iets nieuws toevoegt of ontdekt wat al bestaat. Maar als de rechter iets nieuws toevoegt, nemen wij aan dat er behalve van rechts*vinding* ook sprake is van rechts*vorming*. De uitspraak heeft dan niet alleen betekenis voor het voorliggende geschil, maar ook voor andere geschillen.

Maar wanneer heeft een uitspraak nu betekenis voor andere gevallen? De rechter is niet alleen spreekbuis van de wet, maar zo nodig ook haar vertolker. Hij interpreteert de wet met het oog op de feiten die aan hem worden voorgelegd, en juist in die confrontatie van recht en feit schuilt, om met Wiarda te spreken, een min of meer autonoom (of zo men wil: creatief) rechterlijk element. Dit element zal in bepaalde gevallen prominenter aanwezig zijn dan in andere. Vandaar dat we spreken over *drie typen van rechtsvorming*.

- Het minst prominent is het autonome element wanneer alle interpretatiemethoden bij de uitleg van een bestaande rechtsnorm in één richting wijzen. Weinig prominent is het ook bij het volgen van inmiddels uitgekristalliseerde

jurisprudentie, al kan de uitspraak ook dan een rechtsvormende keuze betekenen, bijvoorbeeld omdat de lijn onder druk staat: het is alleen wanneer een dergelijke bijzonderheid zich voordoet, dat het toepassen van een rechtsnorm in een concrete zaak een zelfstandige betekenis heeft voor andere gevallen en daarmee een rechtsvormend element in zich heeft.

- Prominenter wordt het autonome element wanneer niet alle methoden van interpretatie in dezelfde richting wijzen. Dat is nogal eens het geval. Ware het anders, dan zou het rechtsprekend apparaat in Nederland en de wereld aanzienlijk kleiner zijn. Als methoden van interpretatie leiden tot verschillende uitkomsten, ligt het op de weg van de rechter een keuze te maken voor een bepaalde methode. Dat is rechtsvormende activiteit.
- Het meest uitgesproken is het creatieve element wanneer voor het concrete geval niet direct (in de zin van: onmiddellijk) een rechtsnorm voorhanden is. De rechter dient dan actief op zoek te gaan naar een toepasselijke rechtsregel. Daarover meer in het tweede deel. Ik geef u deze derde optie nu, opdat het drielুক van rechtsvormende typologie compleet is.

#### **4 Rechtsvorming door de bestuursrechter**

Maar we zijn er nog niet met onze begripsbepaling. Bij rechtsvorming door de bestuursrechter hebben we er rekening mee te houden dat rechtsvorming in beginsel steeds plaats vindt over de band van een bestuursbesluit. Anders dan de civiele rechter stelt de bestuursrechter gewoonlijk niet zelf de rechtsbetrekking tussen partijen bindend vast. Dat doet het bestuursbesluit, waarvan de rechter de rechtmatigheid beoordeelt. Slechts in bijzondere omstandigheden kan hij na een vernietiging van een besluit de rechtsbetrekking tussen partijen zelf bindend vaststellen: wanneer er ruimte bestaat de zaak finaal af te doen, bij verwerping van het beroep.

Toch is het uitgangspunt, zo menen wij, bij bestuursrechtspraak op zichzelf niet zoveel anders dan elders in de rechtspraak. Als we onder rechtsvorming verstaan 'het uitleggen - anders gezegd: het nader tot ontwikkeling brengen - van rechtsnormen die de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur normeren, dan doet de bestuursrechter niet zoveel anders dan de burgerlijke rechter. Dat het directe gevolg van die toetsing door de bestuursrechter vaak niet het bindend vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen is, doet daaraan op zichzelf niet af.

Maar hiermee is nog niet gezegd dat het feit dat het bestuursorgaan bij het nemen van het bestuursbesluit enige beslissingsruimte is toegekend helemaal geen weerslag heeft op de rechtsvormende taak van de bestuursrechter.

- In geval van beoordelingsvrijheid is het bestuursorgaan als eerste aan zet bij de uitleg van een wettelijke (vage) norm. Het heeft daarbij een bepaalde mate van vrijheid die de rechter in zekere zin heeft te respecteren bij de toetsing van het bestreden besluit. Die vrijheid schuilt alleen niet in het definiëren van het juridisch toetsingskader; dat is juist de taak van de rechter. Bij het interpreteren van de norm hoeft de rechter geen terughoudendheid te betrachten. De interpretatie van de norm door het bestuur moet de rechter volledig toetsen. Buiten kijf staat dat de uitleg van de wet een onderdeel vormt van zijn taak. Terughoudendheid is daarentegen wel aangewezen bij de confrontatie van de feiten met de wettelijke (vage) norm. Op dat punt toetst de rechter terughoudend. Maar dit neemt niet weg dat waar het gaat om het tot ontwikkeling brengen van het juridisch toetsingskader – dat wil zeggen: het handen en voeten geven aan de vage norm, bijvoorbeeld in het licht van de wetsgeschiedenis en de systematiek van de wet – er ten volle sprake is van rechtsvorming.
- In geval van beleidsvrijheid ligt het weer wat anders omdat voor de rechterlijke toetsing geen of minder aanknopingspunten zijn in de wettelijke bevoegdheidsbepaling. Maar waar de bestuursrechter het rechterlijk toetsingskader voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nader tot ontwikkeling brengt, gaat hij rechtsvormend te werk, want dit deel van de rechterlijke uitspraak zal richtinggevend zijn voor andere gevallen. Ook een rechterlijk oordeel over de vraag óf er sprake is van een discretionaire bevoegdheid kan rechtsvormend zijn. De uitspraken waarin de Afdeling bevoegdheden tot handhaving in diverse wettelijke regelingen opvatte als beginselplichten tot handhaving, vormen daarvan een voorbeeld.

## 5 Onderzoeksmodel

Wat we onder rechtsvorming hebben verstaan, moge nu enigszins helder zijn. Maar hoe zit het nu met de bestudeerde rechtspraak? Welk beeld leverde de motivering van de rechtsvormende uitspraken van de Afdeling op? Toen we die uitspraken tegen het licht hielden, stelden we ons zelf steeds de volgende vragen:

- Welk type rechtsvorming hebben we hier aan de haak? Alle methoden wel een richting, of niet in een richting, of is misschien de van toepassing zijnde rechtsworming niet op voorhand duidelijk?

- Dat konden we doen, omdat we telkens ook de argumentatie en de gevolgde interpretatiemethoden bestudeerden.
- We probeerden vervolgens de motivering te kwalificeren door de breedte te meten - ofwel de richtinggevendheid - en de kenbaarheid van de argumentatie te schatten - anders gezegd: door de diepte te peilen.
- Toen maakten we bij iedere uitspraak de stap naar de differentiatiefactoren, in onze zoektocht naar situaties waarin, in termen van motivering, omwille van de rechtsontwikkeling, een schepje er bovenop waardevol zou kunnen zijn. Die factoren vormden een zestal. Mijn collega komt daar straks over te spreken. Ik noem hier als voorbeeld dat we het aantekenden als de Afdeling afweek van of terugkwam op haar eigen rechtspraak. Of wat de Afdeling deed in termen van motivering in appel, als de rechtbank de eerdere rechtspraak van de Afdeling had gevolgd, of juist niet gevolgd, of als ze uitspraak had gedaan zonder duidelijk verband met de rechtspraak van de Afdeling.

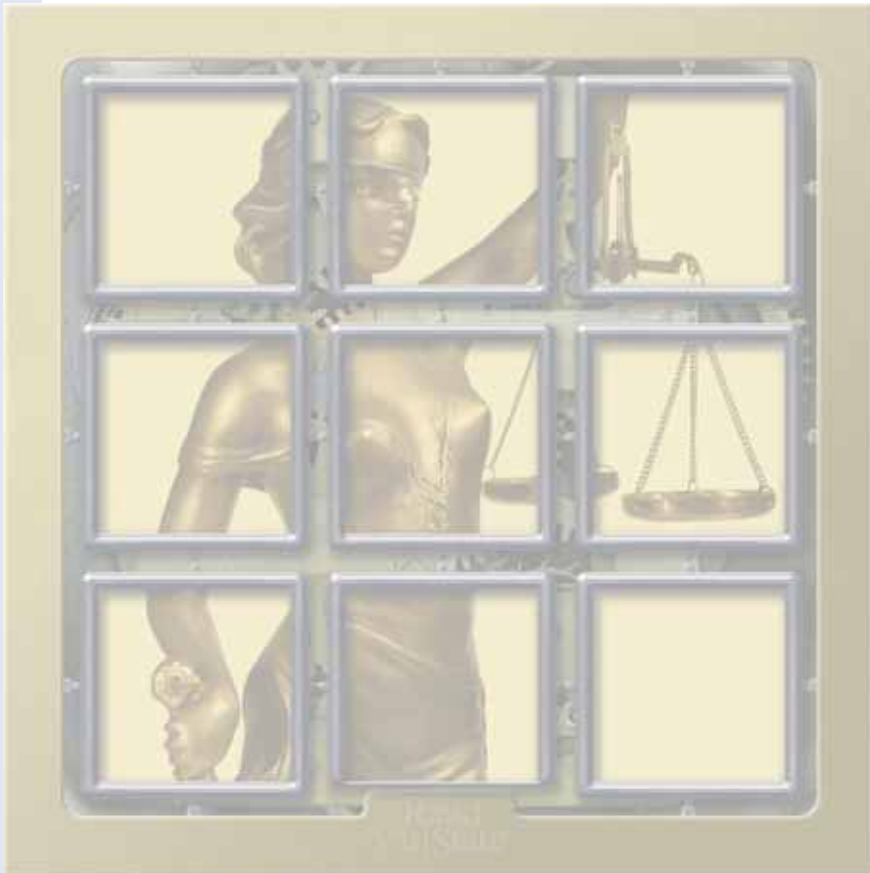
Zo vormden we ons een beeld van wanneer welke mate van breedte en diepte - van richtinggevendheid en kenbaarheid van argumentatie - wenselijk was. We constateerden een zekere spanning met de praktijk. In sommige zaken met grote potentie in termen van rechtsvorming, zette de raadkamer koers richting een brede, diepe tot zeer diepe uitspraak - en dan toch, als zo'n uitspraak uiteindelijk de deur uitging, was de uitspraak minder richtinggevend en beargumenteerd dan het er lange tijd in de voorbereiding naar had uitgezien. Daarom kwamen we er toe steeds meer oog te ontwikkelen voor wat we gaandeweg noemden 'bijkomende factoren': een grote groep omstandigheden die in de praktijk van alledag een hindernis kunnen vormen voor motivering bij rechtsvorming, variërend van gebrekkig zicht op de gevolgen van een zeer brede uitspraak tot een praktisch gebrek aan tijd en/of menskracht.

## **6 Contouren van conclusies**

Om kort te gaan, constateerden we dus met regelmaat spanning tussen model en praktijk. Dat gaf niets, want het leidde tot een tamelijk ordentelijk overzicht van knelpunten. We zaten met ons neus - mochten daar ook zitten - op de praktijk, maar kregen wel de ruimte er met een zekere afstand naar te kijken. Het bracht ons tot een drieluik van bevindingen:

- Rechtsvorming kleurt de motiveringsplicht van de Afdeling;
- Differentiatiefactoren kunnen deze motiveringsplicht verzwaren; en
- Er zijn factoren die in de praktijk een hindernis vormen en soms zouden die moeten wijken ten faveure van een bredere, diepere uitspraak in het belang van de rechtsontwikkeling.

Voor een uitwerking van deze conclusies geef ik het woord graag over aan mijn collega. Ik dank u voor uw aandacht.



# Uitkomsten van het onderzoek naar motivering bij rechtsvorming

door mr. dr. J.C.A. de Poorter



# Uitkomsten van het onderzoek naar motivering bij rechtsvorming

## 1 Rechtsvorming kleurt de motiveringsplicht

Wat betekent nu de aanwezigheid van een rechtsvormend element voor de motivering van rechterlijke uitspraken? Met die vraag zijn we in dit onderzoek vertrokken. Wanneer de rechter zich geplaast ziet voor een rechtsvormende keuze, impliceert dat een zeker creatief rechterlijk element en ligt het voor de hand te veronderstellen dat de motivering idealiter in die creativiteit deelt. Als uitgangspunt geldt in alle gevallen voor de motivering van rechterlijke uitspraken dat in voldoende mate inzicht moet worden gegeven in de gedachtegang die leidt tot de rechterlijke beslissing, met inbegrip van alle gedachtestappen. De motivering moet met andere woorden kenbaar, steekhoudend en logisch sluitend zijn. Dit laatste wil zeggen: de in de motivering gevolgde redenering moet een juiste zijn en er mogen geen lacunes in de argumentatie bestaan. Dat is in het geval van uitspraken met een rechtsvormende waarde niet anders. Wat wel anders is, is dat men bij het doorlopen van de benodigde stappen in de redenering bij rechtsvormende keuzen door de rechter op andersoortige elementen stuit. Eigen aan rechtsvorming is immers dat de rechter niet zonder meer een onmiddellijk voorhanden zijnde rechtsnorm één op één toepast op het voorliggende feitencomplex, maar dat hij een keuze maakt, omdat de van toepassing zijnde rechtsnorm op verschillende wijzen is uit te leggen dan wel dat er niet op onmiddellijke wijze een rechtsnorm voorhanden is die op het voorliggende geval kan worden toegepast.<sup>17</sup> De in dat verband gezette denkstappen en de daarvoor gevonden argumenten behoren dan deel uit te maken van de motivering. In zoverre kleurt het rechtsvormende element de motiveringsplicht.

Zo zijn er bijvoorbeeld gevallen waarin er weliswaar een duidelijk op het voorliggende geschil toegesneden rechtsnorm voorhanden is, doch niet alle methoden van interpretatie in dezelfde richting wijzen. Een voorbeeld zagen we in de *SGP*-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 5 december 2007 over de ruimte die artikel 7, aanhef en onder a en c, van het VN-Vrouwenverdrag laat voor het maken van een afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en het kiesrecht enerzijds en andere grondrechten anderzijds.<sup>18</sup> De stap van het recht naar het voorliggende feitencomplex is in zo'n geval gecompliceerd en de noodzaak van

<sup>17</sup> Zie onze definitie van rechtsvorming in hoofdstuk 2.

<sup>18</sup> ABRvS 5 december 2007, nr. 200609224/1 (SGP/Minister BZK), AB 2008, 35 m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, JB 2008, 24 m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne en R.J.N.S.

een goede motivering die inzicht geeft in de achterliggende overwegingen en gemaakte keuzen klemmt in die gevallen.

Dat geldt a fortiori in de gevallen waarin er op het eerste gezicht geen op de concrete casus toegesneden (geschreven of ongeschreven) rechtsnorm voorhanden is en de bestuursrechter op zoek moet naar de van toepassing zijnde rechtsnorm. Hoe vindt hij deze? Op basis van de bestudeerde jurisprudentie zijn wij in hoofdzaak twee varianten tegen gekomen. In de eerste variant komt de bestuursrechter tot een oplossing door een regel geschreven voor een andere situatie bij wijze van analogie toe te passen, dat wil zeggen: een systematische redeneervorm die ertoe strekt een lacune op te vullen op grond van de veronderstelde coherentie van de gehele rechtsorde. Een voorbeeld vormt de uitspraak waarbij de Afdeling concludeert tot verwerking van het beroepsrecht om tegen een vervangende beslissing op bezwaar op te komen als gevolg van het verwijtbaar in een eerdere procedurele ronde niet aangewend hebben van rechtsmiddelen.<sup>19</sup> Artikel 6:13 van de Awb is voor deze gevallen niet geschreven: het beroep kon moeilijk worden gezegd niet-ontvankelijk te zijn omdat verwijtbaar geen bezwaar was gemaakt; dat was immers wel gedaan. De Awb kent geen rechtstreeks op deze gevallen van toepassing zijnde rechtsnorm. De lacune werd opgevuld door analoge toepassing van de rechtsregel die in artikel 6:13 van de Awb is neergelegd.

Analogie biedt niet altijd uitkomst. In die geval zal de rechter op andere wijze een van toepassing zijnde rechtsnorm moeten vinden. Daarbij zijn de rechtsvormende mogelijkheden van de rechter, gelet op zijn staatsrechtelijke positie, niet onbeperkt. Hoe vindt de bestuursrechter in dit soort gevallen het recht? Zoals Van Gerven het heeft verwoord, zij het in een andere context: "De uitspraak zal moeten kunnen steunen op basisbeginselen die als beginselen (en dus in abstracto) in de vigerende rechtsorde worden erkend, met andere woorden waarrond een zekere (in beide betekenissen) op rechtsnormen gesteunde consensus bestaat."<sup>20</sup> Een voorbeeld biedt de uitspraak inzake *Brummen*.<sup>21</sup> Er was oorspronkelijk geen geschreven rechtsnorm direct voorhanden die bepaalde hoe de rechtbank diende om te gaan met in een eerdere procedure voor de rechtbank in diezelfde zaak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen, maar onberoepen gebleven gronden. In de *Brummen*-uitspraak komt de Afdeling terug van haar eerdere *Amicitia*-jurisprudentie en formuleert zij een nieuwe rechtsregel. Waarop baseert

<sup>19</sup> ABRvS 24 januari 2007, nr. 200604541/1, <[www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)>.

<sup>20</sup> W. van Gerven, 'Creatieve rechtspraak?', *Rechtskundig Weekblad* 1997-1998, nr. 7, p. 211.

<sup>21</sup> ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1, AB 2003, 355 (*Brummen*).

zij die? In elk geval niet op (de interpretatie van) een voorhanden zijnde geschreven of ongeschreven rechtsnorm. De Afdeling doet haar uitspraak steunen op argumenten die zijn te herleiden tot basisbeginselen die in de vigerende rechtsorde worden erkend, namelijk de eerbiediging van het gezag van gewijsde van de eerste rechtbankuitspraak en de rechtszekerheid van betrokken partijen.

In de gevallen waarin er voor de rechter niet onmiddellijk een rechtsnorm voorhanden is die de beantwoording van de aan hem voorgelegde rechtsvraag bepaalt, dient de motivering naar onze mening inzicht te geven in de zoektocht van de rechter. In de door ons bestudeerde Afdelingsjurisprudentie is dat niet altijd het geval. Juist wanneer de 'afstand' tussen de uiteindelijk van toepassing geachte rechtsnorm en de beantwoording van de rechtsvraag 'groter' wordt, wordt automatisch de legitimatie voor de rechterlijke beslissing 'dunner'. De legitimatie voor de rechterlijke beslissing zal in die gevallen ten volle uit de motivering van de uitspraak moeten komen, door de gezette denkstappen te expliciteren en waar nodig te verantwoorden. Bij rechtsvormende uitspraken komt daar nog een element bij. Van belang is dat de rechtsvormende keuze in voldoende mate is toegesneden op de mate van algemeenheid van de in de uitspraak vervatte regel. De breedte van de uitspraak en de diepte van de argumentatie zijn in dit verband onlosmakelijk met elkaar verbonden.<sup>22</sup> Daarmee bedoelen we dat naarmate de rechtsvormende uitspraak meer het karakter van een algemene voor herhaalde toepassing vatbare regel krijgt, de argumentatie behoort te delen in dit algemene en abstracte karakter. Een casuïstische motivering geeft dan geen pas. Andersom, als de bestuursrechter de gevolgen van een bepaalde rechtsvormende keuze voor opvolgende gevallen nog niet goed kan overzien en om die reden besluit een meer casuïstische uitspraak te doen, dan ligt een meer op die casus toegesneden motivering voor de hand.

## **2 Differentiatiefactoren verzwaren de motiveringsplicht**

De eisen van een kenbare, voldoende steekhoudende en logisch sluitende motivering mogen in alle gevallen aan een rechterlijke uitspraak worden gesteld, ongeacht of daarin een rechtsvormend element schuilt. Wél blijkt het rechtsvormende element van invloed te zijn op de wijze waarop in een concreet geval inhoud moet worden gegeven aan genoemde algemene vereisten. Onder omstandigheden kan er naar onze mening echter sprake zijn van een verzwaaarde motiveringsplicht. Dat wil zeggen: van een geval waarin er in termen van breedte en diepte iets meer wordt verlangd dan in andere gevallen. Dat roept twee vragen

<sup>22</sup> Zie hierna paragraaf 4.2.

op: hoe ziet die verzwaarde motiveringsplicht er uit en onder welke omstandigheden speelt deze plicht?

In ons onderzoek<sup>23</sup> hebben wij daartoe inspiratie ontleend aan het Algemeen Deel van Jan Vranken en – hoewel we op een aantal punten ook weer een daarvan afwijkende benadering hebben gekozen – een zestal differentiatiefactoren onderscheiden: grenzen aan de rechtsvormende taak, procesrechtelijke context, relatie tot de eigen rechtspraak, in appel: relatie tot de rechtspraak van de rechtbanken, relatie tot eerdere rechtspraak van andere colleges en de aard van het recht waarop rechtzoekenden zich beroepen. Vanwege de tijd en omdat u straks alles nog eens rustig kunt nalezen in ons boek, zal ik slechts op enkele van deze factoren en de consequenties die zij hebben voor de invulling van de motiveringsplicht, wat dieper ingaan: de relatie tot de eigen rechtspraak, de rechtspraak van de rechtbanken en de relatie tot rechtspraak van andere hoogste rechters.

### **3 Relatie tot de eigen rechtspraak**

Een derde en naar onze mening zeer belangrijke differentiatiefactor is de relatie tot de eigen rechtspraak: bevestigt de Afdeling haar eigen rechtspraak, verandert ze de reikwijdte van haar eerdere rechtspraak of komt ze terug op haar eigen rechtspraak? Wanneer de Afdeling in een uitspraak haar eerdere rechtspraak bevestigt, lijkt er in beginsel minder behoefte te bestaan aan een zeer uitgebreide en diepgaande motivering. Toch kan het zijn dat deze rechtspraak onder druk is komen te staan, bijvoorbeeld in relatie tot rechtspraak van supranationale colleges. Ook kritische beschouwingen in de wetenschappelijke literatuur kunnen als bijkomende factor van invloed zijn op de invulling van de motiveringsplicht. Wij bevelen niet aan in debat te gaan met een auteur, maar menen wel dat de kritiek mogelijk aangeeft dat de aan de uitspraak ten grondslag gelegde argumentatie niet in alle opzichten overtuigend is. Dat mag naar onze mening niet zonder gevolgen blijven voor de motivering van uitspraken in volgende gevallen.

In sommige gevallen verandert de Afdeling de reikwijdte van haar bestaande jurisprudentie. Zij doet dat door eerdere rechtspraak te nuanceren of een bestaande lijn in de jurisprudentie door te trekken. In het laatste geval wordt de reikwijdte van eerdere rechtspraak verruimd.<sup>24</sup> Alsdan is de diepte van de

<sup>23</sup> Zie J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, p. 29 e.v.

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld de reeds genoemde uitspraak ABRvS 24 januari 2007, nr. 200604541/1

motivering van groot belang: naarmate de toepasbaarheid van de gevonden rechtsnorm op de voorliggende rechtsvraag minder vanzelfsprekend wordt, neemt de behoefte aan een uitgebreider motivering toe. De motivering dient in voldoende mate te zijn toegesneden op de vraag of de in eerdere rechtspraak neergelegde regel ook voor het voorliggende geval heeft te gelden en een nadrukkelijke relatie met deze eerdere rechtspraak ligt dan ook voor de hand. Ook in het geval bestaande rechtspraak wordt genuanceerd is er behoefte aan een daarop toegesneden motivering. Als voorbeeld kan men denken aan de uitspraak van de Afdeling van 30 januari 2008 waarin op de kort daarvoor in de jurisprudentie geïntroduceerde analoge toepassing van artikel 6:13 van de Awb een uitzondering werd aangenomen.<sup>25</sup> Het is zaak in dergelijke gevallen middels een zichtbare, steekhoudende en logisch sluitende argumentatie aan te geven waarom in dit geval niet de hoofdregel toepassing vindt, maar er reden is voor het maken van een uitzondering op respectievelijk voor het aanscherpen van de regel. Dat vergt naar onze indruk dat uitdrukkelijker dan nu vaak het geval is, een relatie wordt gelegd met de argumenten die dragend zijn voor de hoofdregel, waarvan de reikwijdte in dit geval wordt beperkt.

Wanneer de Afdeling terugkomt van eerdere rechtspraak, zijn wij daarentegen in beginsel geneigd zware eisen te stellen aan de motiveringsplicht. Allereerst menen wij dat het van belang is dat de Afdeling expliciet aangeeft om te gaan, indien daarvan sprake is. Nu menen wij dat er ook zeker factoren kunnen zijn die maken dat de Afdeling wel afwijkt van eerdere jurisprudentie, maar niet expliciet omgaat. Bijvoorbeeld als die eerdere rechtspraak geen uitdrukking geeft aan een bestendige jurisprudentie, maar eerder als een incident moet worden beschouwd.<sup>26</sup> Ook kan het voorkomen dat, gelet op de specifieke omstandigheden van het concrete geval, wel het gevoelen bestaat dat het anders moet dan de daarvoor gehanteerde lijn, maar dat nog niet goed valt te overzien wat dit voor andere, opvolgende gevallen voor consequenties moet hebben. Ook dan blijkt wel te worden afgezien van expliciet omgaan. Uitgangspunt behoort echter te zijn dat in beginsel expliciet wordt aangegeven dát wordt omgegaan. Waar het gaat om de diepte van de motivering menen wij evenzeer dat omgaan bijzondere eisen met zich brengt. Juist als de Afdeling omgaat mag de beslissing niet de indruk wekken alsof ze vanzelfsprekend, zelfs onontkoombaar is en min of meer logisch uit de wet of het systeem van de wet voortvloeit. Wij menen dat in de gevallen waarin de Afdeling

<sup>25</sup> ABRvS 30 januari 2008, nr. 200701883/1 (Boomkwekerij Rendering e.a./Gelderland), AB 2008, 134 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 juli 2008, nr. 200706919/1, JB 2008, 196.

expliciet omgaat een betoogtrant aanbeveling verdient die beter aansluit op deze differentiatiefactor. Zo is in de *Brummen*-uitspraak uitgebreid gemotiveerd waarom de Afdeling anders dan voorheen voor de in die uitspraak geformuleerde benadering kiest. Maar wij werpen de vraag op of daarmee ook in voldoende mate inzicht is gegeven in de weging van deze argumenten met die welke voorheen vóór de *Amicitia*-lijn pleitten.<sup>27</sup> Wij bepleiten in beginsel een meer discursieve wijze van argumenteren, waarmee duidelijker uitdrukking wordt gegeven aan het proces van wikken en wegen dat aan dergelijke uitspraken ten grondslag ligt.

#### **4 Relatie tot de rechtspraak van de rechtbank**

Een vierde differentiatiefactor vormt – in hoger beroep – de relatie tot de rechtspraak van de rechtbank. Als de Afdeling de uitspraak van de rechtbank bevestigt waarin deze een rechtsvormende keuze heeft gemaakt, bestaat in beginsel minder behoefte aan een zeer diepe motivering. Toch zijn wij geen voorstander van een 'kale' bevestiging; juist in het geval de uitspraak enig rechtsvormend element heeft, is het van belang als hoogste rechter meer te doen dan aan te geven dat het dictum van de rechtbank wordt onderschreven. Als de Afdeling echter tot een andere beslissing komt dan de rechtbank in eerste aanleg, dan dient zij dat temeer met voldoende redenen omkleed te doen. Onder omstandigheden, met name als de rechtbank heel nadrukkelijk een rechtsvormende beslissing heeft genomen, menen wij dat zelfs een meer discursieve betoogtrant aangewezen kan zijn. Bij de controlefunctie van het hoger beroep hoort dan ook dat het debat met de argumentatie van de rechtbank wordt aangegaan. Een bijzonder geval doet zich voor als de kwestie bij verschillende, soms in uitspraken divergerende rechtbanken speelt en de Afdeling een richting dient te bepalen.

Een mooi voorbeeld biedt de divergerende rechtbankjurisprudentie met betrekking tot de toepassing van artikel 6:13 van de Awb bij samenloop van de bezwaarprocedure en de procedure van afdeling 3.4 van de Awb.<sup>28</sup> Daarin heeft de Afdeling welbewust een richtinggevende uitspraak gedaan die zeer breed was. Voor de diepte wordt de motivering vanuit een tweetal invalshoeken bepaald. Allereerst zijn er de argumenten die de ene rechtbank heeft gehanteerd maar die naar het oordeel van de Afdeling niet van doorslaggevende betekenis zijn. Wij menen dat aan die argumenten in beginsel niet voorbij kan worden gegaan; van de Afdeling mag bij het doen van een richtinggevende uitspraak worden verwacht dat zij het

<sup>27</sup> ABRvS 6 augustus 2003, nr. 200206222/1, AB 2003, 355.

<sup>28</sup> ABRvS 4 juli 2007, nr. 200703198/1, AB 2007, 274 (Slochteren).

debat met die argumenten aangaat. Daarnaast zijn er mogelijk argumenten gegeven door een andere rechtbank die vóór de beslissing pleiten die de Afdeling wenst te nemen. Idealiter komen de door die andere rechter gehanteerde argumenten terug in de motivering van de Afdeling en indien zij bepaalde argumenten niet overtuigend acht wordt dat goed gemotiveerd aangegeven in de uitspraak. Wij pleiten in gevallen van divergerende rechtbankjurisprudentie derhalve, ongeacht of de Afdeling de rechtbank die de in hoger beroep voorliggende uitspraak heeft gedaan wel of niet volgt, voor een zeer diepe, discursieve wijze van motiveren.

## **5 Relatie tot de rechtspraak van andere hoogste colleges**

Soortgelijke gezichtspunten komen naar voren wanneer het gaat om de rechtspraak van de Afdeling in relatie tot de rechtspraak van andere hoogste colleges. In de eerste plaats verdient het ook vanuit het oogpunt van rechtseenheid aanbeveling te verwijzen naar rechtspraak van andere colleges indien sprake is van gevestigde rechtspraak en de Afdeling uitdrukkelijk besluit al dan niet aan te sluiten bij die rechtspraak. In het verlengde daarvan is het aangewezen dat de Afdeling juist wanneer zij aansluiting zoekt, ook expliciet inzicht geeft in de door haar gevolgde argumentatie mede in relatie tot de argumentatie van het andere college. Zo wordt voorkomen dat bepaalde argumenten die door het andere college zijn gehanteerd in het midden worden gelaten.

## **6 Ten slotte**

Wij hebben met ons onderzoek getracht een antwoord te vinden op de vraag hoe de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met de motivering van haar uitspraken op waardevolle wijze kan bijdragen aan de rechtsontwikkeling. De hoofdmoot van ons verhaal is er op gericht scherper in beeld te krijgen hoe een verzwaarde motiveringsplicht eruit ziet en de omstandigheden uiteen te zetten waarin deze speelt. Het gaat niet om de lengte van de motivering. Het gaat zelfs niet aan steeds te streven naar zeer brede en zeer diepe (ergo: 'maximalistische') uitspraken. Motiveren vraagt om differentiëren.

Wij concluderen dat ook de Afdeling bestuursrechtspraak zich bewust moet zijn van de betekenis die haar uitspraken hebben voor de rechtsontwikkeling en de consequenties die dat heeft voor de wijze waarop zij dat type uitspraken dient te motiveren. Bij het verder doordenken van die consequenties worden een tweetal dimensies zichtbaar: de stijl van motiveren en wijze van juridische argumentatie. Aan de oppervlakte speelt de stijl van motiveren: op welke wijze wordt over de beslissing verantwoording afgelegd in de uitspraak? Wij zijn er voor om bij uitspraken met een rechtsvormend element in termen van 'breedte' waar mogelijk

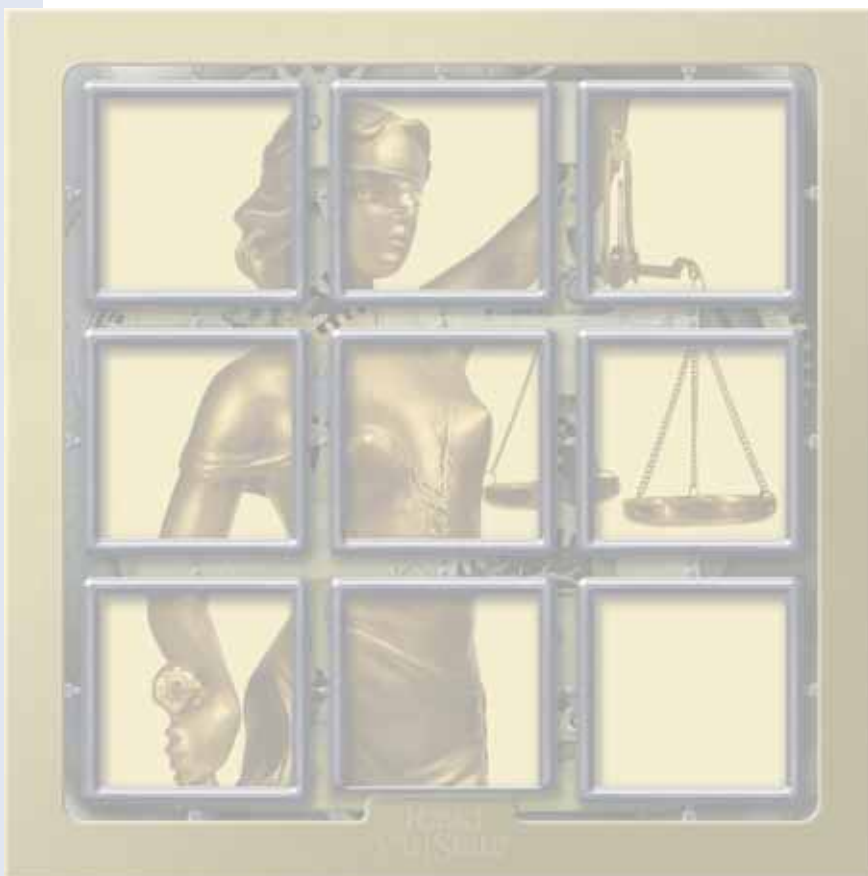
naar de eerdere eigen rechtspraak en in voorkomende gevallen naar jurisprudentie van andere hoogste rechters te verwijzen. Ook is het naar onze mening wenselijk om - met name in de gevallen waarin een jurisprudentielijn wordt genuanceerd - de rechtsvormende beslissing explicieter in te passen in het tot dat moment ontwikkelde leerstuk. In termen van 'diepte' is het naar onze mening van belang dat uitspraken met een apodictisch karakter worden vermeden. Juist in gevallen waarin de Afdeling een rechtsvormende beslissing neemt, moet de suggestie worden vermeden dat deze vanzelfsprekend, en zelfs onontkoombaar zou zijn en min of meer logisch uit de wet of het systeem van het recht voortvloeit. In enkele gevallen - bijvoorbeeld wanneer wordt teruggekomen van eerdere rechtspraak - is naar onze mening zelfs een meer discursieve wijze van motiveren aangewezen. Wij zouden er voor zijn om in de uitspraak de confrontatie van argumenten voor en tegen de genomen beslissing tot uiting te brengen en niet te volstaan met het - vergelijkbaar met een pleitnota - toe redeneren naar de in raadkamer gekozen oplossingsrichting.

Onder de oppervlakte van de stijl van motiveren gaat een wereld schuil van opvattingen over juridische argumentatie. Het is van belang meer bewust te zijn van de methode van (juridisch) argumenteren die aan de rechtsvormende beslissing ten grondslag ligt - die tekent immers de motivering - voordat men kan toekomen aan de vraag wat een rechtsvormend element van een uitspraak betekent voor de motivering. Daarom is het reeds in een vroegtijdig stadium in de procedure - tijdens de instructiefase of uiterlijke tijdens het vooronderzoek - van belang uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de vraag of zich in een bepaald dossier een voor de rechtsontwikkeling belangrijke rechtsvraag voordoet. Is dat het geval, dan is het zinvol om verschillende wijzen van juridisch argumenteren te beproeven en uit te werken, zodat in raadkamer een afgewogen beslissing kan worden genomen met een daarop voldoende toegesneden motivering.

Met dit onderzoek is het denken over motiveringsmodaliteiten bij rechtsvormende rechterlijke uitspraken niet afgerond. We hebben getracht enkele richtlijnen en handvatten aan te reiken aan de Afdeling voor de motivering van haar uitspraken die een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling op de terreinen waarop zij rechtsprekt. Daarbij hebben we vooral getracht inzichtelijk te maken waarvan het afhangt of de motivering breder of dieper wordt opgezet, dat wil zeggen: welke differentiatiefactoren relevant zijn en wat zij inhouden. Uiteindelijk heeft immers telkens te gelden: motiveren vraagt om differentiëren.



Mevrouw de voorzitter, dames en heren. Wij hebben de bevindingen van ons onderzoek dat wij in opdracht van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak hebben uitgevoerd, neergelegd in dit boek. Met dit boek is nog iets bijzonders aan de hand. Het vormt namelijk het eerste deel in een serie studies en rapporten van de Raad van State. Deze studies en rapporten concentreren zich op aspecten in het werk van de Raad die om speciale aandacht en verdere doordenking vragen. Het is ons daarom een eer en genoegen het eerste deel in deze serie te mogen aanbieden aan de Vice-President van de Raad van State. Ik zou de heer Tjeenk Willink willen vragen voor dit moment even naar voren te komen.



## Verslag van de discussie

door mr. J. Kleijne

# Verslag van de discussie

## Vooraf

Aan de hand van een viertal stellingen discussiëren de aanwezigen onder leiding van de dagvoorzitter, staatsraad Vlasblom, over hetgeen in de inleidingen en presentaties naar voren is gebracht.

## Stelling 1:

*Rechterlijke rechtsvorming vormt geen inbreuk op het primaat van de wetgever.*

Mr. E.J. Daalder, advocaat te Den Haag, vraagt en krijgt het woord. Mr. Daalder vraagt zich af wat rechtsvorming is. Dit hangt af van de rechtspolitieke keuzes die worden gemaakt. De nieuwe jurisprudentie over de ontvankelijkheid van ideële belangenorganisaties is een vorm van rechtstoepassing.

Mr. Daalder meent dat rechtsvorming niet noodzakelijkerwijs een inbreuk vormt op het primaat van de wetgever. Hij plaatst hierbij enkele kanttekeningen.

In de eerste plaats moet de rechter voorzichtig zijn met rechtsvorming. Hij wijst in dit verband op de jurisprudentie rond de redelijke termijn.

In de tweede plaats zouden partijen in het geval de rechter het voornemen heeft terug te komen van zijn jurisprudentie, de gelegenheid moeten krijgen daarover hun licht te laten schijnen.

In de derde plaats moet een uitspraak goed worden gemotiveerd, dat wil zeggen recht doend aan de aangevoerde argumenten en in voorkomende gevallen met een duidelijke afweging van (juridische) belangen. Een uitspraak moet een explanation bieden.

De Voorzitter van de Afdeling merkt naar aanleiding van de eerste opmerking van mr. Daalder op dat de wetgever ten aanzien van het leerstuk van de redelijke termijn zijn wetgevende mogelijkheden heeft laten passeren. De rechter in Nederland heeft de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna ook: EHRM) gevolgd.

De Voorzitter vindt de voorgelegde stelling ongenueanceerd. Rechtsvorming kan achterwege blijven als de rechter meent dat het op de weg van de wetgever ligt om de daartoe noodzakelijke afweging te maken. In dat geval zou de uitspraak

kunnen worden gemotiveerd door aan te geven op welke wijze het probleem door de wetgever niet kan worden opgelost. In wetgeving kunnen ook verdragsbepalingen worden uitgelegd. Die verdragsbepalingen kunnen worden ingepast in het nationale wettelijke stelsel. Ten slotte merkt de Voorzitter op dat rechtsvorming achterwege kan blijven, indien geen overeenstemming wordt bereikt met de andere hoogste rechtscolleges.

De dagvoorzitter haalt de opmerking aan van mr. Daalder dat partijen zich zouden moeten kunnen uitlaten vóórdát een rechtsvormende uitspraak wordt gedaan, en vraagt prof. Van Gerven hierop te reageren.

Prof. dr. W. van Gerven merkt op dat rechtsvorming beleidsvorming is. Hiervoor verwijst hij naar de jurisprudentie van de Hoge Raad der Nederlanden over *wrongful life*. De vordering werd door de Hoge Raad toegewezen. De argumenten die worden gebruikt, zijn interessant. Daar moet inderdaad over worden gedebatteerd. Dat is anders dan dat het geval is in de Franse cassatiestijl: "Het is zo, omdat ik zeg dat het zo is."

Prof. dr. R.A.J. van Gestel, hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, stelt vast dat de rechtsprekende taak tegenover de wetgevende taak wordt gesteld. Hij vraagt zich af of deze taken geen communicerende vaten zijn. Misschien wil de wetgever heden ten dage wel minder. Bovendien welke wetgever wordt bedoeld?

De dagvoorzitter voegt aan de opmerkingen van prof. Van Gestel toe dat de wetgever ook bewust kan stilzitten.

Staatsraad Van Kreveld merkt op dat het een samenspel is tussen de rechter en de wetgever. De rechter zal verduidelijken wat de wetgever heeft bedoeld. Dit wordt gelegitimeerd door de toelichtende parlementaire stukken. Hier is geen sprake van een tegenstelling.

Mr. G.W.S. de Groot, rechter te Haarlem, denkt bij rechtsvorming aan de hoogste rechter die rechtseenheid moet brengen. In eerste aanleg zal overeenkomstig de uitspraken van de hoogste rechter recht worden gesproken. Van de uitspraken van de hoogste rechter gaat een signaal uit. De overtuigingskracht van de uitspraak is van belang. Mr. De Groot werpt de vraag op hoe het dictum en de motivering zich verhouden tot de feitenvaststelling.

Mr. dr. J.C.A. de Poorter antwoordt door op te merken dat het voor de rechter van belang is zich te realiseren voor wie de uitspraak wordt geschreven. In een rechtsvormende uitspraak kan aan de praktijk richting worden gegeven. In een discursieve uitspraak worden ook de tegenargumenten, die in de richting gaan van een andere oplossing, in de overwegingen besproken.

Mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen voegt hier aan toe dat de mogelijkheid om te kunnen overtuigen van een uitspraak als een basiseis moet worden aangemerkt.

### **Stelling 2:**

*Bij rechtsvormende uitspraken klemt de noodzaak van een motivering die inzicht geeft in de achterliggende overwegingen en gemaakte keuzen en is een discursieve motivering zinvol. Zoals Van Gerven zegt ('Creatieve rechtspraak', p. 220): wanneer het rechterlijk relaas twijfel laat doorschijnen, gaat de autoriteit van de rechterlijke beslissing niet verloren.*

Mr. G.J.M. Corstens, President van de Hoge Raad der Nederlanden, maakt zes opmerkingen over deze stelling.

In de eerste plaats merkt mr. Corstens op dat in de motivering niet het motief behoeft te worden neergelegd. Mr. Corstens verwijst naar zijn leermeester mr. Enschedé en geeft aan dat alleen de in een uitspraak gegeven argumenten en het dictum op elkaar moeten aansluiten. Daarentegen, met een discursieve motivering kan het gezag van een uitspraak worden vergroot. De Hoge Raad gaat in die richting.

In de tweede plaats verwijst mr. Corstens naar de positie van de Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad. Ook de argumenten in de conclusie van de Advocaat-Generaal, die niet in het arrest zijn opgenomen, zorgen voor een discursief element.

In de derde plaats moeten feiten en bewezenverklaring op elkaar aansluiten. Ook de reactie op de standpunten van partijen brengt een discursief element in de uitspraak. In het tweede Pikmeer-arrest wordt door de Hoge Raad de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de lagere overheden omarmd. Daartoe wordt verwezen naar niet-juridische argumenten: maatschappelijke opvattingen, die via uitlatingen in het parlement naar voren zijn gekomen. Bovendien wordt verwezen naar uitspraken van het EHRM.

In de vierde plaats vindt een debat plaats met de Advocaat-Generaal via zijn conclusie. In die zin vindt er wel een discussie plaats in uitspraken.

In de vijfde plaats wordt er bij het 'omgaan' door de Hoge Raad aangegeven dat er wordt omgegaan en waarom er wordt omgegaan. In het tweede Pikmeer-arrest is dat misschien te subtiel gezegd. 'Preciseren' was toen misschien niet de goede term.

In de zesde plaats komt rechtsvorming ook tot uitdrukking doordat in een samenvattend arrest de verhouding tussen meerdere arresten wordt weergegeven.

Mr. N. Koeman, advocaat te Amsterdam, merkt op dat overtuiging in de motivering nuttig is. Hij voegt hier aan toe dat een discursief voor de advocaat niet zinvol is. Daar komt men niet verder mee. Het is wel zinvol dat duidelijkheid wordt geboden over een nieuwe lijn in de jurisprudentie.

De kenbaarheid van rechtsvormende uitspraken levert wel problemen op. Wanneer op woensdag de openbaar gemaakte uitspraken van de Afdeling op internet verschijnen is het lastig om daar de rechtsvormende uitspraken uit te halen. De uitspraken van de Hoge Raad zijn wat dat betreft duidelijker. In die uitspraken wordt bijvoorbeeld onder omstandigheden de zinsnede 'het middel roept de vraag op' gebruikt.

Mr. M. Feteris, raadsheer in (de belastingkamer van) de Hoge Raad der Nederlanden, reageert op de laatste spreker door op te merken dat de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (op internet) in een drietal categorieën zijn onderverdeeld, naar gelang de zwaarte van de uitspraak. De belangrijke uitspraken van de Hoge Raad worden gewezen door vijf raadsheren in plaats van de gebruikelijke drie raadsheren.

Staatsraad Konijnenbelt acht het wenselijk om ook bij de algemene bestuursrechter een zittingskamer van vijf te introduceren. Ten aanzien van het discursief motiveren plaatst staatsraad Konijnenbelt een culturele noot. De rechter moet selectief zijn in de keuze van zijn argumenten. De Engelsen zijn qua stijl narratief. De Duitsers zijn fundamentalistisch en zullen daarom wel discursief motiveren. De Fransen zijn autoritair: "Het is zo doordat ik het zeg." Nederland kent een pragmatische rechtscultuur. De vraag is hoever moet worden gegaan met de motivering. Om de uitspraak te doen aanvaarden, is het nodig dat er een goede motivering is. 'Omgaan' zou kunnen door het discursief motiveren te gebruiken.

Bij de hoogste bestuursrechters zijn verschillen in opvattingen. Het hangt ook van het type rechtspraak af: tegenover de uitspraken in eerste aanleg waarbij de argumenten vóór een bepaalde oplossing voldoende zijn, staan de uitspraken van de hoger beroepsrechter waarbij het nuttig is dat op de contra-argumenten wordt ingegaan.

Prof. dr. R.A.J. van Gestel stelt de vraag aan de onderzoekers hoe zij tot de selectie van honderd en een uitspraken zijn gekomen. Zijn eerst de criteria geformuleerd, of zijn eerst de uitspraken bij elkaar gezocht en zijn daarna de criteria geformuleerd?

Mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen merkt, in antwoord op die vraag dat de uitspraken – voor zover ze algemeen bestuurs(proces)rechtelijk van aard zijn – geselecteerd zijn aan de hand van de verslagen van het Juridisch Voorzitters-overleg in de genoemde periode. Dat is het overleg waarin de concept-uitspraken worden besproken waarin een rechtsvormend element schuilt. Voorts zijn door het Kamer coördinatorenoverleg enkele uitspraken per kamer naar voren zijn gebracht die de bijzondere delen van het bestuursrecht betreffen.

Prof. mr. W. van Gerven legt uit hoe de uitspraken op Europees niveau tot stand komen. De 'wet' geeft de rechter een bevoegdheid. De conclusie van de Advocaat-Generaal is een dissenting of concurring opinion op voorhand. Wanneer een parlementaire uitspraak is gedaan, dan moet daarnaar worden verwezen. De legitimiteit is van belang en de algemene beginselen zijn van belang. Voorts is consensus, maatschappelijk of juridisch, van belang. Wanneer de rechter omgaat, kunnen garanties, net als door de wetgever, worden ingebouwd, bijvoorbeeld door voors en tegens op te nemen. Prof. Van Gerven merkt ten slotte nog op dat er grote verschillen in aantallen uitspraken bestaan. Het House of Lords doet 160 uitspraken per jaar, terwijl de hoogste rechter in België 20.000 uitspraken per jaar doet.

Mr. G.J.M. Corstens voegt daar nog aan toe dat de Hoge Raad 4.000 uitspraken per jaar doet.

### **Stelling 3:**

*Gelet op de controlefunctie van het hoger beroep mag van de hoger beroepsrechter worden verlangd dat hij in zijn overwegingen ingaat op de argumentatie gegeven door de eerste rechter; dat geldt wanneer de beslissing van de eerste rechter in hoger beroep niet wordt gevolgd, maar ook als deze beslissing wordt bevestigd.*

Mr. E. Steendijk, rechter te Zwolle, legt uit dat niet de controle door de hoger beroeps-rechter van belang is, maar de rechtseenheid die bewaart moet worden. De rechter in eerste aanleg is geïnteresseerd of zijn uitspraak wel of niet wordt gevolgd in hoger beroep. Er moet een dialoog zijn tussen de rechter in eerste aanleg en de rechter in hoger beroep. De rechter in eerste aanleg zal een uitspraak van de hoger beroepsrechter volgen wanneer die uitspraak gezag heeft en gemotiveerd is. Bij een vernietiging gaat dat vanzelf. Bij kale bevestigingen moet die bevestiging eigenlijk met zoveel woorden worden aangegeven, dan is er pas sprake van rechtsvorming.

Mr. dr. L.M. Koenraad, werkzaam bij de rechtbank Breda, maakt de kanttekening dat de Hoge Raad cassatierechter is en de Afdeling feitenrechter. De herkenbaarheid in de uitspraak is van groot belang. De rechter die geen cassatierechter is, dient in te gaan op de feitelijke achtergrond.

Mr. dr. J.C.A. de Poorter merkt op dat de feit en recht nauw met elkaar samenhangt en de vaststelling van de feiten in het kader van de rechtsvormende taak van de rechter van belang is. Dat de Afdeling geen cassatierechter is neemt echter niet weg dat haar uitspraken rechtsvormende waarde kunnen hebben.

#### **Stelling 4:**

*De termijn waarbinnen de zaak moet worden afgehandeld noch de termijn waarbinnen na de zitting uitspraak moet worden gedaan, mogen eraan in de weg staan dat de rechtsvormende keuze die aangewezen is duidelijk gemotiveerd in de uitspraak wordt neergelegd.*

Mr. drs. D.A. Verburg, rechter te Utrecht, geeft aan dat er verschil is tussen snelheid op microniveau, waarbij spanning ontstaat, en snelheid op macroniveau, waarbij spanning vermeden kan worden, zodat geen keuzes hoeven te worden gemaakt. Termijnen worden niet gehaald door het afdoen van die ene zaak, maar door de verdringing door andere zaken. Dit kan voorkomen worden door een vroegtijdige selectie van zaken. Rechtsvormende zaken moeten eerder op zitting worden behandeld.

De Voorzitter verklaart dat hij het eens is met de stelling en voegt hier aan toe dat hij het nooit heeft meegemaakt dat een uitspraak niet gemotiveerd is omdat er snelheid geboden is. Tijdig genoeg moet met de discussie worden begonnen, dat wil zeggen in de voorfase.



Mr. dr. J.C.A. de Poorter merkt op dat toch wel in sommige gevallen is volstaan met een casuïstische aankleding van de uitspraak. Voor richtinggevende uitspraken was dan meer tijd nodig, terwijl toch een uitspraak moest worden gedaan.

Staatsraad Van Kreveld merkt op dat deze stelling niet zozeer ziet op de diepgang van de motivering, maar over de breedte van de beslissing. Hoeveel inspanning moet er gedaan worden voor een motivering? Terughoudendheid is niet geboden wanneer de gevolgen van de uitspraak kunnen worden overzien. Het kan echter zo zijn dat de leden van de zittingskamer het niet eens kunnen worden over de motivering. Staatsraad Van Kreveld besluit met de opmerking dat er wel altijd een motivering moet zijn.

### **Afronding door de dagvoorzitter**

De dagvoorzitter vat in haar afronding na de discussie de reacties op de vier stellingen als volgt samen.

#### *Stelling 1*

De rechter staat soms voor een keuze. Soms zijn er onvoldoende aanknopingspunten in de regelgeving en ligt de beslissing, gelet op de te verrichten belangenafweging, naar haar aard bij de wetgever. Het maatschappelijk draagvlak kan van belang zijn. Een rechtsvormende uitspraak moet herkenbaar zijn. Soms zit de wetgever welbewust stil.

#### *Stelling 2*

Over discursief motiveren is mr. G.J.M. Corstens overwegend positief. Mr. N. Koeman is daar wat minder positief over. Staatsraad Konijnenbelt benadert het discursief motiveren meer van uit een pragmatische houding en overbrugt aldus de tegenstelling.

#### *Stelling 3*

Bij stelling 3 is naar voren gekomen dat een dialoog moet worden gevoerd tussen de rechter in eerste aanleg en de hoger beroepsrechter in plaats van dat de controlefunctie voorop staat.

#### *Stelling 4*

Bij de bespreking van stelling 4 is duidelijk geworden dat het rechtsvormend element van een andere orde is dan het tijdselement.

## Bijlage: lijst van deelnemers

mevrouw mr. C.H.M. van Altena	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. V. van Amstel	<i>Rechtbank Utrecht</i>
mevrouw mr. P.B.M.J. van der Beek -Gillissen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. M.J.C. Beerse	<i>Raad van State</i>
de heer mr. E. Bervoets	<i>Immigratie en Naturalisatie Dienst</i>
de heer mr. J.M. Boll	<i>Raad van State</i>
de heer mr. C.J. Borman	<i>Raad van State</i>
de heer mr. J.J. den Broeder	<i>Raad van State</i>
de heer drs. R. van der Brug	<i>Raad van State</i>
de heer mr. T.M.A. Claessens	<i>Raad van State</i>
de heer mr. G.J.M. Corstens	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. E.J. Daalder	<i>Pels Rijcken &amp; Drooglever Fortuijn</i>
de heer drs. W.J. Deetman	<i>Raad van State</i>
de heer mr. P. van Dijk	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. T. Dompeling	<i>Rechtbank Den Bosch</i>
de heer drs. G.H. van Dongen	<i>Centraal bureau Rijvaardigheidsbewijzen</i>
de heer mr. T.J.L. Drouen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. Th.G. Drupsteen	<i>Raad van State</i>
de heer prof. mr. B.J. van Ettehoven	<i>Universiteit Amsterdam</i>
de heer prof. dr. M.W.C. Feteris	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. M.A. Fierstra	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. J.B. Fleers	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. W.M.P. van Gemert	<i>Raad van State</i>
de heer prof. dr. W. van Gerven	<i>K.U. Leuven</i>
de heer prof. dr. R.A.J. van Gestel	<i>Universiteit van Tilburg</i>
de heer mr. H.A.J. Gierveld	<i>Ministerie van Verkeer en Waterstaat</i>
de heer mr. drs. M.R. Gorsse	<i>Raad van State</i>
de heer mr. G.W.S. de Groot	<i>Rechtbank Haarlem</i>
de heer mr. J.A. Hagen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. A.B.M. Hent	<i>Raad van State</i>
de heer mr. G.M.H. Hoogvliet	<i>Pels Rijcken &amp; Drooglever Fortuijn</i>
de heer mr. J.A.W. Huijben	<i>Raad van State</i>
de heer mr. E.G. de Jong	<i>Rechtbank Zutphen</i>
de heer mr. J. Kleijne	<i>Raad van State</i>
de heer mr. N. Koeman	<i>Stibbe</i>
de heer mr. dr. L.M. Koenraad	<i>Rechtbank Breda</i>
de heer mr. W. Konijnenbelt	<i>Raad van State</i>

de heer mr. F.H. Koster	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. dr. J.H. van Kreveld	<i>Raad van State</i>
de heer mr. W.M. Limborgh	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. H.G. Lubberdink	<i>Raad van State</i>
de heer mr. M. Lurks	<i>Vereniging van Nederlandse Gemeenten</i>
mevrouw mr. M.A.A. Mondt-Schouten	<i>Raad van State</i>
de heer mr. K.J.M. Mortelmans	<i>Raad van State</i>
de heer mr. P.K. Nihot	<i>Rechtbank Dordrecht</i>
de heer mr. A. Pahladsingh	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. M.G.J. Parkins-de Vin	<i>Raad van State</i>
de heer mr. dr. J.C.A. de Poorter	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. C.W. Rang	<i>Rechtbank Amsterdam</i>
de heer mr. J. Roelfsema	<i>Raad van State</i>
de heer mr. D. Roemers	<i>Raad van State</i>
de heer mr. G.N. Roes	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. P.C. Santema	<i>Rechtbank Rotterdam</i>
mevrouw mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. dr. H.G. Sevenster	<i>Raad van State</i>
de heer mr. drs. T.G.M. Simons	<i>Centrale Raad van Beroep</i>
de heer mr. D.A.C. Slump	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. W. Sorgdrager	<i>Raad van State</i>
de heer mr. C. Sparreboom	<i>Raad van State</i>
de heer mr. Th.C. van Sloten	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. drs. Y.M. van Soest-Ahlers	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. E. Steendijk	<i>Rechtbank Zwolle</i>
de heer mr. J. Storm	<i>Raad van State</i>
de heer mr. E.J.J.M. van Tielraden	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck	<i>Raad van State</i>
de heer mr. H.D. Tjeenk Willink	<i>Raad van State</i>
de heer mr. G. van der Veen	<i>AKD Prinsen van Wijmen</i>
de heer drs. R. van der Veer	<i>Raad van State</i>
de heer mr. drs. D.A. Verburg	<i>Rechtbank Utrecht</i>
de heer mr. drs. B.P. Vermeulen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. H.H.C. Visser	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. M. Vlasblom	<i>Raad van State</i>
de heer mr. J.G.C. Wiebenga	<i>Raad van State</i>
de heer mr. R.R. Winter	<i>College van Beroep voor het bedrijfsleven</i>
de heer mr. A.G.M. Zander	<i>Rechtbank Breda</i>

