



Wetgeving en uitvoering

Nederlandse Vereniging voor Wetgeving

Preadviezen van

Prof. mr. dr. M. Scheltema

Mr. R.F.B. van Zutphen & J.F.P.M. van de Wiel Msc

Redactie

mr. dr. L.C. Groen en mr. A.M. Keppel

Wetgeving en uitvoering
Nederlandse Vereniging voor Wetgeving

Prof. mr. dr. M. Scheltema

Mr. R.F.B. van Zutphen & J.F.P.M. van de Wiel Msc

ISBN: 9789462406896

Dit boek is een uitgave van:
Wolf Legal Publishers (WLP)
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.eu

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een ge-automatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voor-afgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publisher.



Inhoudsopgave

Jaarrede van de voorzitter Een bijzondere wet <i>Prof. mr. dr. S.E. Zijlstra</i>	5
Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht <i>Prof. mr. dr. M. Scheltema</i>	15
Kan de burger ermee uit de voeten? <i>Mr. R.F.B. van Zutphen & J.F.P.M. van de Wiel Msc</i>	59
Reacties op bijdragen Scheltema en Van Zutphen/Van de Wiel <i>Prof. mr. dr. S.E. Zijlstra, mr. O.Y. Ifzaren & mr. M.L.M. van der Loop</i>	73
Verslag jaarvergadering 11 februari 2021 <i>Mr. dr. L.C. Groen</i>	93

De Nederlandse Vereniging voor Wetgeving

Opgericht 27 september 1989

De Nederlandse Vereniging voor Wetgeving is in 1989 opgericht als Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid. De vereniging is er voor iedereen die geïnteresseerd is in of op de een of andere manier te maken heeft met wetgevingsvraagstukken, van de wetenschap tot de betrokkenen bij de totstandkoming en toepassing van regelgeving uit de centrale of decentrale overheid. Via jaarvergaderingen en studiemiddagen biedt de vereniging vanuit verschillende perspectieven een forum voor een kritisch debat over wetgeving en wetgevingsbeleid.

In de jaarvergadering wordt een wetgevingsonderwerp uitgediept aan de hand van aan de vereniging uitgebrachte preadviezen van deskundigen. De afgelopen jaren is ingegaan op onderwerpen als experimenteerwetgeving, uitbesteding van wetgeving, stelselherzieningen en de verhouding tussen wetgever en constitutie. De jaarlijks georganiseerde studiemiddag kent een meer praktische insteek waarin altijd een actueel onderwerp centraal staat. Recente onderwerpen van de studiemiddag zijn wetgevingsadvisering door de Raad van State, consultatie van wetgeving, initiatiefwetgeving en de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

Bestuur

prof. mr. Sjoerd Zijlstra (voorzitter)
mr. dr. Lianne Groen (penningmeester)
mr. Mischa Keppel (secretaris)
mr. Thomas van Arnhem (adjunct secretaris)

Lid worden van de vereniging kan via nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl.

Jaarrede van de voorzitter

Een bijzondere wet

Prof. mr. dr. S.E. Zijlstra¹

1. De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017

Dames en heren,

Mijn jaarrede gaat dit jaar over één wet, te weten de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. U weet ongetwijfeld dat die wet in de wandeling de ‘sleepwet’ wordt genoemd, en dat zij voorwerp is geweest van een stevig maatschappelijk en politiek debat. Er werd een referendum over gehouden, waarvan de uitslag reden was tot een flinke aanpassing. Ook zegde de regering binnen twee jaar een evaluatie toe.

Op 1 mei vorig jaar toog een evaluatiecommissie aan het werk, waarvan ik deel mocht uitmaken. Midden in de eerste lockdown, maar vanwege de staatsgeheime materie, die online vergaderen niet toestond, mochten wij iedere week een hele vrijdag vergaderen in een verder vrijwel geheel leeg ministerie van BZK. Ik zeg met opzet ‘mochten’, want het was voor mij een verademing om even aan de sleur van het thuiswerken te mogen ontsnappen.

De evaluatiecommissie bood op 20 januari j.l. aan de beide verantwoordelijk ministers haar rapport aan. Dat rapport kreeg de welluidende titel *Evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017*.² Heerlijk om een keer geen beeldspraak of woordspelingen te gebruiken. Heerlijk.

Toen ik aan deze klus begon had ik, net als naar ik vermoed velen van u, nog nooit in deze wet gekeken. Maar dat is echt de moeite waard. Technisch is het geen feest: de wet zit niet altijd even logisch in elkaar, en het kost mij nog steeds veel moeite om er sommige dingen in te vinden. Ook is verzuimd overgangsrecht op

¹ Sjoerd Zijlstra is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, hoogleraar Wetgevingskeer aan de Universiteit van Curaçao, en voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving.

² Commissie-Jones-Bos, *Evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017*, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 34 588, nr. 88 (hierna: *Evaluatierapport*).

te nemen, hetgeen, zo bleek uit onze evaluatie, de diensten en de toezichthouders voor grote problemen heeft geplaatst.³

Maar op andere punten is het wel weer een heel mooie wet. Zo bevat zij geen delegatiebevoegdheid. Pardon, zult u zeggen? Zo'n wet, en dan nergens "bij amvb" of "bij of krachtens amvb"? Nee, niets daarvan. En dat is terecht. Het gaat bij de Wiv 2017 om de zwaarste overheidsbevoegdheden denkbaar, vlak achter het gebruik van lichamelijk geweld en vrijheidsberoving, en in de ogen van sommigen misschien wel op hetzelfde niveau. En dan moet normering ook de zwaarste democratische legitimatie hebben, dat wil zeggen op het niveau van de wet in formele zin.

Ik zou over deze wet zomaar een paar uur kunnen praten, maar gelukkig voor u zit dat er niet in. Ik beperk me tot één aspect, namelijk de verhouding tot de Awb.

Vanwege de soort bevoegdheden waar het bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om gaat, bevat de Wiv 2017 voor de uitoefening daarvan tal van waarborgen. Grofweg zit het systeem van de wet op dit punt als volgt in elkaar. Als de AIVD of de MIVD (hierna: de diensten) laten we zeggen een interceptie van satellietverkeer willen plegen of van een provider de gegevens van een of meer gebruikers willen hebben, stelt de betrokken dienst een last op, die de toestemming van de minister behoeft. Naar aanleiding van het referendum is hier nog een extra waarborg ingebouwd: de toestemming van de minister behoeft de goedkeuring van een speciaal hiervoor in het leven geroepen toezichthouder, de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB). Het oordeel van de TIB is bindend: zegt zij nee, dan is het einde verhaal, zij het dat de dienst de last natuurlijk kan aanpassen en opnieuw indienen. Als de TIB goedkeuring heeft verleend, kan de dienst aan het werk. Dan komt het toezicht bij de Commissie van Toezicht Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD), die kijkt of de dienst bij de uitvoering van de last wel overeenkomstig de wet te werk gaat. De CTIVD kan real time meekijken bij de informatieverzameling en bewerking, en in iedere stand van het onderzoek ingrijpen. Het oordeel van de CTIVD is niet bindend, maar wordt door de diensten vrijwel altijd gevolgd. Alles bij elkaar een mooi systeem dus.

³ Evaluatierapport, p. 149.

2 De Awb buiten toepassing

Dit is, zo zult u zich realiseren, een geheel bestuursrechtelijke procedure, en het ligt dan ook voor de hand dat de Awb van toepassing is. De last is een beschikking, waarop de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Op de hoorplicht en de bekendmakingsplicht is logischerwijs een uitzondering gemaakt, maar formele zorgvuldigheid, verbod van détournement de pouvoir, en natuurlijk het evenredigheidsbeginsel zorgen voor een goed genormeerde bevoegdheidsuitoefening. Op de procedure bij de TIB zijn de bepalingen inzake goedkeuring van toepassing. Ten slotte hebben belanghebbenden rechtsbescherming bij de bestuursrechter: ook kan de minister tegen een onthouding van goedkeuring door de TIB beroep bij de bestuursrechter instellen.

Oh nee, toch niet.

Artikel 145 van de Wiv 2017 luidt:

Artikel 145

1. De Algemene wet bestuursrecht dan wel het van toepassing zijnde bestuursrecht in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, waaronder in ieder geval het recht dat voorziet in de verplichting tot bekendmaking van besluiten alsmede in de mogelijkheid van bezwaar en beroep daartegen, is niet van toepassing op de voorbereiding, totstandkoming en tenuitvoerlegging van besluiten op grond van artikel 6, artikel 8, tweede lid, onder e en f, artikel 10, tweede lid, onder f en g, artikel 15, tweede lid, op grond van de hoofdstukken 3, 4 en 6 in het kader van de uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a, c, d, e en f, en artikel 10, tweede lid, onder a, c, d, e, f en g, alsmede artikel 136, tweede lid, eerste volzin.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op een besluit op grond van de artikelen 52, vijfde lid, 53, zevende lid, 54, zesde lid, 55, zesde lid of 56, zesde lid.

Het is een artikel dat ik vele malen heb moeten lezen voordat ik begreep – of dacht te begrijpen – wat er staat. Neem de bijzin “waaronder in ieder geval het recht dat voorziet in de verplichting tot bekendmaking van besluiten alsmede in de mogelijkheid van bezwaar en beroep daartegen.” Die slaat, zo bleek na naspeuring in de wetsgeschiedenis, niet terug op de Awb, maar op “het van

toepassing zijnde bestuursrecht in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.”⁴ Ook overigens is het artikel geen toonbeeld van duidelijkheid.⁵

Maar belangrijker is natuurlijk wat met dit artikel wordt beoogd. In de hoofdstukken 3, 4 en 6 van de Wiv 2017, waarop de Awb dus niet van toepassing is, staan de allerbelangrijkste bevoegdheden van de diensten, waaronder het beruchte ‘slepen’, maar ook het toezicht van de TIB en de CTIVD. Die TIB en CTIVD zijn zelf trouwens al uitgezonderd van toepasselijkheid van de Awb doordat ze in artikel 1:1 lid 2 Awb zijn uitgezonderd van het begrip bestuursorgaan. Dus op het allerbelangrijkste deel van de wet is de Awb is niet van toepassing. Niet de algemene regels van hoofdstuk 2, niet de beginselen van behoorlijk bestuur, niet de regels over mandaat en goedkeuring, en niet de rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Dat laatste, in strijd met de afspraken, dan ook nog zonder het in bijlage 2 bij de Awb te regelen.⁶

De voorganger van de Wiv 2017, de Wiv 2002, bevatte een vergelijkbare bepaling (artikel 91). De toelichting daarop luidde: “Geconstateerd is dat de Algemene wet bestuursrecht deels wel en deels niet van toepassing kan zijn. Het criterium dat daarbij bepalend is geweest, is of het karakter van de beslissingen die worden genomen daar al dan niet aan in de weg staat. Het is immers evident dat voor zover de activiteiten van de diensten een geheim karakter hebben, de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming en de in dat kader genomen beslissingen dat karakter in het algemeen zullen delen. Zo zal bijvoorbeeld de beslissing waarbij toestemming wordt verleend om een observatiemiddel in een woning te plaatsen geheim dienen te zijn en te blijven teneinde de effectiviteit van de inzet van dat middel te behouden en het daarmee beoogde doel, namelijk verzameling van gegevens in het kader van een goede taakuitvoering, te kunnen bereiken. Indien een dergelijke beslissing, die gelet op de regeling in het onderhavige wetsvoorstel als een besluit in de zin van de Awb valt aan te merken overeenkomstig de regeling van de Awb zou moeten worden voorbereid, bekendgemaakt e.d., dan zou niet alleen de effectiviteit van dat middel maar meer nog in het bijzonder de mogelijkheid om de aan een

⁴ Zij is ingevoegd bij de Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (*Stb.* 2010, 350).

⁵ Neem alleen al het tweede lid. Als het eerste lid zegt dat de Awb niet van toepassing is op [artikel/hoofdstuk], dan is het wonderlijk om in een tweede lid een aantal artikelen op te noemen waar de Awb weer wél op van toepassing is.

⁶ Ar 5:49.

dienst opgedragen taak naar behoren te kunnen uitvoeren in het gedrang komen. Met andere woorden: in dit soort gevallen moet de Awb buiten toepassing blijven.”

Wat is dat toch, dames en heren, met die gedachte dat als het er op aankomt, je maar beter niet met de Awb te maken kan hebben? Juist hier ligt toepasselijkheid van de normen van de Awb zó voor de hand! Sterker: waar moeten de minister en de toezichthouders die lasten aan toetsen? De toetsingsgronden zijn neergelegd in artikel 26:

Artikel 26

1. Bij het verzamelen van gegevens maken de diensten slechts gebruik van die bevoegdheid, die gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de bedreiging van de door een dienst te beschermen belangen, mede in vergelijking met andere beschikbare bevoegdheden voor de betrokkene het minste nadeel oplevert.
2. De uitoefening van een bevoegdheid blijft achterwege, indien de uitoefening ervan voor betrokkene een onevenredig nadeel in vergelijking met het daarbij na te streven doel oplevert.
3. De uitoefening van een bevoegdheid dient evenredig te zijn aan het daarmee beoogde doel.
4. De uitoefening van een bevoegdheid wordt onmiddellijk gestaakt, indien het doel waartoe de bevoegdheid is uitgeoefend is bereikt dan wel met de uitoefening van een minder ingrijpende bevoegdheid kan worden volstaan.

In de wandeling worden deze criteria samengevat als:

- *noodzakelijkheid*: is gebruik van deze bevoegdheid noodzakelijk in het licht van de doelen van de wet? (dus een doel/middel-toets);
- *proportionaliteit*: levert de uitoefening van de bevoegdheid geen onevenredig nadeel voor één of meer betrokkenen op? (ook een doel/middel-toets);
- *subsidiariteit*: is er niet een lichter middel dat tot een vergelijkbaar resultaat kan leiden? (een middel/middel-toets);
- later is daar nog het criterium van het *zo gericht mogelijk* bijgekomen: men mag bijvoorbeeld geen 10 computers hacken als één voldoende is. Dat is, als species van subsidiariteit, ook een middel/middel-toets.

Waar kennen we deze criteria ook weer van? Van artikel 3:4, tweede lid, Awb!⁷ Dus we verklaren de Awb buiten toepassing, en halen dan wel één van de belangrijkste materiële normen weer binnen.⁸

Nu zijn de gevolgen hiervan in de praktijk nog wel te overzien. We zagen dat artikel 3:4, tweede lid Awb materieel is herhaald. Verder mag aangenomen worden dat de diensten, voordat ze een bevoegdheid willen uitoefenen en daartoe een last opstellen, zorgvuldig de relevante feiten en omstandigheden in kaart zullen brengen, de relevante belangen zullen afwegen, en hun bevoegdheden niet voor een ander doel zullen gebruiken dan waartoe ze zijn gegeven. En dat de Wiv 2017, waar zij het over mandaat heeft, hetzelfde begrip als de Awb voor ogen heeft.

Dus, zo is de redenering, dan is het ook niet erg als de Awb niet van toepassing is. Iets dergelijks komen we ook tegen in andere wetten. Zoals bijvoorbeeld in de Wet op het notarisambt:

Artikel 16a Wet op het notarisambt

De artikelen 2:1 en 2:2 en de hoofdstukken 3, 4, en 9 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing op de wettelijke werkzaamheden en de werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten en op de weigering deze te verrichten.

In het notariaat is de gedachte ook dat de strenge regels voor notarissen toepassing van de Awb overbodig maken.⁹ En wat dacht u van het volgende voorbeeld?

Artikel 5, tweede lid, Machtigingswet oprichting Invest-NL

2. Invest-NL is geen bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en is niet met openbaar gezag bekleed in de zin van enige andere wet bij het verrichten van activiteiten en handelingen ter

⁷ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel I, 7^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 309-311.

⁸ Het is aldus een vorm van wat ik in mijn jaarrede 2017 'gemankeerde herhaling' heb genoemd (S.E. Zijlstra, 'Hoe erg is herhaling?', in: S.S. Zoeteman (red.), *Uitbesteding van wetgeving*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2017, p. 3-11; zie uitgebreid hierover S.E. Zijlstra, 'De Awb en de bijzondere wet. Harmonisatie door de Awb in de wetgevingspraktijk', *NTB* 2017/24.

⁹ Zie voor een uitgebreide analyse of deze redenering klopt (nee, dus), 'De notaris is een bestuursorgaan. Is dat fijn?', in: H.J.C. Isensee (e.a.), *Marktwerking in het notariaat; droom of nachtmerrie?* (Ars Notarius, 143), Deventer: Kluwer 2010, p. 59-71.

uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 4, eerste en tweede lid, of bij het uitvoeren van een activiteit als bedoeld in artikel 4, vierde lid.

Ik zou de redenering juist willen omkeren: je kunt de Awb rustig van toepassing laten zijn, want die is voor het overgrote deel flexibel genoeg om de betrokken bestuursorganen goed hun werk te laten doen.

3. Buiten toepassing verklaren Awb leidt tot problemen

Terug naar de Wiv 2017. Op enkele punten leidt het buiten toepassing verklaren van de Awb wel degelijk tot problemen. Zo zagen we dat de inzet van bepaalde bevoegdheden de goedkeuring van de TIB behoeft. Daarop is titel 10.2 van de Awb dus niet van toepassing. Toen dus de TIB die goedkeuring onder voorwaarden ging verlenen (het mag wel, maar alleen zo en zo), moesten wij gaan uitleggen dat zich dat niet verdraagt met de goedkeuringsbevoegdheid: vergelijk – want wat moet je anders – artikel 10:29 Awb.¹⁰

Maar buiten toepassing verklaring van de Awb leidde ook tot een weeffout met grote consequenties voor het functioneren van de diensten en het toezicht daarop.

De toets van de TIB is bindend, zo zagen we. Zegt de TIB nee, dan is het einde verhaal voor de dienst. Daarbij past de TIB de eerdergenoemde criteria toe. Maar de TIB moet natuurlijk ook beoordelen of en hoe de betrokken wettelijke regels van toepassing zijn. Zo kent de wet bijzondere regels voor het verzamelen en bewerken van bulkdatasets, het relevant verklaren van bepaalde gegevensverzamelingen en voor geautomatiseerde data-analyse. Tussen TIB en CTIVD enerzijds en de diensten anderzijds ontstonden stevige discussies over de vraag wat bijvoorbeeld geautomatiseerde data-analyse is. En daarover heeft de TIB dus het laatste woord.

En dat geldt ook voor de uitleg van de begrippen ‘noodzakelijkheid’, ‘proportionaliteit’, ‘subsidiariteit’ en ‘zo gericht mogelijk’, alsmede de indringendheid van haar eigen toetsing. Ik herhaal: daar heeft de TIB het laatste woord over. TIB en CTIVD gingen samen een rechtseenheidsoverleg opzetten, waarin ze hun uitleg van de relevante wettelijke begrippen neerlegden. Dat was voor de diensten natuurlijk moeilijk te aanvaarden: een onafhankelijke toezichthouder, oké, maar

¹⁰ Evaluatierapport, p. 127.

moet die ook het laatste woord hebben over de uitleg van de wettelijke regels? Ze betrokken het standpunt dat dit een inbreuk vormde op de ministeriële verantwoordelijkheid. Nou was dat natuurlijk onjuist, want die was door de wetgever willens en wetens beperkt.¹¹ Maar wij konden ons wel iets voorstellen bij hun onvrede met dit systeem.

Wat kan de minister doen als zij het niet eens is met de beslissing van de TIB? De Awb is uitgesloten, dus ook artikel 8:1 jo 1:2, tweede lid, Awb. De minister kan het oordeel dus niet aanvechten bij de bestuursrechter. En naar de burgerlijke rechter kan ook niet, want TIB en minister behoren tot dezelfde rechtspersoon.¹² Op zeker moment was het probleem zo groot geworden, dat – terwijl wij nog aan het evalueren waren – een ministeriële regeling werd opgesteld, de Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets Wiv 2017.¹³ Ministeriële regeling, zult u zeggen? Maar de Wiv 2017 bevat toch helemaal geen delegatiegrondslag? De ministers hadden hiervoor gegrepen naar artikel 16 Wiv 2017.

Artikel 16

Onze betrokken Minister kan ten aanzien van de organisatie, de werkwijze en het beheer van een dienst nadere regels stellen.

Maar dat artikel biedt natuurlijk geen grondslag voor het stellen van algemeen verbindende voorschriften: het gaat over interne regels en werkwijzen, en is in het licht van artikel 44 Grondwet (een ministerie staat onder leiding aan de leiding van een minister) volstrekt overbodig. Dus die Tijdelijke regeling kan hooguit als beleidsregels worden beschouwd, waar de toezichthouder niet aan gebonden is.¹⁴

4. Oplossing: de bestuursrechter

Kortom, in het stelsel van toezicht van de Wiv 2017 ontbreekt een ventiel, om het in toeslagenjargon te zeggen. De Evaluatiecommissie heeft dan ook voorgesteld

¹¹ Evaluatierapport, p. 118, onder verwijzing naar het ongevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35 300, 78).

¹² Zie voor een pleidooi om dit systeem te wijzigen N. Jak en C.N.J. Kortmann, 'Procesbevoegdheid van de overheid in een burgerlijk geding. Rechtspersoon of bestuursorgaan?', *NTB* 2017/40.

¹³ Regeling van 5 november 2020, *Stcrt.* 2020, 56482.

¹⁴ Evaluatierapport, p. 136.

om de bestuursrechter hier een rol te geven: niet om het oordeel van de TIB op inhoudelijke gronden te toetsen, maar om een oordeel te kunnen geven over de uitleg van wettelijke begrippen, de toepasselijke normen en de intensiteit van de toetsing. Dat zal de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste en enige instantie moeten zijn, met een aangepast procesrecht.¹⁵

Bijkomend voordeel van deze constructie is, dat hier ook maatschappelijke organisaties in de vorm van een *amicus curiae* een rol kunnen spelen.¹⁶ Tot dusverre blijven zij buiten beeld omdat de lasten altijd verweven zijn met staatsgeheime zaken, maar in een geschil bij de Afdeling kan daar wellicht van geabstraheerd worden, zodat over de kern van de wettelijke waarborgen een debat kan worden gevoerd.

Dames en heren, was het – en zo kom ik weer bij mijn uitgangspunt – niet beter geweest te beginnen met de Awb wél van toepassing te laten zijn, en dan te bezien welke Awb-regels buiten toepassing moeten blijven, of hier aanpassing behoeven? U zult begrijpen dat ik dat een vraag met een hoog retorisch gehalte vind.

En met de toepasselijkheid van de Awb raak ik ook aan de discussie van vanmiddag, waar ik traditiegetrouw – althans in deze capaciteit – geen voorschot op ga nemen.

Ik dank u voor uw aandacht.

¹⁵ Evaluatierapport, p. 125-140.

¹⁶ T. Barkhuysen en N. Jak, 'De *amicus curiae* in het bestuursrecht wettelijk verankerd: experimenteren maar!', *NTB* 2020/171.

Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht

Prof. mr. dr. M. Scheltema

Inleiding: de jurist en de toekomst

Het is al weer heel wat jaren geleden dat de Sociaal-Wetenschappelijke Raad van de KNAW een bijeenkomst organiseerde over het thema toekomst. De vraag was: wat kunnen de verschillende sociale wetenschappen bijdragen aan inzichten over de toekomst?

De meningen en pretenties van de leden uit de verschillende disciplines liepen sterk uiteen. Soms zelfs binnen één discipline. Zo meenden sommige historici dat je uit het verleden veel kon leren over de manier waarop ontwikkelingen in de toekomst zouden verlopen en eventueel door beleidsvorming beïnvloed konden worden. Andere historici dachten daar anders over: de omstandigheden zijn altijd weer anders, zodat je niet kan pretenderen iets te kunnen zeggen over hoe het in de toekomst loopt of hoe je zou moeten handelen.

Economen hadden, zeker indertijd, het idee dat hun modellen voor de toekomst een goed instrument zijn om beleid op te maken. Sociologen hadden ook de gedachte dat hun wetenschap goed zou kunnen bijdragen aan een betere kennis over de toekomst, en een grondslag kon bieden voor beleid. De oprichting van de Sociaal-Wetenschappelijke Raad en, geïnspireerd door die Raad, ook van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) was sterk vanuit de sociologie ondersteund.

Mij was gevraagd de juridische invalshoek naar voren te brengen. Heel veel gedachten over de toekomst vond ik niet in de juridische literatuur. Maar na enig nadenken heb ik de stelling verkondigd dat juristen niet zozeer de toekomst voorspellen, maar de toekomst (mede) bepalen. Wij maken immers de wetten en vormen het recht met het oog op de toekomst. Rechtsregels zijn bedoeld om het gedrag van mensen in de toekomst te sturen. Dus het recht dat wij nu maken beheerst het handelen van mensen en organisaties in de toekomst.

Wanneer dat het geval is, zou verwacht mogen worden dat juristen veel nadenken over de toekomst om ervoor te zorgen dat het recht dat zij maken

geschikt is voor de omstandigheden in de toekomst. Toch is dat niet het geval. Integendeel: de wetgever geeft zich – zo blijkt meestal in het wetgevingsproces – weinig rekenschap van de toekomstige omstandigheden waarin de nieuwe wetgeving moet functioneren. Misschien is het beter om te zeggen dat het toekomstbeeld van de wetgever eenvoudig is: de toekomst lijkt in alles op het heden, behalve op één punt: zij is beter doordat de nieuwe wet dan geldt.

Misschien is dit niet helemaal juist. Soms realiseert de wetgever zich wel dat er het een en ander kan veranderen, en houdt hij daar ook rekening mee. Ik denk bijvoorbeeld aan wetgeving over communicatie, die tegenwoordig vaak elektronisch verloopt. Omdat het bekend is dat op dat terrein de ontwikkelingen buitengewoon snel gaan, worden dan bepalingen ‘techniek-onafhankelijk’ geredigeerd.

Een dergelijk voorbeeld is betrekkelijk uitzonderlijk, en betreft ontwikkelingen die men zodanig kan voorzien dat er bij de wetgeving rekening mee gehouden kan worden. Maar zodra het gaat om het voorzien van bredere ontwikkelingen wordt het veel lastiger. Wij weten inmiddels dat ook goed onderbouwde voorspellingen niet in staat zijn een betrouwbaar beeld van de toekomst te geven. De WRR heeft eens teruggekeken op de toekomstbeelden die de Raad bij het begin van zijn werkzaamheden heeft opgesteld.¹⁷ Sommige ontwikkelingen bleken goed te zijn voorzien, en andere niet. In ieder geval was de samenleving in 2000 een heel andere dan die men 25 jaar daarvoor had voorspeld. Zo stonden de val van de muur en de opkomst van internet niet op het netvlies. De coronacrisis laat nu zien hoe onvoorspelbaar de toekomst is, en hoe snel de samenleving kan veranderen.

Moet de wetgever en moeten juristen zich niet meer rekenschap geven van de onzekerheid over de omstandigheden waarin hun regels gaan gelden?

De alwetende wetgever: een realistische veronderstelling?

Een dergelijke onzekerheid straalt de wetgever in ons recht niet uit. Integendeel, de wetgever, zeker die van formele wetten, is in ons recht alwetend. Hij heeft precies in beeld welke gevolgen de toepassing van zijn regels zal hebben. Hij kent al de verschillende omstandigheden waarin zijn regels gelding krijgen. Hij heeft ook een nauwkeurig beeld van de toekomst, want zijn regels zijn voor de

¹⁷ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Vijfentwintig jaar later: de toekomstverkenning van de WRR uit 1977 als leerproces*, WRR-verkenning 5, Amsterdam 2004.

toekomst bedoeld. Dat beeld moet wel goed zijn, want wetten blijven vaak vele jaren gelden.

Soms komt er twijfel op of de wetgever zijn regels echt bedoeld heeft voor een bepaald concreet geval. Bijvoorbeeld omdat de wet dan tot schrijnende consequenties leidt. Het is niet moeilijk daarvan voorbeelden te vinden: mijn mede-preadviseur brengt als Nationale ombudsman regelmatig rapporten uit die dit kunnen illustreren. De kwestie van de toeslagen voor kinderopvang, mede door hem aangekaart, ligt ons nog vers in het geheugen.

Als die twijfel opkomt, is het antwoord juridisch eenvoudig: het is de wil van de wetgever geweest, dus de wet moet worden gevolgd. Het proces van wetgeving, waarbij het parlement betrokken is, garandeert dat de wet een democratische legitimatie heeft. Bovendien kent het proces een grote openheid, zodat door velen meegedacht kan worden over de consequenties van de regels in allerlei praktijkgevallen. Datgene wat op die manier tot stand is gekomen, moet wel een goede wet zijn. Die moet dus gevolgd worden, ook wanneer dat tot schrijnende consequenties leidt. Want de wetgever is degene die alles heeft kunnen voorzien, en die gelegitimeerd is om te beslissen of een regel in een bepaald geval verantwoord is: soms wel streng, maar altijd rechtvaardig.

Vroeger sprak men in dit verband wel van een wet van Meden en Perzen.¹⁸ Een wet die altijd gold, wel hard kon zijn, maar toch onwrikbaar was. In steen gebeiteld, zou men kunnen zeggen.

Nu is er veel te zeggen voor het standpunt dat men strak aan wetten moet vasthouden. Uit de geschiedenis zijn verhalen bekend van machthebbers die wetten uitvaardigden, en vervolgens op grond van hun eigen wetten veroordeeld werden. Dat is het voordeel van een onwrikbare wet: die geldt voor iedereen, zelfs voor de koning of andere machthebber. Niemand staat boven de wet. Het belang van strikte naleving van de wet wordt dan ook verdedigd met fundamentele rechtsbeginselen als gelijkheid en voorspelbaarheid.

Het enigszins relativeren van de onwrikbare wet is daarom een hachelijke bezigheid. Toch zal mijn betoog in die richting gaan. Niet omdat de zojuist genoemde voordelen van strakke wetsnaleving onbelangrijk zijn. Maar omdat de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de manier waarop het

¹⁸ De uitdrukking is ontleend aan de bijbel, waar zij onder meer voorkomt in Daniël 6 vers 9: het verhaal van Daniël in de leeuwenkuil.

bestuursrecht betekenis toekent aan de formele wet, onrealistisch zijn. De wetgever heeft aanzienlijk minder zicht op de gevolgen van zijn regels dan het recht veronderstelt. Bovendien is het minder aannemelijk dan het op het eerste gezicht lijkt dat de rechtszekerheid en gelijkheid door het strak vasthouden aan de regels van de wet worden gediend.

Het is niet mijn bedoeling om afbreuk te doen aan de betekenis van wetten. Maar wel om die betekenis een wat andere vorm te geven. Wetten kunnen richting geven en de normale gevallen regelen. Maar zij kunnen niet voor alle gevallen in alle omstandigheden de juiste oplossing bieden. Er is een zekere flexibiliteit nodig om van de wet te kunnen afwijken om te voorkomen dat die tot onaanvaardbare toepassingen leidt, toepassingen die de wetgever ook niet beoogd zal hebben. Blijft men ook dan strak vasthouden aan de wet, dan komt de wereld van het recht steeds verder af te staan van de samenleving. Dan houdt men het instrument wetgeving in stand op een manier die goed past in de juridische systematiek, maar die het belang van de burger niet dient.

Om het instrument van de wet goed bruikbaar te houden, zal de bindende werking ervan meer in de richting van de beleidsregel moeten gaan: een hoofdregel voor de meeste gevallen, maar die uitzondering moet lijden als de toepassing tot onaanvaardbare uitkomsten leidt.

Waarom kan de wetgever niet alle gevallen overzien?

De pretentie van de wetgever reikt in ons juridisch denken ver, ook in de toekomst. Wetten, ook wetten die al heel oud zijn, hebben nog steeds dezelfde gelding als wetten die gisteren tot stand zijn gekomen. Bij de interpretatie van wetten gaan wij te rade bij de tekst van de wet, en in aanvulling daarop bij de wil van de wetgever, voor zover wij die te weten kunnen komen. Bijvoorbeeld uit de toelichting of de parlementaire behandeling.

Zo redenerend veronderstellen wij dat de wetgever een perfect beeld heeft van onze samenleving, tot in alle uithoeken, en de toekomst goed kan voorspellen. Wanneer wij ons, om de wet en de bedoeling daarvan goed te kunnen interpreteren, verdiepen in de voorstelling van zaken waarvan de wetgever is uitgegaan, komen wij, zoals gezegd, vaak nogal bedrogen uit. Het beeld van de samenleving waarin de wet moet gaan gelden wordt lang niet altijd expliciet gemaakt, en heeft zelden met de toekomst te maken. Vaak bedoelt een wet een bepaald probleem in de samenleving op te lossen of verbetering te brengen in bepaalde omstandigheden. Voor het overige blijft de samenleving onveranderd.

Wat is dan de betekenis van de wet indien de samenleving ingrijpend is veranderd, of de omstandigheden heel anders zijn dan de wetgever heeft verondersteld? Het antwoord op die vraag is in ons recht nogal eenduidig: niemand weet het beter dan de wetgever, en alleen hij kan door een nieuwe wet de eerdere wet afschaffen. Bij de interpretatie van de wet blijven wij vasthouden aan de bewoordingen en aan de bedoelingen van indertijd.

Naar ik meen worden de argumenten om dit uitgangspunt te relativeren steeds sterker. Wanneer de samenleving zo gecompliceerd is dat zelfs de alwetende wetgever tekort schiet, en de toekomst ook voor hem moeilijk te voorspellen valt, doet men dan recht aan de wet en de bedoelingen van de wetgever door de regels altijd op precies dezelfde manier te blijven toepassen? Schuift men dan de wetgever niet dingen in de schoenen die de wetgever helemaal niet gewild heeft?

Een aantal factoren maakt die vraag klemmender. Zij hangen voor een deel samen met de complexiteit van de samenleving en nieuwe wetenschappelijke inzichten. Maar deels spruiten zij ook voort uit de ervaring dat het strak vasthouden aan regels in de praktijk tot onaanvaardbare consequenties leidt. Consequenties die in een rechtsstaat niet als juridisch juist kunnen worden verdedigd.

Redenen voor de beperkte blik van de wetgever

Waarom is het niet meer realistisch om te veronderstellen dat de wetgever alle consequenties van zijn regels heeft doordacht?

a. De wetgever kan (en wil) niet alles overzien

Van oudsher bestaat er een sterke neiging in het publiekrecht om de overheid te binden aan duidelijke regels. Regels brengen voorspelbaarheid en gelijkheid. Wanneer die regels bovendien zijn vastgesteld door de formele wetgever, dan zorgen zij ook voor de democratische legitimatie van het handelen door het bestuur. Om die redenen is er lang kritisch gekeken naar ‘de terugtrek van de wetgever’; het gegeven dat wetten heel vaak nogal wat ruimte laten aan lagere regelgevers of bestuursorganen. Hoewel een zekere terugtrek werd aanvaard, bleef het ideaal lange tijd om zoveel mogelijk in de wet zelf te regelen. Dat ideaal veronderstelt dat de opstellers van de wetten voldoende kennis hebben om goede regels te maken.

Misschien was dat vroeger tot op zekere hoogte wel een haalbaar ideaal. Wanneer de samenleving niet te ingewikkeld is, en de overheidstaken niet te omvangrijk, kan de wetgever een inschatting maken van de effecten van de regels die hij opstelt. Dat wordt moeilijker wanneer de taken van de overheid zich uitbreiden en dieper gaan ingrijpen in het leven van de burgers. Nog moeilijker wordt het nu de samenleving complexer is geworden als gevolg van de ontwikkeling van de techniek, van de internationalisering, en van de vergroting van culturele diversiteit.

Daarom is het overzien van de diversiteit van gevallen die onder een regeling vallen, steeds minder goed mogelijk geworden. Natuurlijk probeert men zich bij het maken van wetten een voorstelling te maken van de effecten van de regels in verschillende omstandigheden, en worden ex ante evaluaties gemaakt om dat te ondersteunen. Maar het kan haast niet anders dan dat men veel gevallen over het hoofd ziet. Het accent bij de voorbereiding van regels ligt vaak bij een bepaalde problematiek of bij een bepaalde groep van burgers, en daarop zijn de regels toegesneden. Dat er allerlei vormen van interactie kunnen bestaan met andere problemen of met andere onderwerpen van overheidszorg, verdwijnt regelmatig naar de achtergrond.

Dat is ook nauwelijks te voorkomen. Men kan als wetgever niet alles voorzien. Het zou ook veel te veel onderzoek en tijd vergen om dat allemaal in beeld te krijgen. Het is dus onvermijdelijk dat er zich in de praktijk gevallen voordoen waaraan de wetgever niet heeft gedacht en die toch onder de regel vallen. De problematiek van de toeslagen voor kinderopvang is daar een voorbeeld van waarmee de politiek aardig in de maag zit. Maar zij behoort ook ons juristen aan het denken te zetten: ons juridisch systeem heeft die schrijnende gevallen gelegitimeerd. Natuurlijk kan men naar de wetgever wijzen die strenge regels heeft willen maken om fraude te voorkomen. Maar is het reëel om te veronderstellen dat de wetgever dan zulke ernstige gevolgen van de toepassing van zijn regels heeft gewild of zelfs maar op de koop toe heeft genomen? Dat is wel de positie waartoe ons bestuursrecht heeft geleid.

Een belangrijke reden waarom het voor de wetgever moeilijk is de effecten van zijn regels te voorzien is, zoals gezegd, dat de complexiteit van de samenleving, en daardoor ook van het geheel aan regels, heel groot is geworden. Tegelijkertijd worden de regels bijna altijd vanuit een sectoraal perspectief gemaakt. De Belastingdienst of het CJIB dat boetes moet innen, en de wetgeving die daarvoor wordt gemaakt, denken vanuit dat perspectief: het zekerstellen van de betalingen die door burgers moeten worden verricht. In sommige gevallen kan de inning van

die betalingen leiden tot een situatie van problematische schulden. Uit allerlei onderzoek, en ook uit de rapporten van de Nationale ombudsman, blijkt dat dit ernstige consequenties kan hebben: gezinnen die het niet meer redden, met huisuitzetting of verlies van een baan als gevolg. Sectoraal gedacht is de neiging om te zeggen dat dit een ander beleidsterrein betreft, en dat andere sectoren van de overheid zich daar mee bezig moeten houden. De (sectorale) wetgever kan zich niet met al die mogelijke complicaties bemoeien. Die complicaties zijn dan niet door de wetgever gewild, maar zij zijn toch het onvermijdelijke gevolg van het streng vasthouden aan de regels.

De sectorale invalshoek bij wetgeving betekent dat er één invalshoek is die dominant is bij het inschatten van de effecten en consequenties van de regels. Dat is immers de invalshoek waarvan de opstellers van de regels het meeste weten, evenals de adviseurs vanuit die sector die hen bijstaan. Het is dan doorgaans niet met opzet dat de interactie van de regelgeving met andere regelgeving of andere beleidsterreinen tot onvoorziene en soms onaanvaardbare consequenties leidt, maar het is het noodzakelijke gevolg van de beperkte blik die iedere wetgever heeft, zeker wanneer het sectorale perspectief sterk overheerst.

Het strak vasthouden aan de regels in gevallen die buiten perspectief zijn gebleven door een niet voorziene interactie met andere regels of om andere redenen, kan dan niet meer opgevat worden als het vasthouden aan de wil van de wetgever. Integendeel, wanneer de wetgever soms geconfronteerd wordt met onverwachte of schrijnende gevolgen, zal hij vaak concluderen dat hij die niet heeft voorzien. Dat blijkt ook uit de toeslagenaffaire. Die is bovendien een voorbeeld van het feit dat ook schrijnende gevolgen van een wet heel langzaam doordringen tot de makers van de wetten. De makers en uitvoerders van de belastingwetgeving zien die niet in hun praktijk: het zijn de gemeentelijke sociale diensten en de Nationale ombudsman die daarmee geconfronteerd worden.

Het is dus een fictie om te denken dat het vasthouden aan de regels in dergelijke gevallen te maken heeft met het uitvoeren van de wil van de wetgever. Het gaat veeleer om het in stand houden van het juridische systeem, en van de werkwijze van de overheid.

b. Veranderingen in de samenleving lijken steeds sneller te gaan

Veranderingen in de samenleving lijken tegenwoordig veel sneller te gaan dan vroeger. Internet, corona, internationalisering en andere ontwikkelingen hebben de wereld in korte tijd een ander aanzien gegeven. Verreweg de meeste wetten

zijn dezelfde gebleven: wetgevingstrajecten duren jaren, en aanpassing van wetten aan nieuwe omstandigheden loopt daardoor altijd achter. Dat wordt ook regelmatig gezegd, en het enkele feit dat men dit opmerkt geeft al aan dat veel bestaande wetten niet berekend zijn op de nieuwe omstandigheden. Zelfs de wetgever kan niet in de toekomst kijken. In de inleiding heb ik daar al het een en ander over gezegd.

De kans dat de wetgever van vroeger zijn wet anders zou hebben ingericht indien hij een goed beeld van de nu ontstane omstandigheden zou hebben gehad, is daardoor aanmerkelijk. Spreekt het dan vanzelf dat de oude regels in de nieuwe situatie worden toegepast? Men kan in ieder geval niet zeggen dat dit overeenkomstig de wil van de wetgever is. Die wetgever rekende helemaal niet met deze situatie. Nog sterker dan in de hierboven beschreven situatie zijn het dus andere argumenten dan de wil of de bedoeling van de wetgever die nodig zijn om het strak vasthouden aan de oude regels te legitimeren. Deze problematiek wordt groter naarmate er sprake is van sneller optredende veranderingen.

Op allerlei terreinen wordt gepleit voor grotere maatschappelijke flexibiliteit in een snel veranderende samenleving. Mensen verrichten niet meer hun hele leven hetzelfde werk, en moeten dus geschoold worden om zich snel op nieuwe situaties in te kunnen stellen. Dat geldt ook voor bedrijven. Een rechtssysteem dat met zijn tijd meegaat kan dit alles niet negeren: het kan niet gebaseerd zijn op wetten die starheid brengen doordat zij onveranderlijke regels voorschrijven.

c. Wetten voor robots, maar niet voor mensen

Het WRR-rapport *Weten is nog geen doen*¹⁹ heeft brede steun ontvangen, ook bij de overheid. Een centrale stelling van het rapport is dat de rechtsvormers van een onrealistisch mensbeeld uitgaan. Anders dan zij veronderstellen is de burger niet een steeds rationeel handelende persoon met het *doenvermogen* om te doen wat de regels veronderstellen dat hij kan doen. Daardoor kunnen wetten heel anders uitwerken dan de wetgever heeft gedacht, en daardoor komen mensen ook in de problemen: zij zijn gewoon niet altijd in staat te handelen zoals het recht van hen verwacht.

De inzichten van de WRR zijn inmiddels wel omarmd, en het besef dat de wetgever daarmee rekening moet houden is gegroeid. Hoe dat beter zou moeten,

¹⁹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

daarover wordt veel nagedacht, maar een goed antwoord is nog niet gevonden. Dit onderstreept nog eens de gedachte dat wetten consequenties hebben die de wetgever niet voor ogen heeft gehad. Dan is het niet realistisch om strak aan een regel vast te houden met een beroep op de wil van de wetgever.

Aan de wet wordt in het bestuursrecht een betekenis toegekend die berust op onjuiste veronderstellingen

De conclusie kan geen andere zijn dan dat de wetgever een beperkt zicht heeft op de gevolgen van zijn regels. Voor de normale gevallen waarop zijn regels zijn gericht, kan hij overdachte keuzes maken. Maar die keuzes kunnen geen betrekking hebben op situaties die hij niet heeft gezien en soms ook niet heeft kunnen overzien.

De laatste tijd zijn meer gevallen onder de aandacht gekomen waarin het strak vasthouden aan regels tot onaanvaardbare resultaten heeft geleid. Ik noemde al de toeslagen voor kinderopvang. Met andere voorbeelden werd ik geconfronteerd in het aandachtsgebied van het Programma Maatwerk Multiprobleemhuishoudens van de rijksoverheid.²⁰ Het gaat daar om gezinnen die een cumulatie van problemen hebben: baanverlies, problematische schulden, echtscheiding en opvoedingsproblemen kunnen in vele combinaties voorkomen. De wetgever richt zijn regels waarmee deze gezinnen te maken krijgen, doorgaans sectoraal in. De wet bestrijkt daardoor steeds een deel van de problematiek. Met allerlei combinaties van problemen heeft de wetgever niet gerekend; dat kon hij ook moeilijk: daarvoor is de diversiteit van gevallen te groot. Maar daardoor is de stelling dat hij ook in al die gevallen zijn regels onverkort zou willen laten gelden, niet met de realiteit in overeenstemming. Het is niet juist hem gevolgen van zijn regels toe te rekenen wanneer die neerslaan in niet te verdedigen besluiten. Besluiten die schrijnend zijn, vergelijkbaar met de schrijnende besluiten over kinderopvang toeslagen.

De inzichten van de WRR laten zien hoe de problematiek van burgers kan worden versterkt door het rigoureuze uitvoeren van regels. Stress is een belangrijke factor die het doenvermogen van de burger vermindert. Wanneer tegelijkertijd regels uit verschillende domeinen van wetgeving tot toepassing komen, kan die stress tot een draaikolk naar beneden leiden. Ook regels die in andere gevallen goed uitwerken, kunnen dan contraproductief worden. Wanneer daar nog maatschappelijke veranderingen bij komen die de wetgever niet kan

²⁰ Zie over dat programma www.maatwerkprobleemhuishoudens.nl.

hebben zien aankomen (bijvoorbeeld corona), wordt het helemaal de vraag wat de relatie is tussen het onderwerp dat de wetgever heeft willen regelen, en het resultaat in geheel andere omstandigheden.

De kern van de problematiek ligt niet bij de wetgever die onvoldoende nadenkt over de toepassingsmogelijkheden van zijn regels. Dat kan zeker een factor zijn, maar het is het rechtssysteem zelf, de grondslagen waarvan wij juristen uitgaan, die niet blijken te kloppen. Aan de wet wordt een betekenis toegekend die niet overeenstemt met wat met het instrument wetgeving tegenwoordig te bereiken valt.

Kortom, het doenvermogen van de wetgever is veel minder groot dan het rechtssysteem veronderstelt, om in termen van de WRR te spreken.²¹

Hiermee komt ook de democratische legitimatie van de wet in een ander daglicht te staan. Doordat de wetgever veel minder goed kan overzien wat de consequenties van zijn regels in alle gevallen zijn, is het onjuist die toch aan hem toe te rekenen. Wat hij niet kan overzien, kan hij ook niet gewild hebben. Die consequenties kunnen dus ook niet met het argument van de wil van de wetgever verdedigd worden.

Andere argumenten voor strakke binding aan de wet: rechtszekerheid en gelijkheid

Ter verdediging van het strak vasthouden aan wettelijke regels worden vaak de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid genoemd. In hoeverre is dat juist?

Het argument van de rechtszekerheid

Een vaak genoemd argument om strak aan de regels van de wet vast te houden, is de rechtszekerheid. In het bestuursrecht kunnen burgers uit de wetgeving afleiden welk handelen hun van de overheid te wachten staat, zo is de redenering. Die rechtszekerheid is van groot belang en een essentieel onderdeel van de rechtsstaat. Daarom zijn terugwerkende kracht van regels ten nadele van de burgers in het bestuursrecht en ook in het strafrecht in beginsel niet toelaatbaar.

²¹ Mark Bovens hield op 30 oktober 2020 een lezing over het doenvermogen van de wetgever, waarin hij aandacht schenkt aan mogelijkheden om het doenvermogen van de wetgever te versterken. Te raadplegen op www.wrr.nl.

De veronderstelling is dus dat burgers rechtszekerheid ontlenen aan wetten. Natuurlijk beseffen we wel dat weinig burgers wetboeken in huis hebben of wetsartikelen op internet opzoeken. Doen zij dat wel, dan stuiten zij overigens niet altijd op vlot leesbare teksten waarvan zij de consequenties direct kunnen doorzien. Toch kunnen wetsteksten wel indirect tot burgers doordringen via literatuur of informatie door de overheid wanneer zij op zoek zijn naar een specifieke regeling. Wanneer de stelling is dat strak vasthouden aan de wet in het belang is van de rechtszekerheid van burgers, dan gaat het om deze indirecte manier van kennisname.

Toch is het sterk de vraag hoever dit argument in de praktijk kan reiken.

Ter illustratie loop ik hier vooruit op een discussie verderop in dit stuk over de verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb en bepalingen in bijzondere wetten. Het artikel in de Awb verbiedt een besluit te nemen dat onevenredige nadelige gevolgen voor de burger heeft, terwijl een dergelijk besluit soms door de bijzondere wet wordt voorgeschreven. Wat gaat dan voor: de Awb of de bijzondere wet?

De gebruikelijke benadering gaat uit van de gedachte dat de bijzondere wet voorgaat: die is meer gedetailleerd en geeft houvast. Wanneer men in schrijvende gevallen van de wet wil afwijken, dan moet, zo wordt dan gezegd, in die wet een voorziening daarvoor worden opgenomen. Dat is ook veelvuldig gebeurd: tal van wetten kennen hardheidsclausules die in verschillende bewoordingen afwijking toestaan ingeval het strikt volgen van de regel tot grote nadelen voor de burger zou leiden. Onbillijkheden van overwegende aard is een vaak gebruikte terminologie om die gevallen aan te duiden.

Brengt dat rechtszekerheid?

Het antwoord is voor deze gevallen zonder meer ontkennend. Recent is op het terrein van het sociaal domein een tweetal inventarisaties gemaakt van de hardheidsclausules in de diverse wetten op dat terrein.²² Dit om na te gaan wat er in de praktijk al mogelijk is om maatwerk te leveren en al te schrijvende besluiten te vermijden. Die inventarisaties leverden, zo bleek uit de discussie, voor

²² Anne Meuwese & Johan Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? Een inventarisatie van het maatwerkgehalte van SZW- en VWS*, Tilburg University 2020 en Stichting Stimulansz, *Hardheidsclausules ten behoeve van maatwerk*, product van het Programma Maatwerk voor Multiprobleemhuishoudens, 2020.

overheidsjuristen bij wetgeving en uitvoering interessante inzichten op. Twee zaken werden daarbij duidelijk:

- Er bleken in de praktijk meer mogelijkheden te zijn om van de regels af te wijken dan men had gedacht: vaak was er wel een hardheidsclausule te vinden die bruikbaar was;
- Er was nogal wat diversiteit in de formulering van die clausules, zodat het lastig was daarin als professional bij de uitvoering goed de weg te vinden;
- Niemand, ook de wetgevingsjuristen of de professionele uitvoerders van de wetten niet, hadden een goed overzicht van de hardheidsclausules: men moest de universiteit van Tilburg en de stichting Stimulansz een onderzoek laten doen naar wat mogelijk was om schrijnende besluiten te vermijden.

Mijn conclusie uit deze discussies is dat het precies in de wet willen vastleggen wanneer van een wettelijke regel kan worden afgeweken, in deze gevallen geen enkele bijdrage levert aan de rechtszekerheid. Integendeel, de wetgeving is daardoor zo ingewikkeld geworden dat zelfs professionals daarin de weg niet konden vinden, en dus ook geen gebruik maakten van de mogelijkheden die de wetgeving bood. Dat leidt tot een tweetal vaststellingen:

- Wanneer professionals de weg in de wetgeving al niet kunnen vinden, is het onmogelijk te verwachten dat burgers die weg wel vinden en daaraan rechtszekerheid ontnemen;²³
- Wanneer zij toch de weg in de wetgeving zouden vinden, zouden zij nog bedrogen uitkomen, ook omdat de met de uitvoering belaste professional die weg niet kennen, en dus niet beslist zou hebben zoals de burger dan had kunnen verwachten.

Wanneer men in plaats van het steeds in de wet opnemen van een hardheidsclausule ervan uit zou gaan dat het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb altijd van toepassing is, dan zou dat de burger meer rechtszekerheid bieden. Niet omdat hij dat artikel zou gaan lezen of begrijpen, maar omdat hij de overheid steeds kan houden aan het beginsel dat hij geen onevenredig nadelige besluiten van de overheid hoeft te dulden. Dat is precies wat men in een rechtsstaat van de overheid mag verwachten, en dus een uitgangspunt dat voor iedere burger te

²³ In deze zin ook S.E. Zijlstra, 'Aanpak bij het opstellen van een wettelijke regeling', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, § 9.2.

begrijpen valt. Een dergelijke benadering geeft voor de burger meer rechtszekerheid dan een woud van hardheidsclausules in de wet.

Het strak vasthouden aan een veelheid van gedetailleerde regels in de wet kan dan ook niet verdedigd worden met een beroep op het belang van de rechtszekerheid voor de burger. Daarentegen biedt een algemeen beginsel dat aansluit bij het verwachtingspatroon van de burger in een rechtsstaat aanzienlijk meer houvast. Natuurlijk is enige vaagheid inherent aan ieder beginsel, maar een zeker vertrouwen kan het toch geven. Besluiten die geen redelijk handelende overheid zou nemen, zouden dan in ieder geval sneuvelen. Heel wat besluiten over toeslagen zouden in die categorie zijn gevallen.

Maar ons juridisch systeem dat zo strak vasthield aan de regels in de wet, kwam bij de toeslagen jarenlang tot een ander resultaat. Het gebruik van het argument van de rechtszekerheid in dit verband past in het gedachtegoed van een bureaucratische rechtsstaat met een voorkeur voor regelgeleide uitvoering. Het beroep dat juristen veelvuldig doen op het belang van strikt naleven van de regels van de wet, lijkt vaak meer ingegeven door hun eigen behoefte aan houvast binnen dat gedachtegoed dan door zicht op de noden van de burger. In een responsieve rechtsstaat, waar het burgerperspectief voorop staat, levert dit geen vanzelfsprekende bijdrage aan de rechtszekerheid van de burger.

Het argument van de rechtsgelijkheid

Algemene regels brengen rechtsgelijkheid, en dit is ook een belangrijk argument om vast te houden aan de regels van de wet. Een afwijking van die regels bergt het gevaar van ongelijkheid in zich.

Ook hier doet zich de vraag voor of het gelijkheidsbeginsel, zoals dat in het bestuursrecht wordt gehanteerd, tegemoet komt aan wat de burger van dat beginsel mag verwachten. In een rechtsstaat dient dit beginsel de burger, en de burger moet dan ook kunnen zien en ervaren dat burgers gelijk worden behandeld.

Uiteraard is dan de vraag: wat zijn gelijke gevallen? Ook hier blijkt dat het perspectief van de wetgever niet hetzelfde is als dat van de burger. Voor de wetgever zijn de burgers die onder zijn wet vallen, allen gelijk, en moeten dus gelijk behandeld worden. Bijna alle wetgeving is sectorale wetgeving, en dat betekent dat iedere wet de burger in een bepaalde hoedanigheid benadert. De burger is belastingbetaler, houder van een standplaatsvergunning of foutparkeerder, en in

die hoedanigheid zijn zij allen hetzelfde. Vanuit het burgerperspectief is dat soms heel anders. De burger ziet een alleenstaande ouder die met moeite rond kan komen, een vermogend echtpaar of een alleenstaande met medische problemen. Moeten die gelijk worden behandeld wanneer zij te laat zijn met een betaling? Of wanneer zij moeite hebben met naleving van een vergunningvoorschrift? Stel dat een belasting of boete niet tijdig is betaald. Is dan een verhoging van het te betalen bedrag in die drie gevallen gelijke behandeling? De alleenstaande ouder kan daardoor in de schuldsanering worden geduwd, het vermogende echtpaar merkt de verhoging nauwelijks, en bij de alleenstaande met medische problemen die vanwege die problemen niet tijdig heeft betaald kan de ergernis over het overheidsoptreden het herstel frustreren.

Is dit gelijke behandeling? Geen burger-niet jurist zal dat, lijkt mij, beamen. Maar voor het recht is dit gelijke behandeling: de regels gelden voor iedereen op gelijke wijze. Natuurlijk werkt het voor de een anders uit dan voor de ander, maar dat is voor de belastingwet niet relevant. Ontstaan er allerlei problemen voor de burger door de verhoging, dan is dat de zorg van anderen. De gemeentelijks sociale dienst kan zich over het één-ouder gezin ontfermen, en de gezondheidszorg moet problemen op dat vlak oplossen. Kortom, de sectorale wetgever gaat uit van een eendimensionaal beeld van de burger: hij is alleen belastingbetaler of foutparkeerder die zijn boete niet betaalt, en de wetgever richt de wetgeving in alsof die hoedanigheid de burger volledig bepaalt.

Sinds het WRR-rapport zijn er nog meer vragen over het gelijkheidsbeginsel opgekomen. Doordat de zelfredzaamheid of het doenvermogen van burgers sterk uiteen loopt, leidt het gelijk toepassen van regels ook binnen het domein van één sector nog tot ongelijkheid. Ook al ziet men de burger alleen als belastingbetaler, dan nog kan niet iedere burger op dezelfde manier reageren op de regels. De Raad laat zien dat sommige burgers hun gedrag beter op de regels kunnen afstemmen dan andere, en dat een burger in een situatie van stress – ziekte, ontslag – anders reageert dan gewoonlijk. Daardoor kan, zo volgt uit het rapport van de Raad, grote ongelijkheid in gevolgen ontstaan door het gelijk toepassen van de regels.

Tegen deze achtergrond is niet meer vol te houden dat het strak vasthouden aan wettelijke regels vanzelfsprekend tot gelijke behandeling leidt. Integendeel, de diversiteit van situaties waarin burgers zich bevinden, en de verschillen in doenvermogen leiden er onherroepelijk toe dat ongelijkheid ontstaat.

Hoe schrijnend regels kunnen uitwerken kan onder mee blijken uit de rapporten van mijn medepreadviser. Het blijkt ook uit de gevallen die zich voordoen bij zogenaamde multiprobleemgezinnen, waaraan ik eerder refereerde. Terwijl sociale diensten proberen ondersteuning te bieden om een gezin weer in een enigszins stabiel vaarwater te brengen, kan het uitvoeren van landelijke regels dat proces volledig doorkruisen. Wat de ene overheid via de sociale dienst wil bereiken, wordt teniet gedaan door de regels van een andere overheidsdienst. Vanuit het burgerperspectief kan men een dergelijk gezin niet gelijk behandelen met een gezin dat dergelijke problemen niet heeft.

De laatste tijd dringt dat besef ook bij de overheid door. Voor een deel komt dat doordat de overheid zelf met de negatieve gevolgen van het strak uitvoeren van regels geconfronteerd wordt. Multiprobleemgezinnen zijn een voorbeeld daarvan: het werk van de sociale dienst wordt daardoor haast onmogelijk gemaakt. Maar mede door het WRR-rapport en zaken als de toeslagenaffaire wordt duidelijk hoe nodig een andere benadering is.

De roep om maatwerk wordt nu breed bij de overheid gehoord. Maatwerk houdt in dat men bij de uitvoering van regels rekening houdt met de specifieke situatie waarin een burger verkeert.

Maatwerk refereert aan de fysieke persoon. Zo levert de kleermaker maatwerk door de kleren die hij maakt af te stemmen op de maten van het lichaam van zijn klant. Vanuit het perspectief van de klant is dat maatwerk, maar niet vanuit het perspectief van de kleermaker. Die kan niet in alle gevallen een pak van dezelfde maat leveren, maar moet per klant differentiëren. Zou de overheid de kleren leveren, en ieder vanuit het overheidsperspectief gelijk behandelen, dan zou iedere burger hetzelfde pak krijgen.

Het is niet reëel om te denken dat dit praktisch zou kunnen zijn. Toch maakte ik in een Oost-Europees land voor de val van de muur een voorbeeld mee dat in die richting ging. Ik verloor mijn bril, en moest een nieuwe aanschaffen. Dat bleek goed mogelijk in de van staatwege gerunde winkels, maar er was slechts één montuur beschikbaar. Iedereen werd dus gelijk behandeld, ongeacht de vorm van de ogen of het gezicht.

Er is dus een groot verschil tussen het nastreven van gelijkheid volgens het rechtssysteem wanneer dit stipte uitvoering van de wet verlangt, en het vormgeven van gelijkheid vanuit het burgerperspectief. Niet gelijkheid, afgemeten

aan één sectorale hoedanigheid van de burger, maar gelijkheid afgemeten aan de volledige persoon van de burger in de omstandigheden waarin hij zich bevindt. Dat moet maatwerk naar mijn mening zijn: gelijkheid, zoals dat vormgegeven wordt vanuit het burgerperspectief.

Conclusie: andere plaats voor de wet in het bestuursrecht

Bij het bepalen van de plaats van de wet in het rechtssysteem moet men zich realiseren dat de wetgever die regels van bestuursrecht vaststelt, onmogelijk alle gevallen kan overzien die nu en in de toekomst onder die regels zullen vallen. Daarvoor is de samenleving te complex, daarvoor is de toekomst, waarin die regels blijven gelden, te ongewis, en daarvoor is het verschil in doenvermogen tussen burgers te groot.

Daarmee is niet te verenigen dat het bestuursrecht uitgaat van de veronderstelling dat dit wel zo is. Het onwrikbaar vasthouden aan wettelijke regels in alle gevallen heeft tot gevolg dat aan de wetgever bedoelingen worden toegeschreven die hij niet gehad heeft en vaak ook niet gehad kan hebben. De wet is geen instrument dat steeds voor alle gevallen de oplossing kan bieden.

Daarom moeten in het bestuursrecht aan de wet niet meer gevolgen worden verbonden dan overeenkomen met wat met het instrument wet te bereiken valt. De regels zijn bedoeld voor de meer normale gevallen die de wetgever kon overzien. Aanvaard moet daarom worden dat er ook gevallen onder de regels kunnen vallen waarvan de wetgever zich onvoldoende bewust was of kon zijn, en waarvan de gevolgen dus ook niet op het conto van de wetgever kunnen worden geschreven. Wanneer dat leidt tot besluiten die in de concrete omstandigheden niet aanvaardbaar zijn, moet het systeem van het bestuursrecht daarvoor een oplossing bieden. Die oplossing kan niet zijn dat men verlangt dat de wet zelf nauwkeurig gaat aangeven wanneer daarvan kan worden afgeweken, bijvoorbeeld met hardheidsclausules. Dat is geen begaanbare weg. De inherente beperking van de kennis van de wetgever geldt ook hier, en staat daaraan dus in de weg.

Vaak aangevoerde argumenten om strak aan wettelijke regels vast te houden zijn de democratische legitimatie van de formele wetgever tegenover bestuursorganen en rechters die deze legitimatie in mindere mate bezitten, alsmede de argumenten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Het argument van de democratische legitimatie houdt geen stand doordat aan de wetgever daarvoor een alwetendheid wordt toegeschreven die hij eenvoudig

niet heeft. Hij kan algemene regels geven en daardoor in algemene zin richting geven aan de uitvoering door bestuursorganen en de beoordeling door de rechter, maar hij kan niet tot in detail regelen hoe zijn regels in ieder concreet geval moeten worden toegepast. Daarom kan de legitimatie van de wet niet verder gaan dan het eerste.

De Raad van State verwoordt de beperkte blik van de wetgever in zijn jaarverslag van 2019 ook:

Wettelijke regels die in abstracto redelijk lijken, kunnen in de praktijk voor bepaalde (groepen) burgers evident onredelijk uitvallen. Die gevolgen worden soms pas na verloop van tijd zichtbaar, zoals bij het alcoholslotprogramma en de kinderopvangtoeslag. De rechter kan dan alsnog ingrijpen door regelgeving onverbindend te verklaren, buiten toepassing te laten of door maatwerk van de overheid te verlangen.²⁴

Interessant is dat de Raad hiermee onderschrijft dat de wet consequenties kan hebben die niet zijn voorzien, en misschien ook niet kunnen worden voorzien. Na verloop van tijd kunnen die duidelijk worden, en dat moet, zo begrijp ik het betoog van de Raad, ook juridische consequenties hebben voor de manier waarop in het bestuursrecht met de wet wordt omgegaan. Het kan betekenen dat de houding van de rechter tegenover een bepaalde wet na verloop van tijd verandert: hij gaat er op basis van nieuwe gegevens anders mee om dan eerder.

Het argument van de rechtszekerheid ten gunste van een strak vasthouden aan de regels van de wet houdt geen stand omdat het teveel vanuit het overheids-perspectief wordt gehanteerd. Bij rechtszekerheid moet het gaan om rechtszekerheid voor de burger. Naarmate een wet gedetailleerder en daardoor ingewikkelder wordt, vermindert de op rechtszekerheid gerichte werking ervan: de burger kan daarvan dan niet goed meer kennisnemen, ook niet via intermediaire kanalen. Rechtszekerheid kan de burger beter verkrijgen wanneer hij er op kan vertrouwen dat een aantal grondbeginselen van de rechtsstaat door de overheid steeds in acht worden genomen. Het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zijn dergelijke beginselen, maar dan wel vormgegeven vanuit het perspectief van de burger.

Het argument van de rechtsgelijkheid is evenmin overtuigend om altijd aan de letter van de wet vast te houden. Gelijkheid vanuit het burgerperspectief

²⁴ Raad van State, *Evenwicht in de rechtsstaat. Een beschouwing*, Jaarverslag 2019, p. 8.

betekent ruimte voor maatwerk, en dat houdt in dat er juist wel ruimte moet bestaan voor het afwijken van strakke wettelijke regels.

Het gaat niet om het toetsen van de beslissing van de wetgever

In de discussie over de vraag of afwijking van een wettelijk voorschrift geoorloofd of nodig is, wordt vaak gerefereerd aan de verhouding tussen wetgever en rechter. In ons recht is het toetsingsrecht van de rechter beperkt: hij mag niet zijn oordeel in de plaats van dat van de (formele) wetgever stellen.

Maar dat uitgangspunt staat hier niet ter discussie. De strekking van mijn betoog is niet om de rechter een oordeel te laten uitspreken over wat de wetgever heeft beslist. Het gaat hier om gevallen waarin de wetgever helemaal niets heeft beslist. Zijn beslissing betreft de normale gevallen die hij als wetgever op het oog had toen de regels werden opgesteld, maar niet de situaties die daarvan sterk afwijken en waar hij zich niet mee heeft beziggehouden. De rechter behoort de regel dan ook niet onverbindend te verklaren: dat zou betekenen dat hij de regel ook niet juist zou vinden voor de gevallen waarvoor die juist wel is bedoeld. Wel kan hij de regel buiten toepassing verklaren. Dan constateert hij dat het hier niet gaat om een normale toepassing van de regel zoals door de wetgever beoogd, maar om een geval waarin de regel tot evident onredelijke gevolgen leidt.

In het hierboven vermelde citaat van de Raad van State worden drie mogelijke reacties van de rechter naast elkaar genoemd: onverbindend verklaren, buiten toepassing laten of maatwerk van de overheid verlangen. De eerste reactie, het onverbindend verklaren, betreft wel het geval dat de rechter een oordeel uitspreekt over de regeling zelf, dus over het product zoals de regelgever dat bedoeld heeft. Dat is in ons bestuursrecht alleen mogelijk indien het een lagere regeling betreft dan de wet in formele zin. Dat was het geval bij het alcoholslot, waarin inderdaad een onverbindend verklaring werd uitgesproken.²⁵ Dat is een duidelijk andere problematiek dan die ik behandel: gevallen die naar de tekst onder de regel vallen, maar die niet de soort gevallen zijn waarop de wetgever zich heeft gericht. Dan is een onverbindend verklaring ook niet de goede reactie omdat de regels in de gevallen waarop de wetgever heeft gedoeld, wel kunnen blijven gelden.

²⁵ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:RVS:2015:622.

Bij de kinderopvangtoeslag ging het om een regeling in de formele wet. Die regeling was niet in het algemeen onaanvaardbaar, en om die reden zou een onverbindend verklaring geen goede reactie zijn geweest, wanneer die al mogelijk zou zijn. Het ging om het voorkomen dat de regels ook worden toegepast op gevallen waarop zij niet zijn gericht, en waar de toepassing tot onaanvaardbare consequenties leidt.²⁶

Interessant is dat de Raad van State als mogelijke reactie van de rechter ook noemt de verplichting om maatwerk te leveren. Dat betekent in wezen dat het gelijkheidsbeginsel moet worden toegepast, maar juist anders dan door de klassieke benadering van het gelijkheidsbeginsel. Hiermee gaat de Raad in de richting van hetgeen ik hierboven over het gelijkheidsbeginsel heb betoogd. Het gelijkheidsbeginsel zou hier betekenen: maatwerk leveren door de regeltoepassing te differentiëren naar de omstandigheden van het geval.

Hoe een andere plaats voor de wet in het bestuursrecht vorm te geven

Tegen de achtergrond van wat ik hiervoor heb gezegd meen ik dat de wet in het bestuursrecht een andere plaats moet gaan innemen. Uitgangspunt moet zijn dat de wetgever wel de algemene richting voor het handelen van het bestuur kan bepalen, en dat hij daarvoor ook direct toepasbare regels voor normale concrete gevallen kan formuleren. Maar tegelijkertijd moet recht worden gedaan aan het feit dat zijn blik beperkt is en zijn kennis een voorlopige betekenis heeft.

Dat betekent dat de traditionele benadering van de wet in het bestuursrecht berust op onjuiste veronderstellingen. De wet moet in het bestuursrecht het instrument zijn om algemene regels vast te stellen voor de gewone gevallen die de wetgever voorziet en regelt. Maar het instrument schiet tekort wanneer het gaat om het gedetailleerd vaststellen van wat vandaag en in de toekomst moet gelden in alle gevallen die onder de letter van de wet vallen. Daarvoor is de kennis van de wetgever onvoldoende en naar de toekomst toe ook in toenemende mate ontoereikend.

Het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel verzetten zich niet tegen een andere positie van de wet. Het strak vasthouden aan de regels van de wet leidt lang niet altijd tot het realiseren van deze beginselen. Integendeel, vanuit het burgerperspectief kan juist afwijken van de wet in het belang zijn van

²⁶ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:RVS:2019:3536.

gelijkheid en rechtszekerheid. Het is dit burgerperspectief dat leidend moet zijn in de rechtsstaat. Zo kan ook worden voorkomen dat, in de woorden van de Raad van State, evident onredelijke besluiten door het recht en de rechter gesanctioneerd worden.

Vanuit dit uitgangspunt werk ik een tweetal consequenties voor het bestuursrecht uit. In de eerste plaats de behoefte aan een meer dynamische interpretatie van de wet. Nieuwe inzichten en nieuwe ontwikkelingen moeten bij het uitleggen van de wet een rol kunnen spelen. In de tweede plaats de behoefte aan een andere opvatting van de verhouding tussen rechtsbeginselen in bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht en bepalingen in bijzondere wetgeving, een opvatting die voor het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 inmiddels vaste grond onder de voeten heeft gekregen.

Een meer dynamische wetsinterpretatie

Hierboven zijn drie omstandigheden genoemd die maken dat de wetgever nooit precies kan overzien hoe zijn wet in een concreet geval uitwerkt. Het zijn de onmogelijkheid om alle gevallen die onder de wet vallen, te kunnen kennen, de niet voorziene veranderingen in de samenleving na het tot stand komen van de wet, en de beperkte inzichten van de wetgever in het doenvermogen van de burger in een concreet geval. Dat alles leidt ertoe dat onder de wet allerlei situaties vallen die de wetgever niet voorzien heeft.

Wanneer dat zo is, moet bij de interpretatie van de wet daarmee rekening worden gehouden. Dat betekent: het bestuursrecht moet niet met de wet omgaan alsof dat een instrument is om alle denkbare situaties die nu en in de toekomst onder de opgestelde regels vallen, perfect te regelen. Het recht zou daardoor een alwetendheid aan de wetgever toeschrijven die hij niet heeft. Het zou hem bovendien allerlei bedoelingen in de schoenen schuiven die hij niet heeft gehad.

Uitgangspunt bij de interpretatie moet een meer realistisch beeld zijn van wat met een wet bereikt kan worden. Ook onrealistische verwachtingen op het punt van rechtszekerheid en gelijkheid die uit strakke wetstoepassing zouden voortvloeien, en die meer voortvloeien uit een bureaucratisch perspectief dan uit een burgerperspectief, moeten tot realistische proporties worden teruggebracht.

Onderkend moet daarom worden welke grenzen aan de mogelijkheden van de wet inherent zijn. Burgers confronteren met uiterst negatieve gevolgen van een wet die niet door de wetgever voorzien en evenmin gewild zijn, kan toch

moeilijk een aanvaardbare interpretatie opleveren in een rechtsstaat waarin de burger centraal staat.

Het gaat hier dus niet om de vraag in hoeverre de wetgever zelf gebonden is aan bepaalde rechtsstatelijke normen, of om de verhouding tussen rechter en wetgever tegen de achtergrond van artikel 120 Grondwet. Het gaat juist om de wetgever die een algemeen beeld heeft van wat hij wil regelen, en op grond daarvan algemene regels vaststelt zonder zich in alle details van mogelijke toepassingen te verdiepen. Dat kan hij ook niet: de werkelijkheid is altijd veelkleuriger dan men denkt. Om van onzekerheden in de toekomst nog maar te zwijgen.

Het gaat dus om de grenzen van het instrument wetgeving, en dan met name om de noodzaak te vermijden dat een wet tot schrijnende gevolgen voor een burger leidt zonder dat dit uit doel of strekking van de wet voortvloeit.

Men zou nu in verschillende richtingen kunnen denken.

In de eerste plaats zou men, wanneer een wet tot een schrijnend en moeilijk aanvaardbaar gevolg voor een burger leidt, zich af kunnen vragen of dat werkelijk met het doel en strekking van de wet overeenkomt. Dan kan men aan de wet een andere, meestal engere interpretatie geven dan op het eerste gezicht uit de woorden van de wet volgt. Of een andere interpretatie dan men zelf eerder heeft omarmd.

Dit opent de weg naar een meer dynamische wetsinterpretatie. Daarmee bedoel ik dat de interpretatie mede gaat berusten op de kennis en ervaring die bij de toepassing van de wet wordt verworven. Wat de wetgever eerst niet weet, wordt in de loop van de tijd bij de toepassing duidelijk: de vele verschillende situaties waarop de regels van toepassing zijn. De ervaring dat de wet soms leidt tot schrijnende besluiten die geen rol in het wetgevingsproces hebben gespeeld, kan dan tot een engere interpretatie van de wet leiden: die vallen er (bij nader inzien) niet onder. Dit geeft een zeker dynamisch karakter aan de wetsinterpretatie. De ervaring met de wet levert immers meer zicht op de toepassing op, en dat moet ertoe leiden dat een bijstelling nodig is om niet bedoelde, disfunctionele gevolgen van de wet uit te sluiten. Een dergelijke dynamische benadering is niet alleen nodig vanwege de tekortschietende kennis over de gevolgen van een wet wanneer die wordt opgesteld, maar ook wanneer de omstandigheden zijn veranderd. Indien in de loop van de tijd de maatschappelijke omgeving waarin de wet wordt toegepast, is gewijzigd, kan ook dat de reden zijn dat vroeger aanvaardbare gevolgen van de wet niet meer aanvaardbaar worden.

Een duidelijke aanzet voor een dergelijke dynamische interpretatie is te vinden in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de toeslagen voor kinderopvang.²⁷ Het interessante van de uitspraken is dat de Afdeling tot een tegenovergestelde uitleg van de wet over toeslagen komt dan zij eerder was gekomen.²⁸ Zij had in een constante reeks van uitspraken geoordeeld dat wet aan de Belastingdienst/toeslagen geen mogelijkheid bood om in schrijnende gevallen af te zien van strenge regeltoepassing.

Wat waren haar argumenten om het voortaan anders te zien? Zij meende dat de tekst van de wet een andere lezing toeliet. Maar vooral belangrijk waren de argumenten die tot een andere lezing leidden. Er wordt een tweetal met name genoemd. In de eerste plaats de gegevens van de Nationale ombudsman en anderen dat de toepassing van die strenge regels in de praktijk tot schrijnende situaties leidde. Het tweede argument betrof de nieuwe inzichten die de WRR in een tweetal publicaties naar voren had gebracht. Volgens de WRR wordt het doenvermogen van mensen bij het maken van rechtsregels systematisch overschat, hetgeen tot onverdedigbare resultaten leidt.

Interessant is dat deze argumenten voor een nieuwe uitleg van de wetgeving over toeslagen geen verband hielden met de veronderstelde wil van de wetgever. Dat kon ook niet: zij betroffen feiten en inzichten die er nog niet waren toen de wetgeving tot stand werd gebracht. Kennelijk kunnen er volgens de Afdeling na de totstandkoming van een wet argumenten opkomen die een andere uitleg van de wet nodig maken. Die argumenten betreffen hier algemene gezichtspunten. In de eerste plaats het gegeven dat de regeling in een groot aantal gevallen leidt tot resultaten die niet meer redelijk zijn te vinden. De publicaties van de WRR ondersteunen in wezen de onredelijkheid van de genomen besluiten. In de gedachtegang van de WRR stelt de wet eisen aan burgers waaraan zij niet kunnen voldoen, onredelijke eisen dus, met onredelijke besluiten als gevolg.

De opening die deze uitspraken bieden naar een meer dynamische manier van interpreteren spreekt mij aan. In de loop van de tijd komt er meer kennis over de effecten van de wet, terwijl ook de omstandigheden voor toepassing kunnen veranderen. Daardoor kunnen niet voorziene en schrijnende gevolgen optreden. Die kunnen niet aan het doel en de strekking van de wet worden

²⁷ Zie noot 10.

²⁸ Zie daarover A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', in: *Ars Aequi* 2020 p. 393 e.v.

toegeschreven: zij konden eenvoudig niet worden voorzien. Een nieuwe interpretatie van de wet die hiermee rekening houdt, berust dan niet op een hernieuwde visie op het wetgevingsproces in het verleden, maar op het verdisconteren van nieuwe inzichten en ontwikkelingen.

Zoals eerder gezegd wijst de Afdeling in de hierboven geciteerde passage uit het jaarverslag van de Raad van State zelf op de behoefte aan een meer dynamische benadering van de wetstoepassing. Wel staat in de uitspraken over de toeslagen nog uitdrukkelijk dat de bewoordingen van de wet de nieuwe uitleg van de Afdeling toestaan. Dat wordt niet meer in het jaarverslag herhaald, en dat zou ook niet doorslaggevend moeten zijn. Indien de wetgever niet alles kan overzien, kan hij zijn woorden ook niet zodanig kiezen dat nog niet kenbare toepassingen van de regels worden vermeden. Daardoor kunnen er, onbedoeld, consequenties voortvloeien uit een bepaalde formulering die eerst na verloop van tijd zichtbaar worden. En ook dan zou de mogelijkheid voor een interpretatie die rekening houdt met de inmiddels verworven kennis nodig kunnen zijn.

Men zou het als een nadeel van een meer dynamische wetsinterpretatie kunnen zien dat daarmee een eenmaal aanvaarde interpretatie steeds opnieuw ter discussie kan worden gesteld. Dat kan ertoe leiden dat allerlei scherpzinnige interpretaties naar voren worden gebracht, en in procedures aan de rechter worden voorgelegd. Tot op zekere hoogte is dat onvermijdelijk, en bij de affaire van de toeslagen kan men toejuichen dat de aanhouder uiteindelijk heeft gewonnen.

Hoewel ik dus een voorstander ben van een meer dynamische methode om de wet te interpreteren, en daarbij geen beslissende betekenis wil toekennen aan de woorden die de wetgever indertijd heeft gekozen, geeft een andere benadering om aan onbedoeld schrijnende gevolgen van de wet te ontkomen, meer houvast. Die zou gebruikt moeten worden wanneer dat mogelijk is. Dan doel ik op het formuleren van rechtsbeginselen in de Awb, die gevolgd moeten worden ook indien uit de woorden van de wet iets anders voortvloeit.

Belang van codificatie van rechtsbeginselen in de Algemene wet bestuursrecht

De plaats die de wet in het bestuursrecht moet innemen, is die van het vaststellen van regels voor de normale gevallen. Dat zijn de gevallen die de wetgever op het oog heeft gehad, en waarvoor hij de consequenties van regels kon overzien. Een goed uitgangspunt kan daarbij zijn te veronderstellen dat de wetgever in beginsel

tracht de gevolgen van zijn regels zo goed mogelijk in kaart te brengen, zodat die regels gelden tenzij ernstige twijfel kan bestaan over de vraag of dat wel de bedoeling kan zijn geweest. Die bedoeling kan niet meer verondersteld worden indien een regel leidt tot een toepassing die in strijd is met een beginsel van de rechtsstaat. Of die, in de woorden van de Raad van State, evident onredelijk is.

Het is van belang dat deze zienswijze ook door de wetgever zelf in de wet wordt neergelegd. De gedachte is daarbij niet dat de wetgever zichzelf inhoudelijk bindt door in een algemene wet, bijvoorbeeld de Awb, vast te leggen wat hij wel en niet in andere wetten kan bepalen. Maar wel door aan te geven dat de rechtsfiguur van de wet geen onfeilbaar instrument is voor alle gevallen, maar inherente beperkingen heeft. De veronderstelling zou dan moeten zijn dat de wetgever niet gewild kan hebben dat zijn wet ook wordt toegepast in evident onredelijke gevallen of bij strijd met een ander rechtsbeginsel.

Hierna zal ik betogen dat de wetgever dat inmiddels heeft gedaan voor het evenredigheidsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 3:4 lid 2 Awb. Dat artikel verbiedt om een besluit te nemen dat evident onredelijk is, ook indien een andere wet daartoe naar de letter daarover zou dwingen. Voor het gelijkheidsbeginsel stel ik vervolgens voor om daarover ook een bepaling in de Awb op te nemen. Deze bepalingen hebben dan de betekenis dat zij uitgaan van de mogelijkheid om af te wijken van een dwingende wetsbepaling in een bijzondere wet indien die wetsbepaling leidt tot een besluit in strijd met het in de Algemene wet bestuursrecht neergelegde beginsel. Aangezien de Awb geen hogere wet is dan andere wetten, kunnen dergelijke bepalingen in de Awb de wetgever niet binden: een latere wetgever kan daarvan afwijken. Maar het algemene karakter van de Awb brengt wel met zich mee dat die afwijking duidelijk kenbaar moet zijn. Dat past ook in de systematiek die rondom de Awb is ontworpen. De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven voor dat de wetgever die wil afwijken van de Awb, dit moet aangeven door in de bepaling in de bijzondere wet die dat beoogt te doen, de zinsnede *in afwijking van artikel .. van de Awb* op te nemen.²⁹

Op deze wijze wordt het instrument wet door de wetgever zelf beter bruikbaar gemaakt. Daarmee bereikt hij dat de onvermijdelijk beperkte kennis bij het maken van wetten er niet toe leidt dat door de toepassing van de wet fundamentele beginselen worden geschonden. Dat voorkomt dat de wetgever verantwoordelijk wordt gemaakt voor allerlei consequenties die hij niet heeft gewild. Hiermee krijgt de wetgever een meer bruikbaar instrument in handen: zijn wet

²⁹ Zie aanwijzingen 2.46 en 3.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

zal niet gelden indien dat door bijzondere omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel beginsel. In zekere zin zouden die bepalingen in de Awb kunnen functioneren als een veiligheidsklep voor de wetgever: werken zijn regels in een concreet geval onverwacht slecht uit, dan worden zij niet toegepast.

Het belang van het op deze manier opnemen van beginselen in de Awb is dat de wetgever dat zelf doet. Daardoor wordt de discussie losgemaakt van vragen over de verhouding tussen wetgever en rechter. Wanneer de rechter in een concreet geval oordeelt dat toepassing van de wet leidt tot strijd met een artikel in de Awb dat een beginsel bevat, dan beoordeelt hij niet de innerlijke waarde van de wet, maar past hij eenvoudig een door de wetgever zelf geformuleerde regel toe. Zolang het om een ongeschreven beginsel gaat, komt de twijfel eerder op of de rechter tot een dergelijk oordeel mag komen. Dan wordt er gesproken van het *contra legem* toepassen van het beginsel. Die terminologie is niet meer van toepassing bij een door de wetgever gecodificeerd beginsel: dan gaat het om twee bepalingen in de wet die in een concreet geval met elkaar in strijd komen. Dan is het een kwestie van wetsinterpretatie aan welke bepaling de voorrang moet worden gegeven. *Contra legem* toepassing is dan niet aan de orde.

Hierna ga ik in dit verband in op het evenredigheidsbeginsel. Voor dat beginsel, geformuleerd in artikel 3:4 lid 2 Awb, zal ik betogen dat dit al de hiervoor genoemde functie vervult. Recente wetgeving, met name in verband met de toeslagen voor kinderopvang, leidt tot die conclusie. Die bouwt overigens voort op een ontwikkeling die al langer aan de gang is.³⁰ Indien een wettelijke regeling dwingt tot een besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel, mag die regeling dus niet worden toegepast indien zij leidt tot een besluit waarvan de nadelen voor de burger onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen. Een evident onredelijk besluit dus.

Voor het gelijkheidsbeginsel bestaat een dergelijke bepaling in de Awb niet. Die vind ik wel wenselijk. Daarom doe ik een voorstel om die in een nieuw artikel in de Awb te formuleren.

³⁰ Zie over deze ontwikkeling Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (eindrapport), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 49 en Ymre Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat. Een juridische analyse van knelpunten bij het bieden van maatwerk* (tussenrapport), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 42-43.

Het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb: altijd van toepassing³¹

Wanneer men er vanuit kan gaan dat het evenredigheidsbeginsel, zoals gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb, steeds geldt, ook wanneer het gaat om een gebonden bevoegdheid waarvoor de wet nauwkeurige regels heeft vastgesteld, dan zou de bepaling de functie vervullen die ik hierboven omschreef. Al te schrijnende besluiten zouden dan niet genomen mogen worden. De toeslagenaffaire had vermeden kunnen worden. Het artikel zou de burger ook een vorm van rechtszekerheid geven doordat het een algemene garantie tegen onevenredig nadelige besluiten zou bieden.

In deze paragraaf zal ik betogen dat deze uitleg van dit artikel, gezien de ontwikkelingen in het afgelopen jaar, inmiddels ook als geldend recht moet worden beschouwd. Om dat duidelijk te maken is het nodig in te gaan op de betekenis van beide leden van artikel 3:4 en de interpretatie daarvan sinds de invoering van de Awb.

Artikel 3:4 Awb luidt als volgt:

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Regelmatig werd er in de literatuur en jurisprudentie van uitgegaan dat het eerste lid van artikel 3:4 kan leiden tot een beperking van de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid. De redenering lijkt terug te gaan op de parlementaire geschiedenis van de Awb. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op grond van artikel 3:4 lid 1 slechts tot afweging van belangen kan komen:

... voor zover niet uit een wettelijk voorschrift voortvloeit welke de inhoud van een besluit dient te zijn. Indien de wetgever het bestuursorgaan

³¹ Tijdens het schrijven van dit preadvies schreef ik ook een advies voor de projectgroep Programma Maatwerk Multiprobleemgevallen, en werkte ik aan een volgend jaar te verschijnen publicatie. De beschouwingen over artikel 3:4 Awb in deze drie stukken komen sterk overeen.

voorschrijft hoe gehandeld dient te worden, is het bestuursorgaan daaraan gebonden en komt de vraag naar het afwegen van belangen niet meer aan de orde.³²

Hieruit wordt dan wel afgeleid dat de beperking van het eerste lid doorwerkt in het tweede lid. Met andere woorden, het evenredigheidsbeginsel geldt niet wanneer een wettelijk voorschrift voorziet in een beperking van de belangen die bij de besluitvorming een rol mogen spelen.

Mij lijkt dat standpunt niet juist. Het vloeit niet voort uit de tekst van de bepaling. Integendeel, de woorden 'tenzij uit een wettelijk voorschrift anders voortvloeit' ontbreken in het tweede lid. Die zouden wel nodig zijn geweest.

Belangrijker is dat er na de memorie van toelichting een amendement is ingediend en aangenomen, dat tot een tegenovergestelde benadering leidt. Dat amendement betrof besluiten tot vaststelling van lagere regelgeving. In het wetsvoorstel van de regering golden bepalingen over rechtsbeginselen in de Awb, zoals het evenredigheidsbeginsel, niet voor dergelijke besluiten. Maar het amendement draaide dit om: ook bij het vaststellen van lagere regelgeving is (onder meer) het evenredigheidsbeginsel in beginsel wel van toepassing.³³

Hiermee is de passage uit de toelichting achterhaald. Lagere regelgeving moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2.

Het is ook begrijpelijk dat het parlement juist op dit punt een andere benadering kiest dan de regering. Het amendement geeft uitdrukking aan de gedachte dat de Awb niet aan de lagere regelgever – die vaak minder democratisch is gelegitimeerd dan de formele wetgever – de ongeclausuleerde bevoegdheid wil geven om van het evenredigheidsbeginsel af te wijken. Daarom moet ook lagere regelgeving voldoen aan artikel 3:4 lid 2, en kan de rechter dat toetsen.

Daarmee is niet te verenigen de gedachte dat de lagere regelgever toch bindende regels kan vaststellen die artikel 3:4 lid 2 terzijde zouden schuiven. Dat zou in wezen een blanco cheque van de Awb-wetgever inhouden aan alle organen met regelgevende bevoegdheden – zoals ministers, gemeenten en zelfstandige bestuurs-

³² PG Awb, Eerste Tranche, blz. 209 l.k.

³³ Amendement Kalsbeek-Jasperse c.s., *Kamerstukken II* 1991/92, 21 221, nr. 19, ook te vinden in PG Awb I, blz. 194. Zie voor de parlementaire behandeling PG Awb I, blz. 187-199.

organen met regelgevende bevoegdheden – om voor burgers onevenredig nadelige besluiten te laten nemen.

De conclusie op grond van de wetsgeschiedenis moet zijn dat het tweede lid van artikel 3:4 ook geldt in gevallen waarin de lagere regelgeving geen ruimte biedt voor toepassing van die bepaling. Die regelgeving is immers zelf gebonden aan dat artikel.

Dat leidt tot de volgende interpretatie van artikel 3:4 lid 2.

In het eerste lid wordt voorgeschreven dat alle relevante belangen bij het nemen van een besluit worden meegewogen. Wel kan de regelgever die belangenafweging in algemene zin uitvoeren, en dus aan bestuursorganen voorschrijven hoe een besluit genomen moet worden. Er ontstaat dan een gebonden bevoegdheid op basis van de afweging van de regelgever. Een voordeel daarvan is dat er consistentie en voorspelbaarheid in de besluitvorming komt, al kan dat ten koste gaan van de mogelijkheid om maatwerk te leveren.

De lagere regelgever behoort wel het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid in acht te nemen. Dat geldt immers ook voor hem, zie artikel 3:1 lid 1, zoals dit bij amendement is vastgesteld. Het tweede lid stelt daarmee een grens aan de belangenafweging van het eerste lid, ook voor de lagere regelgever. Vloeit uit die regelgeving een besluit voort dat in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, dan kan dit wegens strijd met het tweede lid niet in stand blijven.³⁴

Deze interpretatie vloeit voort uit het amendement dat betrekking had op lagere regelgeving. Het verband tussen het eerste en het tweede lid wordt hiermee anders dan oorspronkelijk in de toelichting werd voorzien. Het spreekt vanzelf dat de onderlinge verhouding tussen beide leden niet verschillend kan zijn voor lagere regelgeving en de formele wet. Ook in het laatste geval betekent dit dat de beperking in de belangenafweging die regelgeving krachtens het eerste lid met zich mee kan brengen, niet doorwerkt in het beperken van de werking van het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid.

³⁴ In de na het schrijven van dit preadvies gepubliceerde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt de hier verdedigde interpretatie van artikel 3:4 Awb aanvaard te zijn: ABRS 21 oktober 2020, AB 2021, 4 m.nt. I.M. van der Heijden.

Artikel 3:4 lid 2 en een bijzondere wet zijn voor een concreet geval met elkaar in strijd

Voor formele wetgeving is daarmee niet alles gezegd. De verhouding tussen artikel 3:4 Awb en een andere wet in formele zin is een andere dan tussen dat artikel en een lagere regeling. Het gaat nu om twee wetten van hetzelfde niveau, beide tot stand gekomen met medewerking van het parlement. Wanneer het ene artikel verbiedt om een besluit te nemen in strijd met het evenredigheidsbeginsel en het andere artikel dat juist voorschrijft, moet een keuze tussen beide worden gemaakt. Wel volgt uit hetgeen hierboven is betoogd en uit de in noot 18 genoemde recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak dat het antwoord op die keuze niet in artikel 3:4 zelf al wordt gemaakt: de beperking van de belangenafweging van het eerste lid werkt niet door in het tweede lid.

De vraag wordt daarmee de volgende: indien in een sectorwet een besluit bindend is voorgeschreven, terwijl dat besluit in een concreet geval in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2, welke bepaling gaat dan voor?

Belangrijk bij het beantwoorden van die vraag is dat voorafgaand aan de Awb een andere benadering gold bij strijd tussen het evenredigheidsbeginsel en een sectorwet. Toen was dit beginsel nog niet in de wet opgenomen, maar een ongeschreven beginsel. De drempel voor de rechter om dit toe te passen in weerwil van een bepaling in de formele wet was daardoor hoog. De rechter heeft immers niet tot taak de innerlijke waarde of billijkheid van de wet te beoordelen. Dat berust op de gedachte dat een langs democratische weg vastgestelde wet niet opzij mag worden gezet door een rechtsbeginsel dat de rechter – zonder democratische legitimatie – ‘vindt’ en dus zelf formuleert. Men sprak in dit verband wel van *contra legem* toepassing van het evenredigheidsbeginsel: het *in strijd met de wet* volgen van dat beginsel.

Deze benadering is door het opnemen van het evenredigheidsbeginsel in de Awb achterhaald. De wetgever heeft dit beginsel nu zelf in de wet opgenomen en geformuleerd. De democratische legitimatie van artikel 3:4 is dus niet minder dan die van iedere andere wetsbepaling. Dwingt een bepaling in een andere wet in een specifiek geval tot een besluit dat in strijd is met artikel 3:4, dan is het een kwestie van interpretatie welke bepaling voorgaat. Zou artikel 3:4 dan voorgaan, dan kan men ook niet spreken van een *contra legem* toepassing van artikel 3:4: de wetgeving

moet als een eenheid worden beschouwd, en bij strijd tussen twee bepalingen moet binnen de wetgeving een oplossing worden gevonden.³⁵

Na het opnemen van het evenredigheidsbeginsel in de Awb moet de problematiek dus anders geformuleerd worden. De vraag is nu als volgt. Indien een formele wet dwingende regels voorschrijft over de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid, gelden die regels dan ook indien die resulteren in een besluit waarvan de nadelen onevenredig groot zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen? Dus in een besluit dat in strijd is met artikel 3:4 lid 2?

Zoals gezegd, dat is een kwestie van interpretatie. Bij strijd tussen twee wetten zal men allereerst kijken naar de bedoeling van de wetgever. Is de wetgever zich bewust geweest van die strijd, en heeft hij bewust voor een bepaalde oplossing gekozen? Veel helpt dat meestal niet: doorgaans heeft de wetgever zich de tegenstrijdigheid niet gerealiseerd, en zich daarover dus ook niet uitgelaten. Men maakt dan gebruik van enkele interpretatieregels, die in wezen berusten op een veronderstelde wil van de wetgever. Zoals de regel dat de nieuwe wet voor de oude gaat en de regel dat de bijzondere wet voor de algemene gaat. Zij zijn niet altijd behulpzaam, ook omdat deze beide regels een tegengesteld resultaat kunnen opleveren.

Tot voor kort lijkt de benadering in het algemeen de volgende te zijn. Indien een sectorwet regels geeft over de uitoefening van een bevoegdheid door bestuursorganen, dan leidt dit tot een gebonden bevoegdheid. Hoever die binding gaat, hangt van de interpretatie van die regels af. Wanneer zij in een concreet geval leiden tot een resultaat in strijd met artikel 3:4 lid 2, dan gaan de regels van de sectorwet voor. De aanname is dan dat de wetgever al in algemene zin een afweging van de relevante belangen heeft gemaakt, en er voor het bestuur geen ruimte overblijft om in afwijking daarvan nog het evenredigheidsbeginsel toe te passen. Dat is in overeenstemming met de gedachte dat het tweede lid alleen betekenis heeft voor zover het bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft. Dat punt is eerder aan de orde geweest. Eerder heb ik betoogd dat de Aanwijzingen voor de regelgeving uitgaan van een andere systematiek voor de interpretatie van

³⁵ Daarmee is de juridische situatie dus een andere dan die bij het Harmonisatiewet-arrest (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469): het gaat niet meer om de verhouding tussen een ongeschreven rechtsbeginsel en een wet, maar om twee wetsbepalingen die in een concreet geval tot tegenstrijdige uitkomsten leiden.

afwijkingen van de Awb: die afwijkingen moeten uitdrukkelijk in de wetstekst worden opgenomen, en in de toelichting worden gemotiveerd.³⁶

Uiteraard blijft het een kwestie van interpretatie van de bijzondere wet of die een zo ver gaande binding van het bestuursorgaan heeft beoogd dat ook in strijd met het evenredigheidsbeginsel mag worden gehandeld. In geval van een duidelijk onredelijk resultaat kan men de bijzondere wet beperkter uitleggen, en concluderen dat de wetgever toch een zekere beleidsruimte heeft gelaten om een dergelijk resultaat te vermijden: anders had hij de bedoeling tot afwijking uitdrukkelijk moeten vastleggen. Men moet de bijzondere wetgever niet meer in de schoenen schuiven dan hij bedoeld kan hebben. Het is toch weinig aannemelijk dat hij een resultaat heeft beoogd dat in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Dat is precies de redenering die de Afdeling in de twee recente uitspraken over de kinderopvangtoeslag heeft gevolgd. De uitspraken kwamen eerder al aan de orde.

Met deze uitspraken maakt de Afdeling de interpretatie van een wet die kan leiden tot besluiten in strijd met het evenredigheidsbeginsel enigszins los van de wetsgeschiedenis of de wil van de wetgever. Men moet wel aannemen, zo lees ik de benadering van de Afdeling, dat ons rechtssysteem niet kan leiden tot resultaten in strijd met de redelijkheid, en ook geen onredelijke eisen aan burgers kan stellen. Zeker niet wanneer de wetgever zelf dit uitgangspunt heeft vastgelegd, zoals in artikel 3:4 lid 2 is gebeurd. Dan moet men de wet die een gebonden bevoegdheid regelt in beginsel zo uitleggen dat bestuursorganen de beleidsruimte behouden om besluiten in strijd met artikel 3:4 lid 2 te vermijden. Dit gaat sterk in de richting die ik hierboven heb bepleit. Omdat het zicht van de wetgever om vele redenen beperkt is, en hij niet alle consequenties van de wet voorzien kan hebben, moet men ervan uitgaan dat hij geen besluiten in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft willen voorschrijven. Dit ligt alleen anders wanneer de wetgever uitdrukkelijk van het tegendeel heeft doen blijken.

De kwestie van de toeslagen was wel een indringende: vele schrijnende gevallen waren inmiddels bekend, en de Commissie Donner was ingesteld om onderzoek

³⁶ Zie aanwijzing 2.46, besproken in M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2019, p. 246. Zoals daar aangegeven zou dit bij de toeslagen gekund hebben door de volgende bepaling in de wet op te nemen:

'In afwijking van artikel 3:4, tweede lid, Awb mag de toeslag voor kinderdagverblijf ook geheel worden teruggevorderd indien de nadelen daarvan voor de burger onevenredig groot zijn in verhouding tot het doel dat met de terugvordering wordt gediend.'

te doen. In hoeverre is nu te verwachten dat de rechter dezelfde benadering ook in andere gevallen gaat volgen, bij de uitleg van andere wetten? De Afdeling zelf snijdt de uitspraak toe op de toeslagenkwestie. Zo constateert zij dat de wetstekst ook een andere lezing toestaat dan die de Afdeling zelf eerder volgde. In zoverre blijft de tekst van de wet volgens deze uitspraken van belang. Daar staat wel tegenover dat de Afdeling de eerdere lezing van de wetstekst wel erg overtuigend vond en die toepaste in behoorlijk schrijnende gevallen. Dat maakt de indruk dat de wetstekst van minder belang is dan de algemene gezichtspunten die de Afdeling nu hanteert. Dat zou ook buiten het terrein van de toeslagen van toepassing kunnen zijn. Daarop wijst ook de eerder geciteerde passage uit het jaarverslag van de Raad van State

Interessant is dat de wetgever er inmiddels toe over is gegaan deze zienswijze voor de toeslagen in de wet te regelen. Daarbij heeft de wetgever zelf een standpunt ingenomen over de interpretatie van artikel 3:4 Awb en heeft daarop voortbouwend bepaald dat het evenredigheidsbeginsel steeds van toepassing is, dus ook in geval van gebonden bevoegdheden op basis van de formele wet. Zie de volgende paragraaf.

Een hernieuwde standpuntbepaling door de wetgever over het evenredigheidsbeginsel

De vraag of het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb ook van toepassing is indien er sprake is van een gebonden bevoegdheid, is heel recent door de wetgever aan de orde gesteld in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), die algemene regels stelt voor de uitvoering van toeslagen door de Belastingdienst. Voor het terrein van de toeslagen is daarop een positief antwoord gegeven. In die wet is een nieuwe bepaling opgenomen die bijna woordelijk overeenstemt met artikel 3:4 Awb:

Artikel 13b. Belangenafweging en evenredigheidsbeginsel

1. Bij het vaststellen van een beschikking op grond van deze wet, de daarop berustende bepalingen of een inkomensafhankelijke regeling weegt de Belastingdienst/Toeslagen de rechtstreeks betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een beschikking als bedoeld in het eerste lid mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met die beschikking te dienen doelen.

De memorie van toelichting zegt daarover:

Door het opnemen van de voorgestelde bepaling in de Awir wordt expliciet gemaakt dat de Belastingdienst/Toeslagen handelt overeenkomstig de normen die volgen uit het evenredigheidsbeginsel. Ook de afweging van belangen bij het vaststellen van de beschikking dient voor de Belastingdienst/Toeslagen een meer centrale plaats te krijgen. Met deze codificatie wordt de wens voor meer maatwerk in dienstverlening benadrukt.³⁷

En bij de artikelsgewijze toelichting:

Om te benadrukken dat met betrekking tot de in het kader van de toeslagregelgeving te nemen beschikkingen de afweging van belangen en de rol van het evenredigheidsbeginsel zeer belangrijk zijn, wordt artikel 13b Awir voorgesteld. Het voorgestelde artikel 13b Awir komt qua doel en strekking volledig overeen met artikel 3:4 Awb. Met het voorgestelde artikel 13b Awir wordt buiten twijfel gesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen gehouden is om in individuele gevallen de beginselen van behoorlijk bestuur die voortvloeien uit dat voorgestelde artikel toe te passen. Dit is in lijn met de jurisprudentie van de ABRvS waarin artikel 3:4 Awb een centrale plaats inneemt.

Het voorgestelde artikel 13b, eerste lid, Awir benadrukt dat, binnen de ruimte die de wet daarvoor laat, de Belastingdienst/Toeslagen bij het vaststellen van een beschikking in beginsel de relevante belangen die door die beschikking zullen worden geraakt, moet meewegen. (...) Voor een zodanige belangenafweging is in beginsel slechts plaats voor zover niet uit een wettelijk voorschrift voortvloeit wat de inhoud van een beschikking dient te zijn. Indien de Awir, de daarop berustende bepalingen of de inkomensafhankelijke regelingen de Belastingdienst/Toeslagen voorschrijven hoe gehandeld dient te worden, is dat voor de Belastingdienst/Toeslagen leidend en komt de vraag naar het afwegen van belangen slechts aan de orde indien het in het tweede lid neergelegde evenredigheidsbeginsel daartoe alsnog verplicht, zoals dat het geval was in de hiervoor genoemde jurisprudentie van de ABRvS.³⁸

³⁷ *Kamerstukken II 2019/20, 35 468, nr. 3, onder 1.1 (Algemeen).*

³⁸ *Kamerstukken II 2019/20, 35 468, nr. 3, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel B.*

Zoals de toelichting vermeldt, stemt de bepaling naar doel en strekking volledig overeen met artikel 3:4 Awb. In de toelichting wordt ook aangegeven dat het hier om een codificatie gaat, dat wil zeggen dat (nog eens) in de wet wordt opgenomen wat ook zonder de wetsbepaling al zou gelden.

Zowel in de tekst als in de toelichting komt tot uitdrukking dat de Belastingdienst moet handelen overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel dat in het tweede lid op identieke wijze als in artikel 3:4 lid 2 Awb is verwoord. De Belastingdienst heeft geen ruimte om belangen af te wegen indien uit de voorschriften volgt hoe gehandeld moet worden, maar dat lijdt uitzondering indien het in het tweede lid neergelegde evenredigheidsbeginsel daartoe alsnog verplicht. Hiermee geeft de wetgever een uitleg aan artikel 3:4 lid 2 Awb: het tweede lid dwingt tot een uitzondering op dwingende regels indien die in een concreet geval tot een besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel zouden leiden. Dat geldt ook voor regels in de wet in formele zin: de Awir zelf wordt in de opsomming genoemd.

Omdat bij de toeslagen gebonden bevoegdheden overheersen, zou het tweede lid ook weinig betekenis hebben als het alleen zou gelden wanneer er geen sprake zou zijn van een gebonden bevoegdheid. Bovendien: juist de verwijzing naar de recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over een bevoegdheid die daarvoor steeds als gebonden was aangemerkt, maakt duidelijk dat men in lijn met de Afdeling wil bepalen dat ook bij een gebonden bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen. De tekst van het tweede lid ondersteunt dit standpunt. Het schrijft het evenredigheidsbeginsel voor bij een beschikking als bedoeld in het eerste lid. Hoe is die in het eerste lid omschreven? Als een beschikking op grond van deze wet, de daarop berustende bepalingen of een inkomensafhankelijke regeling. Die omschrijving kent geen beperking tot beschikkingen die niet op een gebonden bevoegdheid berusten. Dat zou, zoals gezegd, de bepaling ook vrij betekenisloos maken.

De bepaling is inmiddels wet geworden.³⁹ Daardoor heeft de wetgever zelf een interpretatie gegeven van de verhouding tussen het eerste en het tweede lid van artikel 3:4 Awb, een interpretatie die hij vervolgens in identieke bewoordingen in artikel 13b Awir heeft neergelegd. Juist doordat de tekst van de Awb zo letterlijk is gevolgd, en als reeds geldend recht wordt aangemerkt, kan de conclusie geen andere zijn dan dat de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld dat het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb steeds toepassing moet vinden, ook bij gebonden bevoegdheden.

³⁹ *Stb.* 2020, 227. Zie ook de rubriek 'wetgeving' van T.C. Borman in *NTB* 2020, p. 437.

Men zou nog kunnen stellen dat het opnemen van deze bepaling in een bepaalde sectorwet betekent dat het tegenovergestelde geldt wanneer in een andere sectorwet een dergelijke bepaling ontbreekt. Een dergelijke a contrario redenering is vaak twijfelachtig, maar is hier uitgesloten. Juist het gegeven dat zozeer de nadruk wordt gelegd op het feit dat nu in de wet wordt vastgelegd wat ook zonder die wetsbepaling al gold, spreekt dit tegen. In wezen is de bepaling dan ook overbodig naast artikel 3:4 Awb, en past zij niet goed in het systeem van ons bestuursrecht. Daarin behoort de bijzondere wet niet te herhalen wat reeds in de algemene wet is neergelegd. Toch is begrijpelijk dat de wetgever een duidelijk signaal heeft willen geven nadat jarenlang een andere interpretatie op het terrein van de toeslagen tot veel ellende heeft geleid. Inderdaad overbodig, maar als signaal niet mis te verstaan.

Conclusie: het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb is altijd van toepassing, ook bij gebonden bevoegdheden

Mijn conclusie is dan ook dat de wetgever zich hier duidelijk heeft uitgesproken: het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb geldt in alle gevallen, ook indien wettelijke bepalingen strakke regels bevatten die naar de tekst geen ruimte daarvoor laten. Dit geldt niet alleen voor lagere regelgeving, maar eveneens voor de formele wet. Daarmee heeft het artikel aan het evenredigheidsbeginsel de plaats gegeven die overeenstemt met wat ik eerder in dit stuk heb bepleit. De wetgever die onvoldoende zicht heeft op alle consequenties van de wetten die hij maakt, bepaalt dat consequenties van een wet die niet te rijmen zijn met het evenredigheidsbeginsel, niet getrokken mogen worden.

Hierboven is al aangegeven dat het grote belang van codificatie van een beginsel in de Awb is dat daardoor een soort veiligheidsklep voor de wetgever ontstaat. Doordat gebruik kan worden gemaakt van de systematiek voor afwijking van de Awb, wordt de veronderstelling dat de wetgever niet in strijd met een rechtsbeginsel wil handelen versterkt doordat een afwijking uitdrukkelijk in de wet moet worden vastgelegd.

Het voordeel hiervan is dat de wetgever in beginsel gedwongen wordt zich rekenschap van de tegenstrijdigheid te geven, en dan de oplossing – afwijken of niet – moet toelichten. Is dit niet gedaan, dan levert dat een vermoeden op dat geen afwijking van de Awb bedoeld is.

Deze conclusie ligt in het verlengde van de rechtsontwikkeling over artikel 3:4 Awb die zich al enige tijd voltrekt. De oorspronkelijk vrij terughoudende

houding van de rechter om besluiten aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen is al een tijd aan het veranderen. Het eerdergenoemde Leidse onderzoek laat zien dat er in de rechtspraak en in de doctrine een verschuiving optreedt in de richting van een belangrijkere plaats voor artikel 3:4 lid 2 Awb. Verwezen wordt naar de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven⁴⁰ en het preadvies van Hirsch Ballin.⁴¹ In het eindrapport van dit onderzoek wordt gesteld dat het evenredigheidsbeginsel het bestuur onder omstandigheden verplicht om af te wijken van de (letterlijke tekst van) gebonden bevoegdheden.

Wat betekent dit voor de beoordeling door de rechter?

Indien artikel 3:4 lid 2 Awb steeds van toepassing is, ook bij gebonden bevoegdheden, wat zijn daarvan dan de consequenties voor de rechterlijke beoordeling van een dergelijke situatie?

Er zijn daarbij verschillende gevallen denkbaar. Het kan gebeuren dat de regelgeving in een enkel bijzonder geval – vaak niet door de regelgever voorzien – tot onevenredige nadelen leidt. Ook een ander geval is denkbaar: de regelgever heeft onvoldoende acht geslagen op het evenredigheidsbeginsel, en heeft daardoor regels gemaakt die vaak of misschien wel steeds inbreuk maken op het beginsel. Op welke manier zou de rechter daarmee moeten omgaan wanneer hij een beroep tegen een besluit moet beoordelen?

In de rechtspraak komt een drietal benaderingen tot ontwikkeling die er alle toe leiden dat een besluit in strijd met het tweede lid wordt vernietigd. Wel maakt het daarbij verschil of de regels in een formele wet zijn opgenomen, of in een lagere regeling.

In de eerste plaats kan de rechter de regeling een andere uitleg geven dan zij op het eerste gezicht heeft. Bij een meer dynamische uitleg van de regelgeving zouden daarbij ook inzichten en ontwikkelingen van na de totstandkoming daarvan een rol kunnen spelen. Op grond daarvan kan de rechter (eventueel bij nader inzien) menen dat de regelgever niet bedoeld heeft een toepassing in strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb voor te schrijven. Ondanks een andere lezing die misschien meer voor de hand ligt, of wellicht eerder gangbaar was, blijft het

⁴⁰ Conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

⁴¹ Ymre Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat. Een juridische analyse van knelpunten bij het bieden van maatwerk* (tussenrapport), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 42-43 en Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (eindrapport), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 49.

bestuursorgaan in de nieuwe uitleg de vrijheid behouden om strijd met het evenredigheidsbeginsel te vermijden. Een besluit in strijd daarmee moet dus vernietigd worden omdat geen gebruik van die vrijheid is gemaakt. Juridisch blijft de regeling gewoon gelden, maar zij wordt alleen zo uitgelegd dat er geen strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb hoeft te ontstaan.

Een dergelijke benadering is door de Afdeling rechtspraak gekozen in de zaken over de kinderopvangtoeslag.⁴² Daar ging het niet over een lagere regeling, maar over een formele wet. Eerder had de Afdeling daaraan steeds een strakke uitleg gegeven, maar zij gaat om en geeft nu een tegenovergestelde interpretatie: de wetgever heeft de Belastingdienst wel de vrijheid gelaten om strijd met het evenredigheidsbeginsel te vermijden. Daartoe is de dienst dan ook verplicht.

Voor deze benadering is bij lagere regelingen nog meer te zeggen dan bij de formele wet. Immers, de lagere wetgever is (door het amendement) zelf gebonden aan het evenredigheidsbeginsel. Dan ligt het voor de hand te veronderstellen dat hij ook niet in strijd met dat beginsel heeft willen handelen. Een interpretatie die daarvan uitgaat, verdient daarom de voorkeur. Een dergelijke manier van interpreteren, waarbij men zoveel mogelijk een interpretatie volgt die leidt tot overeenstemming met het geldende recht, is niet ongebruikelijk wanneer het gaat om rechtsbeginselen.

Een tweede mogelijkheid is dat de rechter constateert dat een regeling leidt tot een besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel en geen ruimte laat voor een interpretatie die het evenredigheidsbeginsel wel eerbiedigt. Zij bevat een strakke regel, een regel die doorgaans tot een aanvaardbaar besluit leidt, maar in een specifiek geval niet. Iets dergelijks kan zich gemakkelijk voordoen: een regelgever kan bijna nooit alle omstandigheden voorzien waarin een regel toegepast moet worden. De multiproblematiek, zoals eerder genoemd, biedt daarvan goede voorbeelden. De regelgever die voor een bepaald onderwerp strakke regels heeft opgesteld, zal doorgaans niet gedacht hebben aan een situatie waarin een gezin tegelijkertijd met een veelheid van problemen wordt geconfronteerd. Men kan van de regelgever ook niet verwachten dat hij dit soort bijzondere gevallen voorziet en regelt. De rechter kan dan van de aanvaardbaarheid van de regel uitgaan, maar haar voor dit geval buiten toepassing laten: artikel 3:4 lid 2 Awb gaat dan voor.

⁴² ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:RVS:2019:3536.

Een derde mogelijkheid betreft het geval dat de regelgever te weinig rekening heeft gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Hij maakt regels die in potentie tot toepassingen in strijd met dat beginsel leiden. Dan kan de bestuursrechter, wanneer hij met een dergelijk besluit wordt geconfronteerd, bij een lagere regeling oordelen dat zij onverbindend is (zgn. exceptieve toetsing). Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Afdeling inzake het alcoholslot-programma.⁴³

Die bevoegdheid heeft de rechter niet bij een formele wet. Dan is er sprake van strijd tussen twee bepalingen, beide opgenomen in een wet in formele zin. Die strijd moet de rechter oplossen, maar dat kan niet door één van die bepalingen onverbindend te verklaren.

Hierboven heb ik aangegeven waarom artikel 3:4 lid 2 Awb dan voorgaat. Doordat de wetgever zelf dit beginsel in de wet heeft vastgelegd, is het belang daarvan duidelijk, inclusief de veronderstelling dat de wetgever zich daaraan wil houden. Het is goed daarbij ook aansluiting te zoeken bij de regels die in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn opgenomen over het afwijken van bepalingen van de Awb. Wil de sectorwetgever dat doen, dan moet hij dat in de tekst van de wet tot uitdrukking brengen, en ook in de toelichting daarvoor een motivering geven. Heeft hij dit niet gedaan, dan wordt dus verondersteld dat hij dat ook niet heeft gewild. Het resultaat moet dan zijn dat de bepaling in de sectorwet buiten toepassing wordt gelaten omdat niet bedoeld is om van de Awb af te wijken.

Dit laat open de mogelijkheid dat de sectorwetgever wel uitdrukkelijk een afwijking van artikel 3:4 lid 2 Awb heeft gewild en opgenomen.⁴⁴ Dan zal de rechter die bepaling moeten laten voorgaan boven de Awb. Een voorbeeld daarvan ken ik niet, en ik kan mij nauwelijks voorstellen dat het parlement een dergelijke afwijking zou accepteren. In het theoretische geval dat dit anders zou zijn, zou de rechter wellicht nog andere wegen kunnen bewandelen, zoals strijd met een rechtsbeginsel, hetgeen niet eenvoudig aanvaard zal worden, of strijd met Europees recht.

⁴³ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:RVS:2015:622.

⁴⁴ Zie een voorbeeld van een wetstekst om dit te bereiken in voetnoot 20.

Wat betekent dit voor de uitvoering van de wet voor bestuursorganen?

Bij de uitleg van wetsbepalingen is men geneigd zich te oriënteren op wat de rechter daarover beslist. Dat is ook juist: het is de rechter die uiteindelijk in een procedure tussen burger en bestuursorgaan het eindoordeel geeft.

Maar dat neemt niet weg dat bestuursorganen het voortouw bij de interpretatie moeten nemen. Wanneer zij een besluit nemen, doen zij dat op grond van hun interpretatie van de geldende wetgeving. Daarbij houden zij uiteraard rekening met wat de rechter in eerdere procedures heeft gezegd, maar zij zijn het eerste aan zet. Zij zijn ook het beste op de hoogte van de bijzonderheden van het specifieke geval. Wezenlijk in ons bestuursrecht is dan ook dat het bestuursorgaan als eerste een standpunt inneemt en dat in een bindend besluit vastlegt. Daarbij behoort een eigen interpretatie van de geldende regelgeving. Eerst daarna komt de rechter aan bod.

Deze taakverdeling berust mede op de verschillende mogelijkheden van bestuur en rechter om hun oordeel te onderbouwen. Het bestuur is veel beter in staat om de gevolgen van een bepaalde beslissing en van een bepaalde beleidslijn te overzien, en kan, ja moet, daartoe voldoende informatie verzamelen. Het heeft meestal ervaring in talloze zaken, terwijl de rechter slechts met enkele zaken geconfronteerd wordt. Het is om die reden dat de rechter na de vernietiging van een besluit de zaak terugverwijst naar het bestuur indien hij onvoldoende in staat is om zelf de zaak tot een oplossing te brengen. Het bestuursorgaan moet dan zorgen voor de onderbouwing van een nieuw besluit. De rechter beschikt daarvoor vaak over onvoldoende gegevens en ervaring, en het is ook niet zijn taak beleidskeuzes te maken. Dit ziet men ook in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de toeslagen.⁴⁵ Na beslist te hebben dat er, ondanks de eerst dwingend geachte wetstekst, toch ruimte moet zijn voor het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb, verwijst zij de zaak terug naar de Belastingdienst. Die moet bepalen hoe dat in de uitvoeringspraktijk uitgewerkt moet worden. De rechter kan daarna eventueel beoordelen of dat goed is gedaan.

Ons bestuursrecht legt dus de eerste verantwoordelijkheid voor de wetsinterpretatie bij het bestuur. Bestuursorganen behoren dan ook geen slaafse navolgers te zijn van beslissingen van de rechter. Wanneer er bijvoorbeeld discussie

⁴⁵ ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536.

ontstaat over de vraag of een gangbare interpretatie wel de juiste is, moet het bestuursorgaan zich daarvan rekenschap geven: het kan zich niet zonder meer achter de rechter verschuilen.

Dit valt te illustreren met de regelgeving rond de kinderopvangtoeslag. Er bestond reeds geruime tijd onvrede over de interpretatie van de wet, dit ondanks het feit dat de rechter de door de Belastingdienst gevolgde interpretatie steeds had ondersteund. De onvrede werd onder meer onderbouwd door het rapport van de WRR en door rapporten van de Nationale ombudsman.

Dat moet naar mijn mening binnen de Belastingdienst op zijn minst tot nadere bezinning leiden. Indien de consequenties van een bepaalde interpretatie zo ernstig zijn als die bronnen doen vermoeden, behoort dan een andere interpretatie niet tot de mogelijkheden? Evenals de rechter bij nader inzien tot een andere interpretatie kan komen, kan het bestuursorgaan dat. Ik zou zelfs zeggen: dat zou het bestuursorgaan als eerste moeten doen, omdat dit veel beter nog dan de rechter kan inschatten wat de betekenis is van de signalen die de Nationale ombudsman en de WRR heeft gegeven. De rapporten van die beide instanties zijn ook aan de regering gericht, niet aan de rechter.

De nieuwe uitleg is ten voordele van de burger omdat het bestuursorgaan de oude uitleg niet meer aanvaardbaar vindt vanwege de negatieve gevolgen voor die burger. Dan is toch niet te verdedigen dat een bestuursorgaan alle argumenten terzijde legt en op de oude lijn doorgaat. Zoals gezegd kan een bestuursorgaan evengoed als een rechter tot de conclusie komen dat de geldende interpretatie niet meer de juiste is. Ik vind het dan ook niet aanvaardbaar dat het bestuursorgaan zich op het standpunt zou stellen dat de oude uitleg weliswaar onjuist is, maar toch alleen kan worden verlaten wanneer een burger het initiatief neemt om dat bij de rechter aan te kaarten. Die burger zou dan bij de rechter de soort argumenten moeten aanvoeren die in feite alleen het bestuur goed kan brengen, zoals de informatie van de WRR en van de Nationale ombudsman. Men kan de burger toch niet opzadelen met het bij de rechter aan de orde stellen van een door het bestuur ongewenst geoordeelde interpretatie?

Natuurlijk kunnen hier enkele tegenwerpingen gemaakt worden. Een andere uitleg aan de wet geven moet niet lichtvaardig gebeuren, en is wat anders dan gewoon van de wet afwijken. En uiteindelijk heeft de rechter het laatste woord, dus wanneer de rechter oordeelt dat het bestuur een onjuiste interpretatie hanteert, dan zal het bestuur zich daarbij hebben neer te leggen.

Maar indien het gaat om schrijnende besluiten die tot onaanvaardbare gevolgen leiden, behoort het tot de taak van het bestuursorgaan om van de strakke regel af te wijken en een oplossing te zoeken die wel tot een aanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal zoveel mogelijk rekening moeten worden gehouden met de strekking van de wet. Een bestuursorgaan verkeert in een betere positie om hier een goede weg te vinden dan de rechter.

Eenzelfde uitwerking voor het gelijkheidsbeginsel

Bij het evenredigheidsbeginsel heb ik uitvoerig stilgestaan omdat ik meen dat met de hierboven aangegeven uitwerking van dat beginsel een meer bevredigend kader voor de toepassing van wetgeving wordt gegeven dan bij het strak vasthouden aan de regels. Dat beginsel is waarschijnlijk ook het meest bruikbaar om de meest zwaarwegende missers van strakke wetstoepassing te voorkomen.

Het is ook van belang dat het in een codificatie is opgenomen. Nu het een bepaling in de wet is als iedere andere, betekent toepassing door de rechter niet dat die de innerlijke waarde of billijkheid van de wet gaat beoordelen. Hij past eenvoudig toe wat de wetgever heeft vastgelegd.

Het zou daarom overweging verdienen dit ook voor andere materiële beginselen te doen. Bij het ontwerpen van de Awb is daar een zekere terughoudendheid bij betracht, ook omdat de consequenties niet altijd helder konden worden overzien. Maar nu duidelijk wordt dat het instrument van wetgeving niet geschikt is om alle gevallen in detail te beheersen, is het van groter belang om het kader voor noodzakelijke mogelijkheden voor afwijking in de wetgeving op te nemen.

Voor het deel van het rechtszekerheidsbeginsel dat betrekking heeft op inlichtingen en toezeggingen is er al een ontwikkeling in de jurisprudentie zichtbaar die zich meer oriënteert op het burgerperspectief. Dat komt met name tot uitdrukking bij de beoordeling van de vraag of de toezegging door een daartoe bevoegde persoon is gedaan. Terwijl vroeger beslissend was of die bevoegdheid intern daadwerkelijk was toegekend, komt nu het accent meer te liggen op de vraag of de burger redelijkerwijs mocht aannemen dat die bevoegdheid bestond.

Voor het gelijkheidsbeginsel is er nog minder ontwikkeling te zien. Toch is het een beginsel dat direct met de rechtsstaat verbonden is, en ook als belangrijk argument om aan strakke regeltoepassing vast te houden, wordt gebruikt. Wanneer dat minder overtuigend wordt, zou een andere uitwerking wenselijk zijn.

Een interessante opening biedt de hierboven geciteerde passage uit het jaarverslag 2020 van de Raad van State. Daarin wordt het geval besproken dat wettelijke regels die in abstracto redelijk lijken, in de praktijk evident onredelijk uitvallen. De rechter kan dan alsnog ingrijpen, zo zegt de Raad, en wel op verschillende manieren. Eén daarvan is *door maatwerk van de overheid te verlangen*.⁴⁶

Als voorzet voor een verdere discussie formuleer ik een bepaling die daarvoor in de Awb zou kunnen worden opgenomen:

Artikel 3:4 bis Awb

Differentiatie in de toepassing van een wettelijk voorschrift is, ook in afwijking van dat voorschrift, geboden indien:

- bijzondere omstandigheden in afwijking van het normale patroon dat verlangen, en
- de wet niet beoogt deze bijzondere omstandigheden buiten beschouwing te laten.

Afronding

De veronderstelling waarvan het bestuursrecht uitgaat bij het vormgeven van de juridische positie van de wet en van andere algemeen verbindende voorschriften is onvoldoende in overeenstemming met de werkelijkheid. Daarom is het nodig die positie te herzien.

Dit betekent niet dat de wet minder belangrijk wordt. De wet is vaak de beste manier om normale gevallen die de wetgever kan overzien, goed te regelen. Maar het is een illusie te denken dat de wetgever voor alle gevallen, voor alle burgers in alle omstandigheden en voor nu en de toekomst regels kan geven. Bij de toepassing van de regels, zowel door het openbaar bestuur als door de rechter, is afwijking van die regels geboden indien belangrijke rechtsbeginselen anders zouden worden geschonden.

In tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen, verzetten het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zich daar niet altijd tegen. Integendeel, deze beginselen kunnen juist gediend worden door af te wijken van te strakke regels.

⁴⁶ Zie citaat in de tekst bij voetnoot 8.

Soms is het nodig uitgangspunten te herzien in het licht van voortschrijdend inzicht. In ons recht moet geen plaats zijn voor een wet van Meden en Perzen. Misschien is het dan goed te bedenken dat het idee van een dergelijke wet berust op een lange traditie, maar niet op een reëel verschijnsel. Wetten van Meden en Perzen lijken nooit bestaan te hebben.⁴⁷

Naschrift

Dit preadvies werd afgerond in oktober 2020. Daarna zijn er veel ontwikkelingen geweest die betrekking hebben op onderwerpen die in dit stuk besproken zijn. Te denken valt aan het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire onderzochtingscommissie Kinderopvangtoeslag, de kabinetsreactie op dat rapport die gepaard ging met het aftreden van de regering, de discussie in de Tweede Kamer over deze stukken en de daarbij aangenomen moties, en de reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op het rapport. Uiteraard leidt dit alles ook tot veel beschouwingen in de literatuur.

De schriftelijke en mondelinge reacties op het preadvies ter gelegenheid van de (video) jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving op 11 februari 2021 betroffen het preadvies in deze vorm. Mede daarom heb ik ervan afgezien het stuk aan te passen aan de nieuwe ontwikkelingen. Dat zou overigens ook tot aanzienlijke tekstwijzigingen hebben geleid die het karakter ervan enigszins zou hebben gewijzigd, al zou de algemene benadering van dit stuk m.i. daardoor eerder versterkt dan verzwakt zijn. Op een later tijdstip hoop ik daar nog eens op terug te komen.

⁴⁷ Verg. Jona Lendering, *Xerxes in Griekenland. De mythische oorlog tussen Oost en West*, Utrecht 2019, p. 12 en p. 17.

Kan de burger ermee uit de voeten?

Mr. R.F.B. van Zutphen & J.F.P.M. van de Wiel Msc⁴⁸

Inleiding

Het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving vroeg de Nationale ombudsman een bijdrage te leveren aan de jaarvergadering 2020. Het thema daarvan is wetgeving en uitvoering. Een zeer actueel thema. Ik deel graag de inzichten hierover uit onze praktijk.

Dit jaar heeft de overheid met veel creativiteit en lef allerlei noodmaatregelen ingevoerd en aangepast als reactie op de COVID-19-pandemie. De Rijksoverheid, gemeenten, hulpdiensten, zorgprofessionals, het bedrijfsleven en vele anderen zijn hier nog altijd volop mee bezig. De wetgevende kaders worden nu geschreven. En ze worden continu aangepast voor situaties waar de uitvoering knelt of anders kan en moet.

Naast burgers die blij en verrast zijn met de snelle acties van de overheid, hoor ik ook veel angst, woede en wantrouwen met betrekking tot de overheid. Burgers geven aan dat ze niet weten wat ze kunnen verwachten van de overheid. En professionals in wijkteams, politieagenten, leraren en mensen aan het loket bij de gemeente vertellen me hoe lastig het voor hen is om alles in goede banen te leiden in deze crisis.

Ook los van de COVID-19-relatie heeft de NVvW een actueel thema gekozen. Er zijn de afgelopen periode diverse onderzoeksrapporten, adviezen en kabinetsbrieven over gepubliceerd.⁴⁹ En naar het zich laat aanzien blijft het daar niet bij. De Tweede Kamer stelde begin dit jaar een onderzoekscommissie in naar problemen bij uitvoeringsorganisaties en het verdwijnen van de menselijke maat. Het eindrapport wordt nog voor de verkiezingen volgend jaar verwacht. Ook het kabinet zelf zit niet stil, het kondigde aan nog dit jaar te komen met een

⁴⁸ Mr. R.F.B. van Zutphen is de Nationale ombudsman; J.F.P.M. van de Wiel Msc is omgevingsmanager bij de Nationale ombudsman.

⁴⁹ Voorbeelden zijn rapporten ABDTOPConsult, *Werk aan Uitvoering fase 1: Probleemanalyse*, 2020, ABDTOPConsult, *Werk aan Uitvoering fase 2: Handelingsperspectieven en samenvatting analyse*, 2020 en de kabinetsreactie *Regels en ruimte - Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte*, 2020.

werkagenda voor de uitvoering. Daarin worden handelingsperspectieven uitgewerkt, die zijn geformuleerd voor “een goede balans tussen wat de politiek belooft en wat uitvoeringsorganisaties kunnen waarmaken”.⁵⁰

Voorgaande laat zien dat de relatie wetgeving en uitvoering over heel veel zaken kan gaan en veelbesproken is. Vaak in combinatie met de oproep om in ieder geval ook na te denken over het kunnen leveren van maatwerk. In deze bijdrage gaan we in op wat we zien en horen in ons werk als het gaat om dit vraagstuk, met bijzondere aandacht voor het perspectief van de burger. Ook delen we inzichten over het zo effectief mogelijk werken aan dat vraagstuk. Inzichten die wij ontleen aan de uitkomst van een kritische reflectie op het werk van de Nationale ombudsman.⁵¹ Dit alles in de hoop dat dit de leden van de NVvW verder helpt om met het burgerperspectief aan de slag te gaan op het thema wetgeving en uitvoering.

Maatwerk en de burger

In april 2019 sprak ik over het onderwerp “de waarde van de wet” tijdens zijn symposium van de Raad van State ter gelegenheid van de presentatie van zijn jaarverslag. Ik bepleitte daar dat “de waarde van de wet ook wordt beoordeeld vanuit het perspectief of de burger er een beetje mee uit de voeten kan”.⁵²

Waar kan de burger mee uit de voeten? We staan allereerst stil bij het eerder genoemde maatwerk. Maatwerk is een begrip dat zo vaak wordt gebruikt, dat het aan betekenis lijkt in te boeten. Wat wordt er eigenlijk mee bedoeld, en welke rol speelt de burger? Meerdere antwoorden blijken mogelijk, het is maar net hoe je het bekijkt.

Al het handelen van de overheid en het effect daarvan op burgers zou gevat kunnen worden onder maatwerk. We gaan er namelijk vanuit dat de overheid er is voor de burger en in haar handelen en doen daarmee rekening houdt. Het resultaat van haar handelen moet dus passend zijn voor de burger. Maatwerk zo u wilt.

⁵⁰ ABDTOPConsult, *Werk aan Uitvoering fase 2: Handelingsperspectieven en samenvatting analyse*, 2020, p. 14.

⁵¹ Deze bijdrage is opgesteld mede op basis van eerder verschenen publicaties van de Nationale ombudsman.

⁵² Raad van State, *De waarde van de wet, Bundeling van de bijdragen aan het symposium ter gelegenheid van de presentatie van het jaarverslag over 2018*, Den Haag 2019, p. 23.

Wat hier wringt is dat “burger”, “overheid”, “handelen” en “doen” zeer algemene begrippen zijn. Iedere situatie waar de burger de overheid nodig heeft of de overheid impact heeft op het leven van een burger, is in veel gevallen “afwijkend” van de algemeen passende norm. Ook dan wordt gesproken over maatwerk, omdat ook die specifieke uitkomst passend moet zijn voor burger en overheid.

En wat als burger en overheid er niet uitkomen met elkaar, omdat de balans niet in evenwicht is tussen (om in de woorden van dit kabinet te spreken) wat beloofd is, wat de uitvoering kan waarmaken en wat de burger verwacht? Dan is er ook sprake van maatwerk. Een voorbeeld:

Casus: Dubbel inkomen kost geld⁵³

Een jonge vrouw werkt bij een leer-werkbedrijf, en ontvangt van hen aanvullende bijstand. Wanneer ze 18 wordt, kent het UWV haar een WAJONG-uitkering toe. De vrouw vraagt het leer-werkbedrijf de aanvullende bijstand stop te zetten en om een factuur voor de te veel ontvangen bijstand. Dat wordt toegezegd, maar er gebeurt vervolgens niets. Na een maand belt de vrouw weer, waarop nieuwe beloftes worden gedaan zonder gevolg. Dit herhaalt zich enkele maanden. Uiteindelijk zet het leer-werkbedrijf de aanvullende bijstand stop en vordert deze terug vanaf startdatum WAJONG, ongeveer een jaar daarvoor. Omdat de vrouw de te veel ontvangen bijstand opzij heeft gezet, was het terugbetalen geen probleem.

Echter, zij woonde in die periode ook in een instelling en moet daarvoor een eigen bijdrage aan het CAK betalen. De eigen bijdrage wordt bepaald aan de hand van het jaarinkomen, in het jaar dat zij 18 werd. Dat peiljaar bepaalt de eigen bijdrage voor meerdere jaren. De Belastingdienst stelt het inkomen vast: in het jaar dat de vrouw 18 werd, had zij lange tijd een dubbel inkomen, doordat de aanvullende bijstand niet werd stopgezet. Wat een nadeel tot gevolg heeft voor de vrouw: drie jaar lang een hogere eigen bijdrage aan het CAK.

Na tussenkomst van de Nationale ombudsman heeft het leer-werkbedrijf excuses aangeboden en laten weten dat het de jaaropgaaf (van de aanvullende bijstand in het jaar dat ze 18 werd) niet kan verlagen naar 0. Immers, de

⁵³ Deze casus is een geanonimiseerd voorbeeld uit de praktijk van de Nationale ombudsman.

vrouw heeft feitelijk de bijstand ontvangen. Dat is wat aan de Belastingdienst gemeld moet worden. Noch de Belastingdienst noch het CAK kunnen dat veranderen. Een oplossing blijft daarmee uit, de regels bieden geen uitweg.

Het leer-werkbedrijf is uiteindelijk persoonlijk in gesprek gegaan met de vrouw. Zij hebben verantwoordelijkheid genomen en contacten gelegd met o.a. het CAK. Door het gesprek aan te gaan, is duidelijk geworden waar het eigenlijk om draait. Het leer-werkbedrijf heeft vervolgens een volledige schadeloosstelling aangeboden. De regels zijn hierdoor niet veranderd, niettemin zijn de klacht en het probleem van de vrouw naar tevredenheid opgelost.

In de praktijk van de ombudsman heeft maatwerk vooral betrekking op zaken zoals in voorgaand voorbeeld. Op situaties waarin een burger de overheid nodig heeft om te komen tot een situatie die hem of haar daadwerkelijk op weg helpt.

Waar burgers tegen aanlopen

Deze bijdrage focust zich op zaken die wij tegenkomen in ons werk over wat burgers wel en vooral ook niet willen. Ons werk kaderen we in door te kijken naar wat overheid en burger willen bereiken met klachtbehandeling en naar wat de wetgever voor ogen had bij het instellen van de Nationale ombudsman.

Onze missie is daarop gebaseerd: wij geloven dat het perspectief van burgers geborgd moet worden in alles wat de overheid doet. Een missie die richting geeft aan het werk en doelstellingen die centraal staan bij klachtbehandeling:

1. De burger (op weg) helpen;
2. Leren van de klacht, voor de toekomst.

De missie en doelstellingen zouden overigens niet vreemd in de oren mogen klinken voor iedereen die bij de overheid werkt. Zeker voor hen die bekend zijn met de strekking van de Algemene wet bestuursrecht, en met een beetje geluk van hoofdstuk 9 daarvan over klachtbehandeling.

Waar lopen burgers tegenaan? Zij komen met verschillende problemen bij de Nationale ombudsman. Het blijkt mis te gaan op tal van terreinen. Uit

onderzoek naar onze klachten komt naar voren dat de meeste klachten gaan over:

1. De overheid is niet voldoende voortvarend;
2. De overheid heeft de organisatie niet op orde;
3. De overheid voorziet niet in de goede informatie;
4. De overheid is niet voldoende betrouwbaar;
5. De overheid bejegent mij niet fatsoenlijk.

Bovenstaande punten noemen we omdat ze relevant zijn om te begrijpen waar het beter kan in de uitvoering. Door kennis te nemen van de aard van de klachten en hier rekening mee te houden in al wat de overheid doet, wordt een belangrijke stap gezet in het tegemoetkomen aan het burgerperspectief.

Al is men er dan nog niet. De afgelopen jaren heeft de Nationale ombudsman op meerdere momenten geconstateerd dat burgers niet altijd kunnen rekenen op een overheid die er voor hen is.⁵⁴ Voordat we verder ingaan op het burgerperspectief, eerst meer over die constatering en over het ontstaan van de klachten.

Oorzaak: complexe wet- en regelgeving

Veel vragen en problemen van burgers zijn in essentie niet ingewikkeld. Ze passen echter niet altijd een-op-een binnen de mal die de overheid daarvoor hanteert. Dat maakt dat antwoorden en oplossingen vaak wel ingewikkeld zijn of worden gemaakt. Een van de belangrijkste oorzaken voor problemen bij de overheid, en dus ook bij de uitvoeringsorganisaties, is de complexiteit. Deze ontstaat veelal (onbedoeld) door wet- en regelgeving en de uitwerking daarvan. Regels zitten elkaar vaak in de weg. Het valt op dat problemen vaak domein-overstijgend zijn, waar wet- en regelgeving dat niet altijd is. Het tegengaan van de complexiteit is veelgehoord als oplossing. De praktijk is tot nu toe echter weerbarstig gebleken.

⁵⁴ Wanneer we spreken over de overheid, doelen we op het stelsel van landelijke en lokale overheidsorganisaties en daaronder dus ook de (lokale) uitvoeringsorganisaties.

Casus: wet verhindert maatwerk

De uitkering die mevrouw van het UWV krijgt, wordt in 2014 met terugwerkende kracht verhoogd. De overheid realiseert zich dat mevrouw veel extra kosten maakt vanwege haar hulpbehoevendheid en komt haar daarin tegemoet. Maar de nabetaling en de verhoging van haar uitkering hebben vervelende gevolgen. Andere inkomstenbronnen vallen weg of worden verlaagd en zij komt voor allerlei regelingen niet meer in aanmerking. Het is maar de vraag of de verhoging van haar uitkering wel echt tot een verhoging van haar totale inkomen heeft geleid.

Zij zoekt contact met verschillende overheidsinstanties om te kijken of er een oplossing mogelijk is. Later neemt zij ook contact op met de Nationale ombudsman. Die start een onderzoek. Hij komt tot de conclusie dat de betrokken partijen niet in staat zijn om een oplossing te vinden voor een probleem dat door de wetgever is gecreëerd.

De staatssecretaris van Financiën en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kijken op verzoek van de ombudsman naar deze zaak, maar bieden geen oplossing voor de vrouw. De uitwerking van de wet op de situatie van de vrouw is volgens de staatssecretaris en de minister beoogd en dus niet ongewenst. Aanpassing van de wet of een andere oplossing vinden zij daarom niet nodig. De vaststelling dat er geen sprake is van een ongewenst effect van de regels verbaast de ombudsman, omdat die er voor de vrouw wel degelijk is.

Een oplossing blijft uit, en het gevoel van onrechtvaardigheid blijft. Beroep was het enige kanaal voor mevrouw om nog iets gedaan te kunnen krijgen. In 2018 volgt de uitspraak van de rechtbank Gelderland: het beroep wordt ongegrond verklaard.⁵⁵ Daarbij noemt de rechtbank dat “(...) het de rechter niet vrijstaat om formele wetgeving te toetsen aan billijkheid [en daarom] kan ook de rechtbank geen oplossing bieden.”

Deze impasse wordt uiteindelijk in 2019 doorbroken in hoger beroep. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden behandelt de zaak en oordeelt het hoger beroep gegrond.⁵⁶ Het Hof stelt vast dat er sprake is van een individuele

⁵⁵ Uitspraak rechtbank Gelderland 11 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1614.

⁵⁶ Uitspraak Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9668.

buitensporige last en daarom moet rechtsherstel worden geboden. De omvang daarvan wordt bepaald doordat het Hof zelf een keuze maakt om het verzamelinkomen voor de bepalende jaren vast te stellen. In de uitspraak gaat het Hof overigens ook in op zijn kijk op de wetgever.

“Voor meer rechthebbenden op de verhoging zal de keuze de verhoging niet vrij te stellen meebrengen dat de (bruto-)verhoging niet leidt tot een evenredig (netto) financieel voordeel. Het Hof gaat er echter vanuit dat voor de meerderheid der rechthebbenden - en anders dan voor belanghebbende - deze omstandigheid niet tot gevolg heeft dat in het geheel geen financieel voordeel of zelfs een financieel nadeel ontstaat. Een andersluidend oordeel zou een zeer cynische kijk op de wetgever verraden, die dan ofwel dit effect voorzien en bewust aanvaard heeft, ofwel deze effecten niet heeft onderzocht, ofwel een bijzonder ongelukkige inschatting heeft gemaakt van deze effecten, veroorzaakt door de keuze een financiële tegemoetkoming in de kosten van de kwetsbaarste personen in de samenleving niet vrij te stellen. Aldus is de buitensporige last die belanghebbende ondervindt het gevolg van bijzondere, niet voor alle rechthebbenden op de verhoging geldende, feiten en omstandigheden en derhalve een individuele buitensporige last.”

Vereenvoudiging als simpele oplossing?

“Advies: vereenvoudig wet- en regelgeving en meer oog voor uitvoerbaarheid”. Dat is de kop van het nieuwsbericht⁵⁷ dat de Rijksoverheid publiceerde bij de aanbidding van het rapport “Werk aan Uitvoering (fase 2): Handelingsperspectieven en samenvatting analyse”. Maar hoe dan?

In een opiniestuk stellen Koen Giezeman en Niels Jak dat de “ontwikkeling in de rechtspraak moet worden opgevat als een signaal aan de wetgever en het bestuur om meer ruimte te bieden aan burgerperspectief en maatwerk”.⁵⁸ Ze plaatsen bij de invulling van de rol van wetgever en het bestuur een aantal kritische kanttekeningen en brengen de keten in beeld. Het begint bij de wetgever en diens verantwoordelijkheid voor meer burgerperspectief en maatwerk in het bestuursrecht.

⁵⁷ “Advies: Vereenvoudig wet- en regelgeving en meer oog voor uitvoerbaarheid“, nieuwsbericht www.rijksoverheid.nl 11 september 2020.

⁵⁸ K. Giezeman en N. Jak, ‘Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet’, in *NJB* aflevering 9, 6 maart 2020, p. 616-620.

Een terechte vraag volgens ons: maakt de wetgever dat wel mogelijk voor het bestuursorgaan? En als hij dat al doet, dan stellen Giezeman en Jak terecht dat ook aan de orde is óf de wetgever handvatten biedt aan bestuursorganen “om met voor de burger onbillijke situaties te kunnen omgaan”. Wat kan en doet het bestuursorgaan vervolgens met die handvatten? Het bestuur moet maatwerk leveren en zou daarvoor beleidsregels kunnen opstellen, maar ook hier constateren de auteurs: “Het bestuursorgaan kan zijn discretionaire ruimte echter niet helemaal dichtreguleren.” Op basis van wat wij zien in de praktijk, beamen we dat het bestuursorgaan dit niet kan en bovendien niet moet willen.

Een soortgelijke boodschap staat ook in de kabinetsreactie op het rapport ‘Regels en ruimte – Verkenning maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte’.⁵⁹ Daarin schrijft het kabinet: “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geven een opdracht tot maatwerk in bepaalde gevallen. Dat wil niet zeggen dat alle besluiten door middel van maatwerk tot stand moeten komen. Dat is onmogelijk en ook niet nodig of wenselijk. Van de overheid, en zeker van de uitvoerende diensten die in het rapport zijn onderzocht, worden grote inspanningen gevraagd, die gestructureerde procedures en afdoening met behulp van automatisering vragen. Vaak wordt de structurering van die procedures neergelegd in een beleidsregel. Dat kan, zolang de beleidsregel niet de oorzaak wordt voor een gebrek aan maatwerk. Dan ontstaat een blinde vlek voor gevallen waar een specifieke benadering wenselijk is.”⁶⁰

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur bieden vervolgens een belangrijke leidraad over hoe dan wel te handelen en die blinde vlek terug te dringen. Ook hier citeren we het kabinet gemakshalve: “Daarbij wordt nog wel het geluid gehoord dat maatwerk in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel of met de rechtmatigheid. Dat is echter niet het geval. In onze democratische rechtstaat is het gelijkheidsbeginsel een belangrijk uitgangspunt. Maar als op grond van het evenredigheidsbeginsel bijzondere belangen tot een maatwerkoplossing leiden, is er per definitie geen sprake van gelijke gevallen en dus ook niet van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Met betrekking tot de rechtmatigheid wordt gewezen op artikel 4:84 van de Awb, dat voorschrijft dat een beleidsregel niet wordt toegepast als de gevolgen voor een belanghebbende niet in verhouding staan tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Bij bijzon-

⁵⁹ *Kamerstukken II 2019/20, 29 362, nr. 282.*

⁶⁰ *Kamerstukken II 2019/20, 29 362, nr. 282, p. 2 en 3.*

dere omstandigheden mag een bestuursorgaan niet blind zijn beleidsregel volgen. Het kabinet vindt dat in deze situatie een maatwerkoplossing gezocht moet worden, zoals de Awb ook opdraagt. Het kabinet vindt voor dat standpunt steun in de jurisprudentie van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, die steeds vaker bestuursorganen oproept tot maatwerk en toepassing van het evenredigheidsbeginsel.”⁶¹

Het kabinet mag hier overigens zijn eigen rol niet vergeten. Er staat in datzelfde rapport dat er sprake is van stapeling van beleid, wet- en regelgeving. Anders gezegd, om een effectieve oplossing mogelijk te maken, moet ook iets gedaan worden aan de complexiteit van wetten en regels die de ruimte voor bestuursorganen bij voorbaat al dicht reguleren.

Wat dan wel? Houd rekening met de burger

De Nationale ombudsman heeft burgers gevraagd wat zij van de overheid verwachten in 2030. Uit dit onderzoek bleek dat burgers een overheid willen die eerlijk, begripvol en simpel is.⁶² Belangrijkste verbeterpunt voor de overheid in de toekomst is ‘versimpelen’: begrijpelijke taal en eenvoudige procedures, liefst via één loket. Burgers verwachten deskundigheid van ambtenaren. Zo wil de meerderheid dat de overheid in de toekomst sneller reageert, meer dienstverlening op maat levert, beter luistert en één loket biedt voor alle overheidszaken. Ook hoorden we dat mensen niet altijd vertrouwen op een goede afloop wanneer er een conflict is met de overheid.

Om beleid en uitvoering toekomstbestendig te maken, lijkt de overheid steeds vaker de burger centraal te stellen. Het onderzoek van de Tijdelijke commissie uitvoeringsorganisaties en de inzet van de Ministeriële commissie uitvoering tonen dat aan. Het centraal stellen van de burger vergt een andere blik op dienstverlening, waarbij de overheid ook zoekt naar slimme oplossingen. En dat geldt ook voor de wetgever. Zodat voldaan wordt aan de wensen voor nieuw beleid, én tegemoetgekomen wordt aan wensen van burgers.

Kijkend naar de problemen die de burger ervaart en de verwachtingen die de burger heeft van de overheid, signaleerde de Nationale ombudsman in 2019 drie

⁶¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 29 362, nr. 282, p. 3.

⁶² “Overheid moet in 2030 vooral eerlijk, begripvol en simpel zijn”, nieuwsbericht www.nationaleombudsman.nl, 11 juli 2019.

belangrijke aandachtspunten voor de dienstverlening aan burgers voor nu en de nabije toekomst:

1. Toegankelijkheid: hoe kunnen burgers bij de overheid terecht?
2. Verantwoordelijkheid: waar is de overheid wel en niet van?
3. Ook in de toekomst hebben burgers recht op menselijk contact.

Deze aandachtspunten hebben we opgeschreven aan de hand van de reflectie op de vragen “wie doet er mee in 2030” en “waarmee heeft de overheid rekening te houden?”⁶³

Casus: luchtje aan de huishoudhulp⁶⁴

Leentje den Heijer (gefingeerde naam) is ernstig ziek. Ze kan zelf niet veel doen in haar huis. Ze krijgt daarom vanuit de Wmo een huishoudelijke hulp. Ze heeft afspraken gemaakt over het werk. Als de hulp die afspraken niet nakomt, wil Leentje een andere hulp. De gemeente geeft echter geen gehoor.

Leentje heeft een lichamelijke beperking en wordt ook ontzettend ziek van sigarettenrook. Het lastige is dat zij dat als gevolg van een ziekte niet kan ruiken. Als een roker in haar buurt komt, wordt ze onwel zonder te weten waar het aan ligt. Toen de buurvrouw haar vertelde dat de hulp naar sigaretten rook, heeft Leentje goede afspraken gemaakt met de hulp. Die draagt geen kleren meer die naar rook ruiken en mag in huis niet roken.

Leentje wordt toch steeds zieker. Als ze haar hulp betreft op roken in de tuin begrijpt ze ook waarom. Ze maakt hier melding van en de hulp wordt weggestuurd. Maar Leentje kan niet zonder huishoudelijke hulp en belt daarom met de manager van de gemeente.

Die manager laat haar weten dat er momenteel geen capaciteit is om haar meteen een nieuwe hulp te sturen. Ook een ander zorgkantoor kan geen oplossing bieden. Daar komt ze wekenlang op een wachtlijst. Dat kan toch niet de bedoeling zijn?

⁶³ “Nationale ombudsman verkent de veranderende relatie tussen overheid en burger“, nieuwsbericht www.nationaleombudsman.nl, 9 december 2019.

⁶⁴ “Ombudsman: luchtje aan de huishoudhulp“, www.telegraaf.nl, 16 november 2019.

Door haar slechte gezondheid kan Leentje weinig zelf en dus belt ze met medewerker Fatima van de Nationale ombudsman. Ze vertelt Fatima dat ze wil klagen bij de gemeente, maar niet goed weet hoe ze dat moet doen. Fatima weet dat niet iedereen zijn weg daarin weet te vinden. Ze besluit Leentje daarbij te helpen. Samen met haar zet ze de klacht in een brief en legt die voor aan de klachtcoördinator van de gemeente.

Inmiddels zit er gelukkig al schot in de zaak. De thuishulporganisatie heeft een nieuwe hulp gevonden voor Leentje. Er zijn duidelijke afspraken gemaakt en de contactpersoon van de gemeente belt maandelijks met Leentje om te kijken hoe het gaat en of ze tevreden is. Dat is gelukkig het geval.

Ik vind het belangrijk dat een gemeente de burger een luisterend oor biedt als deze aan het loket komt met een probleem. Je kan iemand niet wegsturen met ‘Sorry, over een paar weken bent u aan de beurt’ als er nu hulp nodig is. Fijn dat we Leentje hebben kunnen helpen bij haar klacht en dat ze nu weer vooruit kan met een nieuwe hulp.

Voorgaand voorbeeld toont het belang van een overheid die oplossingen biedt. Het gaat er daarbij om dat de overheid aandacht heeft voor de specifieke situatie van de burger. De overheid is aan zet om een invulling te geven aan behoorlijke dienstverlening en het perspectief van de burger hierin te borgen. Zodanig dat die past bij de relatie tussen burger en overheid nu en in de toekomst: eerlijk, begripvol en simpel. Uitgangspunten die de wetgever zich ook ter harte kan nemen.

Bezint eer ge begint

De Raad van State schrijft in de inleiding van de bundel met de bijdragen aan het symposium voor zijn jaarverslag over 2018: “Voor het vertrouwen van burgers in de overheid is duidelijkheid over de koers van de wetgever essentieel. Het wetgevingsproces mag geen stempelmachine worden. In de democratische rechtsstaat normeert de wet het gedrag van overheid en burger. Dat vergt dat de wetgever de belangrijkste keuzen in de wet maakt en het bereik ervan bepaalt.”⁶⁵

⁶⁵ Raad van State, *De waarde van de wet, Bundeling van de bijdragen aan het symposium ter gelegenheid van de presentatie van het jaarverslag over 2018*, Den Haag 2019, p. 3.

Ik pleitte er tijdens dat symposium voor dat de burger en professional ermee uit de voeten kunnen. Wij stonden in de vorige paragraaf al stil bij het perspectief van de burger. Een volgende vraag is: “Hoe is wetgeving zo effectief mogelijk om de gewenste relatie tussen burger en overheid mogelijk te maken?” We delen daartoe graag inzichten die de Nationale ombudsman opdeed in antwoord op de vraag hoe effectief de Nationale ombudsman zelf is en kan zijn.

Effectiviteit: doelrealisatie en toegevoegde waarde

De Nationale ombudsman wilde stilstaan bij de effectiviteitsvraag van zijn werk, in het bijzonder de zogeheten onderzoeken uit eigen beweging. Van de Bunt Adviseurs heeft hiernaar in opdracht van de ombudsman onderzoek gedaan. De resultaten daarvan zijn opgetekend in het rapport “Over effectiviteit gesproken”.⁶⁶ Hoe effectief de Nationale ombudsman is en kan zijn, hangt enerzijds af van de *mate van doelrealisatie* en anderzijds van de *toegevoegde waarde* van het onderzoek.

De *doelrealisatie* gaat over het verhelpen van het geconstateerde probleem én welk doel wij met het onderzoek beogen. Daarin zijn zes niveaus te onderscheiden, bijvoorbeeld dat een inspanning van een bestuursorgaan om verbetering te realiseren of dat burgers het probleem niet meer ervaren.

De *toegevoegde waarde* is ook een belangrijke factor wanneer het over effectiviteit gaat. Het gaat over “de optelsom van het aantal burgers dat profijt heeft van beter overheidsoptreden, de ernst van de schade of impact op het leven van de betrokken burger(s) en de mate waarin het onderzoek van de Nationale ombudsman het verschil maakt”.⁶⁷

De doelrealisatie en toegevoegde waarde zijn, zeker op voorhand, niet makkelijk te bepalen. Maar wel de moeite waard om vooraf te betrekken bij de overweging welke handeling te doen is. Ook voor de wetgever. Daarbij speelt een aantal factoren die je zelf in de hand hebt. In het geval van de Nationale ombudsman bijvoorbeeld de kwaliteit van onze onderzoeksrapporten. Maar ook van invloed is hoe we gebruikmaken van het recht om bepaalde informatie op te vragen en de mate en wijze waarop we bepaalde bestuursorganen betrekken.

⁶⁶ Van de Bunt Adviseurs, *Over effectiviteit gesproken. Onderzoek naar de effectiviteit van de onderzoeken uit eigen beweging van de Nationale ombudsman*, 2017.

⁶⁷ Van de Bunt Adviseurs, *Over effectiviteit gesproken. Onderzoek naar de effectiviteit van de onderzoeken uit eigen beweging van de Nationale ombudsman*, 2017, p. 5.

Daarnaast zijn er externe factoren waar we geen invloed op hebben, zoals politieke keuzes. Wel zijn we zelf aan zet om te bepalen of en hoe we reageren op bijvoorbeeld acties van anderen die met hetzelfde onderwerp bezig zijn.

Hoe ver komt de Nationale ombudsman?

Ons werk heeft effect op de uitvoerende overheid, zo werd in het onderzoek door Van de Bunt bevestigd. De mate waarin verschilt, en hangt onder andere af van eerdergenoemde factoren, hoe we daarmee omgaan en het doel dat we voor ogen hebben. Dat is wat de Nationale ombudsman betreft zorgen dat de overheid er is voor de burger, en niet andersom.

Wetgeving zou dat ook als een doelstelling moeten hebben. Daarom houden wij graag een aantal inzichten voor uit het eerder genoemde rapport “Over effectiviteit gesproken”. Inzichten die relevant zijn om in het achterhoofd te houden wanneer u zichzelf een spiegel voor wilt houden en zich afvraagt hoe wetgeving zo effectief mogelijk kan zijn.

1. Kies de juiste adressering en formulering

Aanbevelingen en de formulering daarvan door de Nationale ombudsman vallen niet altijd in goede aarde of missen hun doel. Soms is sprake van indirecte adressering. Zo ontvangen de uitvoeringsorganisaties juist aanbevelingen waar ze hun eigenaar/opdrachtgever voor nodig hebben. Worden de juiste actoren aan het werk gezet of toegerust met bepaalde bevoegdheden? Gebeurt dat niet, dan kan dat leiden tot een gevoel van onmacht bij de uitvoeringsorganisatie en niet tot een zekere beweging aan de kant van de eigenaar/opdrachtgever. Ook de formulering van de aanbevelingen van de Nationale ombudsman verdient aandacht. Door ze waar mogelijk meer specifiek, meetbaar en tijdsgebonden te formuleren, wordt voorkomen dat bestuursorganen de ruimte zien om meer algemeen te reageren op aanbevelingen.

2. Monitor de opvolging van je werk

Het werk stopt niet na de aanbeveling van de Nationale ombudsman. Monitoring van gedane aanbevelingen is belangrijk. Uit het onderzoek bleek dat er voor de ombudsman veel te winnen is wanneer we na afloop van een rapport een actieve rol blijven spelen in de opvolging en het benutten van de

opbrengst van het rapport. Dat kan door te vragen hoe het ervoor staat en te kijken wat nodig is om de aanbevelingen verder te helpen.

3. *Betrokkenheid van alle actoren vergroot effectiviteit*

Bestuursorganen zijn vaker positief over rapporten en onderzoeken waarbij ze intensiever werden betrokken. De uitkomsten worden in die gevallen beoordeeld als meer evenwichtig. Door te erkennen wat door de overheid is gedaan (of geprobeerd) om problemen te verhelpen en daar aandacht aan te besteden, wordt de effectiviteit vergroot. De grotere betrokkenheid leidt tot een grotere mate van acceptatie van de bevindingen en aanbevelingen, ook als deze kritisch van aard zijn.

4 *Kies bewust voor niets doen*

Bestuursorganen beoordelen onze toegevoegde waarden niet alleen via onze rapporten en aanbevelingen, maar juist op wat we daar omheen doen. Zo blijkt dat “een andere toegevoegde waarde van de Nationale ombudsman zit in het bijeenbrengen van partijen rondom een gezamenlijk probleem. Daar zit volgens de bestuursorganen nog ruimte voor de Nationale ombudsman om zijn effectiviteit te vergroten”. Kortom, soms zijn een onderzoek en aanbeveling niet de meest effectieve actie.

Tot slot

Bij de Nationale ombudsman doen we elke dag ons voordeel met deze inzichten, zij scherpen ons in de keuzes die we maken. Vanzelfsprekend zijn deze inzichten niet allemaal een-op-een letterlijk te vertalen naar de praktijk van wetgeving in relatie tot uitvoering. Niettemin hopen wij dat ze ook u tot inspiratie dienen om in uw praktijk met het burgerperspectief aan de slag te gaan. Stel uzelf daarbij de vraag: kan de burger ermee uit de voeten?

Reacties op bijdragen Scheltema en Van Zutphen/Van de Wiel

Prof. mr. dr. S.E. Zijlstra, mr. O.Y. Ifzaren & mr. M.L.M. van der Loop

Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema

Prof. mr. dr. S.E. Zijlstra

Zoals altijd bij zijn geschriften, blinkt het preadvies van Scheltema uit door helderheid en overtuigingskracht. Na lezing vraagt de lezer zich af, waarom we dit eigenlijk al niet veel eerder hebben doorgevoerd. Toch betwijfel ik of dit de goede weg is om uit de problemen te komen.

Laat ik vooropstellen dat ik Scheltema's – overigens onderkoeld gebrachte – verontwaardiging over de gang van zaken bij de kinderopvangtoeslagen deel. Die verontwaardiging had hij al eerder publiekelijk onder woorden gebracht, namelijk in zijn lezing van 5 april 2019 onder de titel 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief'.⁶⁸ Ik ben ervan overtuigd dat die lezing een belangrijke factor is geweest in het 'omgaan' van de Afdeling op het punt van de 'alles-of-niets'-jurisprudentie.⁶⁹ Ik meen ook dat de gang van zaken bij de kinderopvangtoeslag niet alleen een zaak is van falende interne procedures bij de betrokken ministeries en controle door de Tweede Kamer, maar dat ook de wetgever, ja, *het recht* hier gefaald heeft, en dat we moeten bezien welke rol het recht heeft bij het voorkomen c.q. zo snel mogelijk redresseren van dergelijke misstanden.

Maar met de door hem aangedragen oplossing ben ik het niet eens. Kort gezegd wil Scheltema het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb ook een rol laten spelen bij door de wetgever in formele zin voorgeschreven gebonden

⁶⁸ M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24.

⁶⁹ Zie mijn paper *Alles of niets. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019*, gepubliceerd als bijlage bij het rapport van de Onderzoekscommissie Kinderopvangtoeslag, en de in die paper aangehaalde literatuur.

besluitvorming. Ik denk dat het juridisch veel ingewikkelder is dan hij doet voorkomen, gevolgen kan hebben die – zo wij ze al zouden willen – op zijn minst zouden moeten worden onderzocht en beoordeeld, en dat het ook niet nodig is.

Om welk probleem gaat het?

Scheltema hangt zijn preadvies op aan het probleem dat de wetgever niet alles kan voorzien. Nu is dat natuurlijk ook zo, en het wordt in wetgeversland algemeen onderkend. Het vormt de kern van het delegatievraagstuk, en heeft geleid tot tal van systeemoplossingen, zoals voorhangprocedures, open normen en zorgplichtbepalingen, hardheidsclausules, maar ook techniekonafhankelijke wetgeving etc. Maar het komt natuurlijk regelmatig voor dat de wet wél een gebonden besluitvorming voorschrijft. Het is volgens vaste jurisprudentie dan zo, dat de rechter de wet niet met een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waar het evenredigheidsbeginsel er één van is) opzij kan zetten.⁷⁰ Nu is dat geen probleem als de wetgever iets aantoonbaar niet heeft voorzien; de rechter wordt dan niet belemmerd in het vinden van een rechtvaardige oplossing, want daar hoeft hij de (bedoeling van de) wet niet voor opzij te zetten.

Dat wordt al onderkend in het eerder aangehaalde Harmonisatiewetarrest, waar de Hoge Raad ruimte laat voor ‘het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, en anderzijds: het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar tot stand komen in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de betrokken bepaling en staat de rechter ingevolge voormelde jurisprudentie vrij; het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge art. 120 Gr.w verboden.’ Zie voor een geval waarin het criterium van het Harmonisatiewetarrest toepassing vond CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607.

⁷⁰ Zie met name HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469 m.nt. Scheltema (Harmonisatiewet).

Zou dus Scheltema's oplossing beperkt zijn tot gevallen waarin de wetgever iets niet voorzien heeft, dan is zij niet nodig.

Maar het probleem in zijn scherpste vorm gaat nu juist over gevallen die de wetgever wél heeft voorzien, maar die apert onrechtvaardig zijn. Nu zal de wetgever nooit zeggen: 'wij weten dat dit een regel is die tot apert onrechtvaardige uitkomsten kan leiden, maar wij doen het toch.' Het gaat veel meer om wat ik 'legislatieve voorwaardelijke opzet' zou willen noemen: in de klassieke formulering van de Hoge Raad stelt de wetgever zich 'willens en wetens bloot aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans' dat de apert onrechtvaardige uitkomst zich voordoet.⁷¹ Laat ik dat met een voorbeeld illustreren.

Voor chronisch zieken biedt de Wet langdurige zorg (Wlz) een verzekering. Deze wet voorziet in de verstrekking van voorzieningen zoals persoonlijke verzorging, verpleging, huishoudelijke hulp etc. Na een indicatie dat betrokkene een of meer voorzieningen nodig heeft, kunnen die op twee manieren worden verstrekt: in natura, d.w.z. betrokkene krijgt de voorziening, bijvoorbeeld verpleegkundige zorg of huishoudelijke hulp rechtstreeks van een – via subsidie van de overheid betaalde – zorgaanbieder, of via een persoonsgebonden budget (PGB), d.w.z. dat betrokkene een bedrag krijgt om de voorziening zelf in te kopen. Kiest men voor een PGB, dan moet die worden verantwoord: aan de hand van uuroverzichten, facturen, bonnetjes etc. moet achteraf worden aangetoond dat het PGB ook daadwerkelijk aan de betrokken zorg is besteed.

Nu gaat daar – niet onvergelykbaar met de papierwinkel rond de kinderopvangtoeslagen – wel eens iets mis. Als het bestuursorgaan concludeert dat de verantwoording niet – helemaal – is geslaagd, dan biedt de Wlz niet alleen een grondslag tot geheel of gedeeltelijke terugvordering van het PGB, maar bepaalt zij ook dat als betrokkene daarna nóg eens een PGB aanvraagt, die moet worden geweigerd (artikel 3,3,3. lid 5 Wlz).⁷² Daarmee staat voor betrokkene alleen nog zorg in natura open.

Op het eerste gezicht is dit geen onredelijk systeem: de verzekerde is kennelijk niet te vertrouwen met een PGB, dus moet hij of zij het voortaan maar met zorg

⁷¹ HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55 (Cicero). Zie voor een moderner formulering HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718 (gevaarlijke hond).

⁷² Artikel 3,3,3. lid 5 Wlz, aanhef en onder a, luidt: Het persoonsgebonden budget wordt in ieder geval geweigerd indien: [...] de verzekerde zich bij de eerdere verstrekking van een persoonsgebonden budget niet heeft gehouden aan de opgelegde verplichtingen.

in natura doen. Maar ook als het om een kleine fout in de verantwoording gaat, blijft betrokkene van een PGB verstoken. Ook bevat de wet geen termijn waarna wél weer een PGB kan worden verkregen; dat kan dus in beginsel voor altijd zijn. Op die manier kan deze wettelijke regel in bepaalde gevallen wél tot onredelijke resultaten leiden.

Het systeem van verplichte weigering van een PGB bij gebreken in de verantwoording bestond ook vóór de inwerkingtreding van de Wlz, namelijk in de op de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) gebaseerde Regeling subsidies AWBZ (Rsa). Hoewel de weigering in de Rsa net zo dwingendrechtelijk was geformuleerd als in de Wlz (artikel 2.6.4 lid 1 onder 1 Rsa), heeft de rechter zo nu en dan toch een belangenafweging voorgeschreven. Dat kon die rechter ook doen, omdat het bij de Rsa ging om een ministeriële regeling.⁷³

Maar nu is het een wet in formele zin, de Wlz, die dit dwingendrechtelijk bepaalt. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wlz blijkt zonneklaar dat het de expliciete bedoeling van de wetgever is geweest een einde te maken aan de wijze waarop de rechter de weigering soms toetste:

“De regering stelt vast dat de met de regeling subsidies AWBZ beoogde invoering van een gebonden bevoegdheid van de uitvoerder niet het beoogde effect heeft gehad. Om die reden wordt er thans voor gekozen om de belangenafweging op het niveau van de wet zelve te beperken zodat er gebonden bevoegdheden ontstaan bij de toepassing van artikel 3.3.3, derde lid.”⁷⁴

Scheltema's oplossing vereist wijziging constitutioneel recht

Hoe zou Scheltema's oplossing hier uitpakken? De rechter moet dan kijken naar artikel 3.3.3 lid 5 Wlz, en, als hij constateert dat daar niet 'In afwijking van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht...' staat, is hij gelegitimeerd om een evenredigheidstoets toe te passen op de weigering van een PGB. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat hij bepaalt dat het gebrek in de verantwoording te gering

⁷³ De rechter had daarvoor nog een aanknopingspunt: artikel 4:35 Awb bevat een 'kan' bepaling, en een ministeriële regeling kan daar geen dwingendrechtelijke weigeringsgrond van maken. De CRvB vond artikel 2.6.4 onder 1 Rsa wél dwingendrechtelijk (CRvB 15 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1372).

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 891, nr. 3, p. 158.

is om een PGB-weigering te kunnen dragen, of dat het na pak 'm beet 3 jaar wel mooi is, en betrokkene dan toch weer voor een PGB in aanmerking moet kunnen komen. Hoe aantrekkelijk ook, dat past niet in ons constitutionele recht.

Misschien is het, in ieder geval theoretisch, geen doorbreking van de uitleg die de rechter tot dusverre aan artikel 120 Grondwet heeft gegeven, omdat het bij Scheltema's benadering niet gaat om toetsing van een wet in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel, maar om toepassing van de wet, in dit geval artikel 3:4 lid 2 Awb. Het is een creatieve gedachte die, zou zij juist zijn, ook meteen een oplossing zou kunnen bieden voor de verboden toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet. Zou namelijk een wet tot stand komen waarin de grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet worden herhaald, dan zou de rechter voortaan de toepassing van alle bijzondere wetgeving kunnen toetsen aan de grondrechten. Als gezegd, een creatieve gedachte, maar zij is niet juist, en gelukkig maar.

We zagen dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd een belangenafweging onmogelijk te maken. Zeggen dat het ontbreken van 'in afwijking' meebrengt dat hij die evenredigheidstoets wel heeft gewild, is dus simpelweg onjuist. Scheltema's voorstel komt dan ook neer op een doorbreking van de *lex specialis*-regel, iets waar in het verleden wel eerder aandacht voor is gevraagd,⁷⁵ maar wat nooit heeft postgevat in ons rechtsstelsel. En, als het om de Awb gaat, vergt zijn oplossing ook nog een doorbreking van de *lex posterior*-regel. Die regels bieden niet alleen een handvat voor wetsinterpretatie (in welk kader ze zijn ontwikkeld, of beter: ontdekt), maar ze zijn van groot belang in het kader van de democratische rechtsstaat, omdat ze de uitdrukking vormen van het legaliteitsvereiste, dat immers een specifieke basis voor het overheidsoptreden vereisen.

Scheltema stelt in zijn preadvies dat het democratiebeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, de drie beginselen die de achtergrond

⁷⁵ Konijnenbelt heeft in een voorstudie voor de Raad voor het binnenlands bestuur onderzocht of de Gemeentewet een bijzondere status kon krijgen (W. Konijnenbelt, *De Gemeentewet als "bijzondere wet": onderzoek naar de plaats van de Gemeentewet en andere organieke wetten in ons recht*, Den Haag: Rbb 1987). Zie verder C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, VAR-preadviezen 2000, VAR-reeks 124, Den Haag: BJU 2000, p. 7-43 en daarover S.E. Zijlstra, *NTB* 2000 nr. 4, p. 94-98.

van het legaliteitsvereiste vormen, niet in het geding zijn dan wel juist beter gediend worden door zijn benadering.⁷⁶

Het *democratiebeginsel* is volgens hem niet in het geding omdat de wetgever de onaanvaardbare gevolgen niet heeft overzien, en ‘wat hij niet kan overzien, kan hij ook niet gewild hebben.’ Als gezegd: als het probleem vooral ziet op situaties die de wetgever aantoonbaar wél onder ogen heeft gezien, staat het wél haaks op het democratiebeginsel.

Het *rechtszekerheidsbeginsel* wordt volgens Scheltema juist beter gediend door de ‘algemene hardheidsclausule’ die een toepassing van artikel 3:4 Awb meebrengt, omdat de burger de overheid ‘steeds kan houden aan het beginsel dat hij geen onevenredig nadelige besluiten van de overheid hoeft te dulden’. Ik vraag me af of een algemene hardheidsclausule er niet toe leidt dat zij bij veel burgers de verwachting wekt dat de regeling jegens hen niet (onverkort) zal worden toegepast, ook als daarvoor geen gegronde reden bestaat.⁷⁷ In die zin kan het net zo goed tot meer rechtsonzekerheid leiden.

Het ingewikkeldst ligt het wat betreft het *gelijkheidsbeginsel*. Ook daar wordt volgens Scheltema beter recht aan gedaan, omdat maatwerk recht doet aan de ongelijkheid van burgers, veel beter dan het rigide toepassen van de regel. Dit is, denk ik, de kern van de discussie over maatwerk in het bestuursrecht. Het gelijkheidsbeginsel is niet alleen in het geding als gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, maar ook als ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Hoe dat laatste te voorkomen zonder tot willekeur te vervallen,⁷⁸ is een vraag waarvan ik had gehoopt dat de Nationale ombudsman er in diens preadvies op zou ingaan. Ik kan mij in ieder geval goed voorstellen dat de financieel sterkere en beter opgeleide burger eerder zijn weg weet te vinden naar de algemene hardheidsclausule dan de burger die er misschien wel het meest behoefte aan heeft.

⁷⁶ En passant relateert Scheltema ook de waarde van de wet zelf: “Om het instrument van de wet goed bruikbaar te houden, zal de bindende werking ervan meer in de richting van de beleidsregel moeten gaan: een hoofdregel voor de meeste gevallen, maar die uitzondering moet leiden als de toepassing tot onaanvaardbare uitkomsten leidt.”

⁷⁷ Het gebruik van hardheidsclausules wordt in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar 5.25) dan ook ontraden vanwege het conflictopwekkend karakter.

⁷⁸ Zie daarover Y.E. Schuurmans e.a., *Bestuursrecht op maat*, Leiden 2020, p. 11 en de daar aangehaalde literatuur.

Ik denk dan ook dat de oplossing die Scheltema aandraagt niet past in ons constitutionele recht, en, waar zij het primaat van de algemene wet boven de bijzondere wet poneert, ook tot onwenselijke gevolgen zou leiden. Gelukkig is zij ook niet nodig, zoals ik hieronder zal laten zien.⁷⁹

Scheltema's oplossing is niet nodig

Terug naar de Wlz. Vast staat dat het weigeren van een PGB wegens een gebrek in de verantwoording moet worden beschouwd als een sanctie: het is immers het onthouden van een aanspraak (een PGB) wegens een overtreding (van de regels omtrent verantwoording).

Dat een PGB wordt geweigerd omdat in het verleden een gebrek in de verantwoording heeft plaatsgevonden, kan in eerste instantie worden gezien als een herstelsanctie, omdat hiermee wordt beoogd een nieuwe overtreding te voorkomen. Gaat het om een in een wet in formele zin voorziene, verplichte herstelsanctie, dan zal de rechter naar Nederlands bestuursrecht niet mogen toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Maar gaat het om een relatief klein gebrek in de verantwoording, dan kan worden betoogd dat de sanctie in een zo ver verwijderd verband staat tot de overtreding, dat zij als punitief moet worden opgevat. En dan brengt artikel 6 EVRM mee dat de waarborgen rond de criminal charge, waaronder volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk is. Iets vergelijkbaars speelt bij het geval waarin wel een ernstige, verwijtbare fout in de verantwoording heeft plaatsgevonden, en waar het bestuursorgaan vanwege die ene fout tot in lengte van jaren een PGB blijft weigeren. Ook dan *kan* de sanctie niet op herstel zijn gericht, en wordt zij dus punitief, met opnieuw een door het EVRM vereiste evenredigheidstoets.

Een ander anker waar de rechter in deze gevallen voor kan gaan liggen, is artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Volgens het EHRM gaat eigendom of 'possessions' niet alleen over eigendom in de klassieke zin, maar ook over aanspraken tegenover de overheid. Een aanspraak op een PGB kan kwalificeren als een dergelijke (recht op) aanspraak, waarvan de beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving en proportioneel. Dat het wenselijk is om te voorkomen dat mensen misbruik maken van een PGB, en je dus een eerdere overtreding aan die aanspraak in de weg wilt doen staan, kan nog wel, maar tot in lengte van jaren

⁷⁹ Ik heb het nu volgende uitgewerkt in mijn artikel 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60.

zou disproportioneel kunnen worden.

Ook bij de ‘alles-of-niets-benadering’ van de Afdeling bestuursrechtspraak zou een dergelijke benadering kunnen voorkomen dat toepassing van de wet tot volstrekt onrechtvaardige uitkomsten leidt. In zijn meest scherpe vorm ging het om gevallen waarin de kinderopvangtoeslag in haar geheel moest worden terugbetaald, ook als tussen partijen vast stond dat een deel ervan was betaald aan de kinderopvang, en daarvoor ook kinderopvang was genoten. Het komt mij voor dat ten minste de terugvordering van het gedeelte aan toeslag waarvoor wel kinderopvang was betaald en genoten, moet worden beschouwd als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM, dan wel als een ontneming van een aanspraak in de zin van artikel 1, eerste Protocol, EVRM,⁸⁰ en om die reden een evenredigheidstoets rechtvaardigde.

Interessante vraag is, of de rechter dit ambtshalve had moeten doen. Ik denk dat niet van de rechter kan worden gevergd dat hij bij een beroep op een rechtsregel die of rechtsbeginsel dat door de rechtzoekende wordt aangevoerd, moet gaan zoeken naar alle juridische bronnen waar die regel of dat beginsel geheel of gedeeltelijk is vastgelegd. Maar een ambtshalve toetsing aan de proportionaliteitseis die uit de grondrechten van het EVRM voortvloeit als de appellant een beroep doet op het evenredigheidsbeginsel lijkt me niet teveel gevraagd. Ik vind het ook passen in de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters naar een meer op de aard van de betrokken belangen toegespitst procesrecht.

Slotsom

Dat wetten leiden tot apert onrechtvaardige uitkomsten hoort niet in een ordentelijke rechtsorde plaats te vinden. Scheltema zoekt terecht naar oplossingen om dergelijke situaties te voorkomen. Een dynamische uitleg van wetgeving is verstandig, maar daarvoor moet de wet wel ruimte bieden: een (dynamische) uitleg die haaks staat op de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, verdraagt zich niet met de huidige stand van de jurisprudentie (met

⁸⁰ Volgens de Afdeling zijn de voorschotten geen ‘possession’ in de zin van artikel 1 Eerste Protocol, omdat de voorschotten geen eigendom vormen (ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445 en ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691). Dat het voorschot, dat toch echt op de bankrekening van betrokkene staat, geen eigendom is, valt te betwijfelen; in ieder geval kan verdedigd worden dat de aanspraak die de wet op kinderopvangtoeslag biedt, dat wel is.

REACTIES OP BIJDRAGEN

name het Harmonisatiewetarrest). Of de door Scheltema voorgestelde benadering van artikel 3:4 Awb de juiste is, moet eveneens worden betwijfeld. Gelukkig zijn er andere – juridische – wegen die naar Rome leiden.

Reactie op het preadvies van M. Scheltema

mr. O.Y. Ifzaren⁸¹

Over het preadvies van Scheltema wil ik twee opmerkingen maken.

De eerste opmerking heeft van doen met de staat van de bestuursrechtelijke discussie over het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel. Het komt mij voor dat de bestuursrechtelijke doctrine enige jaren achterloopt omdat zij zich niet kenbaar lijkt te willen richten op de rechtspraak van de civiele rechter over billijkheidsuitzonderingen. Ik doel op de civiele jurisprudentielijn die de Hoge Raad heeft gevoerd in navolging van het Harmonisatiewet arrest.⁸²

Ook Scheltema slaat geen kenbare acht op deze jurisprudentie. Ik kan me echter niet voorstellen dat hij er niet mee bekend is. Kan hij uitleggen wat het verschil is tussen zijn zienswijze en die van de Hoge Raad of, populairder gesteld, is dit niet oude wijn in nieuwe zakken? En heeft hij een verklaring voor het feit dat bestuursrechtelijk Nederland deze jurisprudentie niet lijkt te kennen?

De tweede opmerking ligt in het verlengde van de eerste. Zolang het bestuursrechtelijke veld blijft navelstaren en blijft proberen om het toetsingswiel opnieuw uit te vinden, komt er van een behoorlijke evenredigheidstoetsing niet veel terecht. Er is veel aan gelegen om de bestaande toetsingsmaatstaven doortastend ter hand te nemen. Dat betekent niet dat de burger te vuur en te zwaard moet worden beschermd. Het uitgangspunt blijft immers dat als de wetgever er kenbaar en willens en wetens voor heeft gekozen dat de burger dient te bloeden, de burger dient te bloeden.

⁸¹ Olaf Ifzaren is overheidsjurist bij het ministerie van Economische Zaken en Klimaat en het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

⁸² Onder meer HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *NJ* 2015/344, m.nt. J. Legemaate (Bosentan), r.o. 3.6.1; HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018, 376, m.nt. K.F. Haak (Mathilda a.k.a. Aansprakelijkheidslimiet a.k.a. Binnenvaart), r.o. 3.8.1; HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, *NJ* 2018/401, r.o. 3.4.2 (transitievergoeding); HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2422, *NJ* 2019/36 m.nt. redactie, r.o. 4.3.4.

Wel betekent het dat de rechter strenger kan – en binnen de geldende kaders: mag – toetsen of de wetgever voorkomende buitensporigheden al of niet in het wetgevingsproces heeft verdisconteerd. Een wetgever die het niet in goed geweten voor elkaar krijgt om hardop te zeggen dat een burger (óók) in tranentrekkende omstandigheden aan het kortste eind dient te trekken, dient niet te snel te worden toegedicht dat hij deze tranentrekkende omstandigheden niettemin in het wetgevingsproces heeft verdisconteerd. Het toetsingsverbod beschermt alleen de ondubbelzinnig herleidbare wil van de wetgever, niet het weifelende gerommel in de politieke marge.

Bijvangst: toetsing van wetgeving in formele zin waarvan de wil van de wetgever onvoldoende geprononceerd is, zou binnen de constitutionele dialoog een nuttige prikkel vormen voor beter onderbouwd beleid.

Reactie op het preadvies van M. Scheltema

mr. M.L.M. van der Loop⁸³

Inleiding

Graag wil ik gebruik maken van de gelegenheid om te reageren op het preadvies van Michiel Scheltema en het preadvies van Van Zutphen en Van de Wiel. Waar het thema dat het bestuur van de Vereniging “Wetgeving en uitvoering” is, komt in beide preadviezen al meteen het perspectief van de burger om de hoek kijken. Dat lijkt me terecht. Ik zal in het onderstaande vooral ingaan op het preadvies van Scheltema omdat dat preadvies een aantal concrete voorstellen bevat waar ik als wetgevingsjurist bij BZK/CZW, met de Awb in mijn pakket, sowieso iets van zal moeten vinden. Desalniettemin schrijf ik deze reactie op persoonlijke titel.

Ik zal niet de enige zijn die de preadviezen heeft gelezen met de kinderopvang-toeslagaffaire in het achterhoofd. Maar in de week dat ik dit schrijf, komen vergelijkbare zaken langs. Bijvoorbeeld het bericht dat de Afdeling bestuurs-rechtspraak prejudiciële vragen stelt over mogelijk onterechte vreemdelingen-bewaring (en of de rechter in strijd met de Nederlandse wet toch ambtshalve moet toetsen). Of de zaak van de mevrouw uit Wijdemeren die 7000 euro aan bijstand moet terugbetalen omdat haar moeder wel eens boodschappen voor haar doet (en er nog een boete van 3000 euro verkrijgt). Het probleem dat mensen in de knel komen door strikte regeltoepassing is echter al eerder gesignaleerd. Zie de diverse rapporten van ABDTOPConsult en de kabinetsreactie op het eerste rapport.⁸⁴ De oplossing wordt gezocht in meer maatwerk. Maatwerk kan worden geboden door de uitvoering anders in te richten (waarvoor programma’s als *Passend contact met de overheid* zijn ingericht en meer recentelijk de toolbox van PelsRijcken ter beschikking is gesteld). Er kan daarnaast ook worden gekeken naar de toe te passen regels zelf. Onze vereniging is natuurlijk de aangewezen plaats om dat te doen. Scheltema doet voorstellen tot aanpassing.

⁸³ Marte van der Loop is wetgevingsjurist bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

⁸⁴ Het rapport “Regels en ruimte” met kabinetsreactie (*Kamerstukken II* 2019/20, 29 362, nr. 282) en het rapport Werk aan Uitvoering, Fase 2 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31 490, nr. 284).

De toeslagenaffaire roept bovendien systeemvragen op over ons rechtstelsel. Het gaat in die affaire om tienduizenden gevallen. Die gevallen zijn niet allemaal bij de Afdeling bestuursrechtspraak terecht gekomen. Dan had de Afdeling wel eerder aan de rem getrokken. Ik beschik niet over cijfers, maar ik zou wel eens willen weten hoeveel mensen in bezwaar zijn gekomen. Ik vermoed zomaar dat ook dat er geen tienduizend zullen zijn geweest. Dat betekent dat de drempel voor bezwaar en beroep, dus op initiatief van de belanghebbende, kennelijk te hoog was. De toeslagenaffaire is een goede gelegenheid om de omvang van die drempel te meten, want normaal hebben we geen inzicht in het aantal mensen dat in kansrijke zaken geen bezwaar of beroep indient. Maar er is geen reden om aan te nemen dat in andere zaken die drempel ontbreekt. Zowel bij het opstellen van wetten als bij uitvoering de uitvoering ervan, zal moeten worden ingecalculerd dat de traditionele vormen van rechtsbescherming een beperkt bereik hebben en dat op de overheid een intrinsieke plicht rust om op eigen initiatief recht te doen. Naar mijn mening is dat een les die uit de toeslagenaffaire, en de maatwerkdiscussie in het algemeen, kan worden getrokken.

In mijn beeld is een van de oorzaken (niet de enige) van de kinderopvang-toeslagaffaire en andere gevallen die als schrijnend worden ervaren, dat aan de wet een te groot gezag is toegekend en zo kon het gebeuren dat toepassing van de wet leidde tot onrecht. Het respect voor de wet was bij de kinderopvang-toeslagaffaire zelfs zo groot dat voor het ongedaan maken van dat onrecht eerst een nieuwe wet nodig werd geacht.

Wat betekent dit voor de wetgever? Scheltema geeft een aantal voorbeelden van wat we wel en niet van de wet en de wetgever kunnen verwachten. Hij pleit voor een dynamische wetsinterpretatie waar dat kan, maar geeft de voorkeur aan codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wat betekenen de voorstellen van Scheltema voor de democratische legitimatie van wetten en wetstoepassing? In hoeverre zijn ze effectief bij het bieden van maatwerk en het voorkomen van een volgende toeslagaffaire?

Dynamische wetsinterpretatie

Onder dynamische wetsinterpretatie verstaat Scheltema dat de interpretatie van een wet mede gaat berusten op kennis en ervaring die bij de toepassing van die wet wordt verworven. Een voorbeeld hiervan vormt voor hem de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019, waarin deze tot

een andere uitleg komt van de Awir.⁸⁵ Scheltema leest in die uitspraken een afweging die is ingegeven door de ongewenste gevolgen van de eerdere uitleg. Inderdaad noemt de Afdeling in overweging 5.10 van uitspraak ECLI:NL:RVS:2019:3536 het grote aantal zaken en de ernstige gevolgen voor betrokkenen. Op deze omstandigheden kan echter geen andere uitleg van artikel 26 Awir worden gebaseerd en dat doet de Afdeling ook niet. Zij ziet in die omstandigheden een aanleiding voor een heroverweging, maar de omstandigheden dragen de uitkomst van die heroverweging niet. Het is voor mij daarom nog maar de vraag of de Afdeling de ruimte voor een dergelijke dynamische wetsinterpretatie heeft beoogd, al heeft Scheltema gelijk dat in het jaarverslag van de Raad van State de uitspraken van 23 oktober 2019 in een betoog over de gewijzigde plaats van het legaliteitsbeginsel worden genoemd als een voorbeeld waarbij het belang van het voorkomen van misbruik van kinderopvangtoeslag in evenwicht wordt gebracht met de gerechtvaardigde belangen van burgers.

Een belangrijker bezwaar tegen deze oplossingsrichting is dat deze oplossingsrichting zich primair richt op de rechter. Mij lijkt dat juist behoefte bestaat aan een oplossing waarmee het bestuur, de uitvoerders van wet- en regelgeving, uit de voeten kunnen. Het is immers niet een doel op zich dat zaken aan de rechter kunnen worden voorgelegd, maar dat het bestuur in die zaken rechtvaardig kan beslissen. Bij dynamische wetsinterpretatie worden uitvoeringsorganisaties het bos ingestuurd. Als voorbeeld geef ik artikel 10.5 van de Wet studiefinanciering 2000 dat luidt:

Artikel 11.5. Hardheidsclausule

1. Onze Minister kan voor bepaalde gevallen de wet buiten toepassing laten of daarvan afwijken voor zover toepassing gelet op het belang dat deze wet beoogt te beschermen, zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op:
 - a. het begrip partner,
 - b. het begrip toetsingsinkomen,
 - c. het begrip vreemdeling, en
 - d. artikel 1.8.

⁸⁵ ECLI:NL:RVS:2019:3536 en ECLI:NL:RVS:2019:3535.

Met name het toetsingsinkomen leidt bij de uitvoering tot knelpunten, omdat de vaststelling ervan onverlet laat dat wegens bijzondere omstandigheden (zoals medische kosten) minder betalingsruimte bestaat dan uit het toetsingsinkomen blijkt. Moet dan worden aangenomen dat DUO ondanks artikel 11.5 die bijzondere omstandigheden meeweegt? En welke maatstaven moet DUO daar dan bij aanleggen? Het lijkt mij beter dat de wetgever de ruimte en de maatstaven daartoe bepaalt. Als maatwerk bevorderd moet worden, zullen artikelen als artikel 11.5 van de Wet studiefinanciering 2000 moeten worden heroverwogen om de uitvoeringsorganisaties de ruimte te geven dat maatwerk te bieden. Dynamische wetsinterpretatie kan die ruimte niet bieden.

Codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Kunnen we wachten tot al die wetten zijn aangepast? Scheltema's voorstellen lijken te zijn ingegeven door een ontkennend antwoord op die vraag. Ook ik zou die vraag ontkennend willen beantwoorden. Naast aanpassing van bijzondere wetten, of daaraan voorafgaand, zijn algemene uitgangspunten nodig. Met Scheltema deel ik de opvatting dat die uitgangspunten kunnen worden gevonden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de loop van de twintigste eeuw door de (bestuurs-)rechter ontwikkeld, omdat een strikte wetstoepassing soms leidt tot onbillijke uitkomsten. Deze normen richten zich primair tot de overheid (inclusief de wetgever) en zijn – als ongeschreven recht – van hogere orde dan formele wetten. Een deel van deze beginselen is in het laatste kwart van die eeuw uitgewerkt in de Awb. In relatie tot het bieden van maatwerk valt daarbij te denken aan het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 en artikel 3:4, eerste lid, Awb), het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4, tweede lid, Awb) en het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb). Maar ook de hardheidsclausules in bijzondere wetten kunnen worden beschouwd als uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, net zoals de hoorplicht van de artikelen 4:7 en 4:8 Awb een nadere uitwerking zijn van het zorgvuldigheidsbeginsel. Uitwerking van een beginsel van behoorlijk bestuur in een formele wet kan niet gelijkgesteld worden met dat beginsel, maar is slechts de toepassing van dat beginsel. De wetgever kan bijvoorbeeld bepalen dat wordt afgeweken van artikel 4:8 Awb, maar niet dat van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt afgeweken. De wetgever dient in zo'n geval op andere wijze in de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel te voorzien. Het is de wetgever zelf die dat bij formele wetten moet bewaken, omdat wetten in Nederland niet kunnen worden getoetst. Als die

beginselen in wetten als de Awb worden uitgewerkt, wordt die toetsing, zoals Scheltema aangeeft, wel mogelijk. Dat is winst.

Ik kan Scheltema echter niet volgen in de onderbouwing van zijn stelling dat artikel 3:4, tweede lid, Awb zelfstandig (zonder de toets van artikel 3:4, eerste lid, Awb) moet worden toegepast bij strijdige bijzondere wetten. Mijns inziens kan dit niet worden afgeleid uit de uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019 en ook niet uit de wetsgeschiedenis van artikel 13b Awir. De Afdeling handhaaft uitdrukkelijk de koppeling tussen artikel 3:4, eerste en tweede lid, Awb. Slechts door de gewijzigde interpretatie van de Awir neemt de Afdeling de hobbel van artikel 3:4, eerste lid, Awb en komt de Afdeling toe aan artikel 3:4, tweede lid, Awb:

Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen en onder bijzondere omstandigheden van terugvordering kan afzien of het terug te vorderen bedrag kan matigen, ook als die omstandigheden al bij de vaststelling van de kinderopvangtoeslag aan de orde konden komen. Op grond van artikel art. 3:4, tweede lid, van de Awb mogen de nadelige gevolgen van dat besluit voor een belanghebbende namelijk niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.⁸⁶

Met het opnemen van artikel 13b in de Awir heeft de wetgever niet een uitspraak willen doen die verder strekt dat de toepassing van de Awir. Het nieuwe artikel maakt onderdeel uit van de Wet hardheidsaanpassing Awir,⁸⁷ waarvan was toegezegd dat deze 1 juli 2020 in werking zou treden. Die wet moest een regeling bevatten voor een tegemoetkoming in geval van terugvorderingen ouder dan vijf jaar en een regeling voor hardheidsgevallen in de toekomst. Artikel 13b Awir is een in interdepartementaal overleg onder tijdsdruk tot stand gekomen compromis over wat te doen bij klemmende individuele gevallen onder de Awir. In de door Scheltema aangehaalde passage uit de memorie van toelichting staat juist uitdrukkelijk dat artikel 13b Awir niet van toepassing is bij gebonden beschikkingen.⁸⁸

⁸⁶ ECLI:NL:RVS:2019:3536, overweging 5.12; idem in ECLI:NL:RVS:2019:3535, overweging 8.II.

⁸⁷ Kamerstukken 35 468.

⁸⁸ Preadvies, pagina 47.

Met Scheltema denk ik dat zeer wenselijk is dat artikel 3:4, eerste lid, Awb geen hindernis vormt voor de toepassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Wat is daarvoor dan nodig? In de eerste plaats dat de uitwerking van de algemene beginselen in de Awb niet wordt vormgegeven als regelend recht. Dit vergt voor artikel 3:4, eerste lid, Awb het schrappen van de zinsnede “voor zover niet uit een wettelijk voorschrift (...) een beperking voortvloeit”. Dat is echter niet voldoende. Hierboven heb ik al aangegeven dat uitvoeringsorganisaties handvatten nodig hebben voor de invulling van discretionaire bevoegdheden. Dat is ook de oorspronkelijke functie van artikel 3:4, eerste lid, Awb, waarin naast het zorgvuldigheidsbeginsel mede invulling wordt gegeven aan het specialiteitsbeginsel.⁸⁹ De bijzondere wet geeft aan welke belangen met een toedeling van bevoegdheden aan het bestuursorgaan worden gediend. Het bestuursorgaan mag geen andere belangen aanvoeren dan die met de bevoegdheidstoedeling samenhangen, maar moet wel de belangen van andere belanghebbenden inventariseren en meewegen. Om dat tot uitdrukking te brengen zou artikel 3:4, eerste lid, Awb dan kunnen luiden:

Het bestuursorgaan weegt de met een bevoegdheid tot het nemen van een besluit te behartigen belangen en andere rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen af.

Op deze wijze blijft de bijzondere wet leidend bij de uitvoering van wet en regelgeving (en blijft het primaat van de wetgever gehandhaafd), maar bestaat op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb altijd de plicht onevenredige nadelige gevolgen te vermijden. Wijziging van artikel 3:4 Awb zal als uitspraak van de wetgever bovendien een sterker fundament zijn voor een uitvoeringspraktijk zoals Scheltema die voorstaat dan enkel zijn pleidooi voor die praktijk. Het is dan wel zaak dat uit een bijzondere wet duidelijk de bedoeling van de wetgever blijkt. Dit kan betekenen dat in bijzondere wetten beperkende hardheidsclausules kunnen worden geschrapt, bijvoorbeeld het hierboven aangehaalde artikel 11.5 van de Wet studiefinanciering 2000, of daarin een doelstellingscriterium wordt opgenomen, dat wordt betrokken bij een belangenafweging. Met deze benadering wordt ook het wel gehoorde bezwaar weggenomen dat maatwerk leidt tot willekeur (en dat daarom strikte regeltoepassing de voorkeur

⁸⁹ Deze term wordt in de parlementaire geschiedenis van art 3:4 Awb niet genoemd, maar artikel 3:4, eerste lid, is ook bedoeld als spiegelbeeld van het verbod op détournement de pouvoir: als een bestuursbevoegdheid is verleend ter bescherming van een bepaald belang kan het bestuur een ander belang niet in negatieve zin bij een besluit betrekken, maar dient wel alle belangen te betrekken die in positieve zin gewicht in de schaal kunnen werpen. Zie Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste Tranche, p. 209.

verdient). Er is immers steeds sprake van een belangenafweging op basis van een bijzondere wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals uitgewerkt in de Awb. De Awb kan dan als vangnet dienen als de bijzondere wet onvoldoende kaders biedt of de hierboven voorgestelde aanpassing van hardheidsclausules en andere maatwerkbelemmerende bepalingen nog niet heeft plaats gevonden.

Scheltema bepleit ook andere beginselen in de Awb op te nemen. Voor het gelijkheidsbeginsel doet hij aan het slot van zijn betoog een voorzet, die bij bijzondere omstandigheden een gedifferentieerde benadering, zo nodig in afwijking van een wettelijk voorschrift, voorschrijft. Hij neemt daarbij de voorwaarde op dat de bijzondere wet niet beoogt die bijzondere omstandigheden buiten beschouwing te laten. Daar zit hem de kneep: de discussie bij het al dan niet bieden van maatwerk is de uitleg van de bedoeling van de wet. Ik vraag mij daarom af wat zijn tekstvoorstel zou betekenen voor de toepassing van artikel 11.5 van de Wet studiefinanciering 2000 of hoe het zou uitpakken bij de oude uitleg van artikel 26 Awir. Naar mijn idee schiet de Awb tekort als in die wet erkend zou worden dat van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan worden afgeweken.

Afsluiting

Met het bovenstaande heb ik willen aangeven dat ik zeer eens ben met het doel dat Scheltema wil bereiken, maar anders denk over de weg waarlangs. Ik denk dat de uitvoering van wet- en regelgeving dient te worden gestuurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat geeft ruimte voor maatwerk. Maatwerk kan echter niet alle problemen oplossen. Er zullen altijd knelpunten zijn, mensen die net niet in aanmerking komen voor een bepaalde voorziening. Het is goed als uitvoeringsinstanties de ruimte benutten die ze hebben, maar daarnaast zullen de regels die ze uitvoeren zowel die ruimte moeten geven als de richting moeten bepalen voor het benutten ervan. Daartoe moeten zowel de Awb (niet alleen artikel 3:4) als verschillende bijzondere wetten worden aangepast.⁹⁰ Alleen dan kan de legitimiteit van het openbaar bestuur worden behouden (of hersteld).

⁹⁰ BZK heeft twee onderzoeken laten doen die voor deze wijzigingen kunnen worden gebruikt. Scheltema verwijst naar beide in zijn preadvies. Het eerste onderzoek, dat uit een tussenrapport en een eindrapport bestaat, is getiteld "Bestuursrecht op Maat", van prof. mr. Y.E. Schuurmans, dr. A.E.M. Leijten en mr. drs. J.E. Esser, verbonden aan de Universiteit

Leiden. Hierin worden onder meer aanbevelingen gedaan voor aanpassing van de Awb. Het tweede onderzoek is getiteld “Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?”, van prof. Anne Meuwese en prof. Johan Wolswinkel, verbonden aan Tilburg University. In dit onderzoek is onderzocht op welke wijze in bijzondere wetten maatwerk wordt beperkt of juist wordt gestimuleerd. Deze onderzoeken zijn door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 15 januari 2021 aan de Tweede Kamer aangeboden (*Kamerstukken II 2020/21*, 29 362, nr. 289).

Verslag jaarvergadering 11 februari 2021

*Mr. dr. L.C. Groen*⁹¹

De jaarvergadering wordt voorgezeten door prof. mr. dr. F.J. van Ommeren. De voorzitter licht toe hoe men zich kan melden om deel te nemen aan de discussie. Hij geeft het woord aan de heer Scheltema voor een eerste reactie.

Prof. mr. dr. M. Scheltema

Het is een eer om een preadvies te schrijven en te verdedigen over zo'n actueel onderwerp. Weliswaar heb ik het stuk niet geschreven met het oog op de kinderopvangtoeslagaffaire, maar het raakt er natuurlijk wel aan. Ik dank iedereen zeer voor de fijne reacties. Het is in de eerste plaats fijn dat niet iedereen het met me eens is – dat is goed voor de discussie. In de tweede plaats is het fijn dat iedereen uiteindelijk wel zo'n beetje hetzelfde zou willen bereiken. Dat is een mooi vooruitzicht.

Het belangrijkste punt dat ik in het preadvies heb willen maken, is: we moeten op een iets andere manier gaan kijken naar de wetgever en zijn producten, en we moeten in dat verband rekening houden met het 'doenvermogen' van de wetgever. Op dit moment is de manier waarop we de wetgever bezien onrealistisch. We gaan ervan uit dat hij alwetendheid bezit en dat hij op de hoogte is van alle mogelijke gevallen die – nu en in de toekomst – onder een bepaalde regel zouden kunnen vallen. Maar de wetgever kan de consequenties van zijn producten niet helemaal overzien. Hij maakt regels voor 'normale' gevallen, en niet voor gevallen die zich mogelijk kunnen voordoen. De vraag is hoe we daarmee rekening kunnen houden. Wat mij betreft blijft artikel 120 van de Grondwet buiten die discussie; de wetgever heeft het laatste woord.

In veel situaties zijn verschillende regels van toepassing. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin gezinnen te kampen hebben met veel verschillende problemen, zoals het verlies van een baan, problematische schulden en een echtscheiding.

⁹¹ L.C. Groen is jurist bij de afdeling Advisering van de Raad van State en penningmeester van de vereniging.

De wetgever kan dat niet allemaal overzien. Daarnaast geldt dat wetgeving altijd op de toekomst is gericht: de wet moet de toekomst een beetje verbeteren. Maar de wetgever kan de toekomst natuurlijk niet voorzien, zeker omdat de samenleving steeds verandert.

Er zijn dus verschillende argumenten op grond waarvan we zouden moeten accepteren dat de wetgever niet méér in ‘de bedoeling’ van de wet heeft willen leggen dan dat waarvoor de wet ook specifiek is bedoeld, namelijk de gewone, reguliere gevallen waarvoor zij is geschreven. En wanneer we met z’n allen vinden dat de toepassing van een bepaalde regel in een bepaald geval onaanvaardbaar is, moet er dan ook ruimte voor aanpassing zijn. Daarom heeft de wetgever in de Algemene wet bestuursrecht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur opgenomen, die ook gelden bij de toepassing van dwingendrechtelijke bepalingen. Op die manier kunnen uitwassen door een al te gekke uitwerking van regels worden voorkomen.

De algemene beginselen van behoorlijke bestuur kunnen op die manier fungeren als een soort billijkheidsuitzondering: een wettelijke bepaling vindt geen toepassing als die toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Als strikte toepassing van de wet dus tot materieel onaanvaardbare uitkomsten zou leiden, zouden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – ook bij bepalingen van dwingend recht – leidend moeten zijn. Dit is overigens ook de strekking van de motie van Jetten en Marijnissen van 19 januari 2021. Die motie is aangenomen, dus ik ga ervan uit dat alle Kamerleden het preadvies inmiddels hebben gelezen.

De voorzitter geeft het woord aan de Ombudsman.

Mr. R.F.B. van Zutphen

Ik heb me enorm opgewonden over de kinderopvangtoeslagaffaire. Als ik denk aan al die burgers die met beslissingen zijn geconfronteerd en van wie maar een heel klein deel is gaan procederen, dan vraag ik me af wat er met de rest gebeurt. Hoe moeten we dat oplossen? En waar ligt het probleem? Op wie ben ik eigenlijk boos? Op de Belastingdienst? Op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State? Op de wetgever, door het ontbreken van hardheidsclausules?

Mijn irritatie wordt vooral veroorzaakt door het volgende – en dat is eigenlijk nog niet aan de orde geweest: wetgeving mág er niet zo uitzien. Er is een uitspraak van de Afdeling uit 2019 waarin een rechtzoekende € 12.000,- aan voorschotten heeft ontvangen en maar een heel klein deel daarvan niet heeft verantwoord. De rest van het bedrag was gewoon gebruikt voor de kinderopvang. In dat soort gevallen zou natuurlijk prima een hardheidsclausule kunnen worden toegepast. Maar meer in het algemeen zou de discussie moeten gaan over wat voor soort wetten we eigenlijk willen hebben. Willen we hardvochtige wetten, waarbij mensen die gaan procederen eventueel met een hardheidsclausule tegemoet kunnen worden gekomen? Dan rijst wel de vraag wat we met de rest doen. Want zoals ik al zei: de meeste mensen gáán helemaal niet procederen.

Dat roept de vraag op of er niet iets voor de uitvoering kan worden geregeld. Kan daar niet iets van een ‘hardheidsclausule’ worden ingevoerd? Als we wetten willen hebben die voor burgers en ambtenaren te begrijpen zijn, moeten we op een andere manier kijken en handelen. De uitvoerbaarheid van regels is dan heel belangrijk. En in dat verband nog een hartenkreet: we hebben onze mond vol van maatwerk. Wat mij betreft gaat dat echter de verkeerde kant op. Maatwerk moet echt het allerlaatste zijn wat je doet. Procedures moeten op zichzelf begrijpelijk zijn, in die zin dat de uitvoering en burgers ermee uit de voeten kunnen. Maatwerk moet dus niet in alle gevallen een afweging zijn; niet alles is maatwerk.

De voorzitter geeft het woord aan de heer Van der Loop.

Mr. M.L.M. van der Loop

Dank voor de gelegenheid om mijn reactie nader toe te lichten.

Ik zal er twee elementen uitlichten die wat mij betreft de centrale vragen zijn en daarbij van de gelegenheid gebruik maken om ook in te gaan op de reacties van Zijlstra en Ifzaren. Die twee elementen zijn de voorrang van artikel 3:4 Awb ten opzichte van bijzondere wetten en de noodzaak dat de bijzondere wetgever duidelijkheid verschaft over het doel van de wet, zodat het bereiken van dat doel bij een belangenafweging en een evenredigheidstoets kan worden betrokken.

Ik geloof dat iedereen het er wel over eens is dat het bij de toeslagenaffaire goed mis is gegaan. Het samenspel tussen wetgever, bestuur en rechter heeft die

affaire niet kunnen voorkomen. Wat moeten we in dat samenspel veranderen om dergelijke gevallen in de toekomst te voorkomen?

Scheltema meent dat de rechter nu al de bevoegdheid heeft om corrigerend op te treden. Hij leidt dat af uit onder meer de uitspraken van de Afdeling inzake de kinderopvangtoeslag. Inmiddels heeft de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van die uitleg afstand genomen. De Voorzitter meent dat in die uitspraak sprake was van een noodgreep die zeer terughoudend moet worden toegepast. De hoogste bestuursrechter vindt dus niet dat hij ten algemene de ruimte heeft om van gebonden bepalingen in formele wetten af te wijken.

Zijlstra meent dat we door toetsing aan verdragen al veel kunnen doen. Dat is natuurlijk zo. Of je ingrijpende maatregelen in alle gevallen als punitief kunnen aanmerken, is de vraag. Dan lijkt me zijn voorstel voor een beroep op artikel 1 Eerste Protocol EVRM een meer begaanbare weg. We moeten dan wel aannemen dat een onverschuldigd betaalde uitkering toch tot het eigendom van de ontvanger behoort. Bovendien hebben niet alle gebonden beschikkingen betrekking op eigendom. In ieder geval heeft de Afdeling bij de kinderopvangtoeslagen kennelijk geen bruikbaar verdrag kunnen vinden.

Ifzaren verwijst naar vier uitspraken van de Hoge Raad. Ook Scheltema verwees naar artikel 6.2 BW. De burgerlijke rechter kan al maatwerk bieden door de toepassing van de redelijkheid en billijkheid, zo zegt Ifzaren. Ik vrees dat het niet zo simpel ligt. In de eerste twee zaken die Ifzaren noemt, wijkt de Hoge Raad niet af van formele wetten, maar van lagere wetgeving.⁹² In de andere twee zaken beslist de Hoge Raad dat van formele wetten kan worden afgeweken in uitzonderlijke gevallen die de wetgever niet had voorzien, maar daarvan was in casu geen sprake: de wetgever had de aan de orde zijnde rechtsvragen in zijn afweging betrokken en de rechter heeft dan geen ruimte af te wijken.

⁹² In het Bosentan-arrest vooral omdat de lagere wetgeving in strijd met de bedoeling van de formele wet geen geschikt middel heeft toegelaten voor 12-jarigen en omdat Bosentan voor 12-jarigen niet is toegelaten omdat het voor die leeftijd niet is getest. Bij de aansprakelijkheidslimiet is de lagere regelgeving op twee punten niet aangepast aan het uitgangspunt dat aan de formele wet ten grondslag lag. Op een objectieveerbaar punt, inflatiecorrectie, corrigeert de Hoge Raad, op een ander punt (vergelijkbaarheid met andere vervoerssectoren) niet, omdat daar keuzes mogelijk zijn die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan.

In het bestuursrecht staat inmiddels niet meer ter discussie dat de rechter art 3:4 Awb kan toepassen bij lagere wetgeving en bij discretionaire bevoegdheden (zij het dat daar de vraag aan de orde is of de rechter vol of marginaal moet toetsen, zie het preadvies van Hirsch Ballin voor de VAR van 2015). De twee eerste zaken die Ifzaren noemt, passen in deze lijn. De burgerlijke rechter is in de Bosentan-zaak uitgegaan van uitspraken van de CRvB onder de Ziekenfondswet. Een bestuursrechtelijke weg met dezelfde uitkomst dus. Bij de kinderopvangtoeslag was juist het punt dat werd aangenomen dat de Belastingdienst geen beleidsvrijheid had. Dat beperkte de rechter bij het toetsen, net zoals dat onder het BW het geval was in de zaken die Ifzaren aanhaalt betreffende de rangregeling bij verificatie en bij de transitievergoeding.

Als we vinden dat de rechter de wetgever moet kunnen corrigeren, dan zal de wetgever de rechter daartoe opdracht moeten geven. Ik bepleit daarom een redactie van artikel 3:4 Awb die de rechter (en het bestuur) die ruimte geeft. Die ruimte kan niet onbeperkt zijn, ik pleit niet voor een dikastocratie. Het primaat van de wetgever moet voorop staan en Zijlstra stelt terecht de vraag naar de verhouding met het grondwettelijk toetsingsverbod. Ik bepleit ook niet wat Zijlstra een creatieve gedachte noemt, het opnemen van hoofdstuk 1 van de Grondwet in een gewone wet, waaraan dan kan worden getoetst. Het is natuurlijk wel zo dat voor wat betreft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de wetgever nog iets gekkers heeft gedaan dan het overschrijven van hoofdstuk 1 van de Grondwet: nl. het *voorwaardelijk* overschrijven van die beginselen. Dat brengt mij op het eerste discussiepunt: Hoe zou de verhouding moeten zijn tussen de Awb en de bijzondere wet?

Ik bepleit de voorrang van artikel 3:4 Awb ten opzichte van bijzondere wetten. Ik denk niet dat een formeelwettelijke “doorbreking” van wat Zijlstra de *lex specialis* regel noemt een principieel bezwaar is. Die regel is geen beginsel maar een hulpmiddel bij de toepassing van onderling strijdige wetgeving. De Awb kent ook nu al dwingendrechtelijke bepalingen, waarvan in de bijzondere wet in theorie kan worden afgeweken (met de formule “in afwijking van artikel X van de Awb”). Ik zie niet in waarom dat bij artikel 3:4 Awb niet zou kunnen. Ik denk dat die wijziging van artikel 3:4 noodzakelijk is om herhaling van de toeslagenaffaire te voorkomen en dat we niet kunnen volstaan met hardheidsclausules en andere ventielen in bijzondere wetten, omdat de wetgever niet alle gevallen kan voorzien – zoals Scheltema in zijn preadvies treffend betoogt – en de wetgever een dergelijk ventiel ook zou kunnen vergeten. De wetgever kan wel in

afwijking van artikel 3:4 Awb op een andere wijze in de evenredigheid voorzien.

Het tweede punt waar ik bij stil wil staan is de vraag of we met een aanpassing van artikel 3:4 Awb kunnen volstaan. Ik denk dat dat niet zo is. Wat mij betreft hoort hier bij, en daarmee sluit ik me aan bij Van Zutphen, dat de bijzondere wetgever duidelijkheid verschaft over het doel van de wet, zodat het bereiken van dat doel bij de belangenafweging kan worden betrokken, niet alleen door de rechter, maar met name door de uitvoerende diensten. Het primaat van de wetgever blijft dan voorop staan. Daarnaast geeft de wet daarmee degenen die de wetten uitvoeren een kader bij het wegen van de aan de orde zijnde belangen en de aanvaardbaarheid van de uitkomst. In veel gevallen zal gestandaardiseerd kunnen worden. In sommige gevallen is maatwerk nodig. Als een belangenafweging tot de conclusie leidt dat minder strikte regeltoepassing niet strijdig is met het doel van de wet, moet een uitvoerende instantie de ruimte hebben om soepel om te gaan met voorschriften die in de regel bijdragen aan het doel van de wet, maar die dat in sommige gevallen niet doen, of zelfs daaraan afbreuk doen. Ook de rechter moet die ruimte hebben en nemen. Als de wetgever duidelijk maakt wat hij met de wet beoogt, kan aan dat doel worden getoetst. De angst dan de wetgever daarmee de regie kwijtraakt is mijns inziens ongegrond.

De voorzitter geeft het woord aan de heer Ifzaren.

Mr. O.Y. Ifzaren

Ik zal het kort houden. Mijn bijdrage komt erop neer dat ik me afvraag waarom er in het bestuursrecht zo weinig aandacht is voor het Harmonisatiewetarrest. Uit dat arrest vloeit de leer van de al dan niet verdisconteerde omstandigheden voort, die erop neerkomt dat er ruimte bestaat om de wet in een individueel geval buiten toepassing te laten op grond van onder meer fundamentele rechtsbeginselen vanwege door de wetgever niet-verdisconteerde omstandigheden.

De rechter moet dan wel zo moedig zijn om in bepaalde gevallen te oordelen: dit heeft de wetgever niet verdisconteerd. Ik zou dus zeggen: volg de benadering van de Hoge Raad in het Harmonisatiewetarrest, doe dat moedig en stop met navelstaren.

De voorzitter geeft het woord aan de heer Zijlstra.

Prof. mr. dr. S.E. Zijlstra

Ook ik houd het kort, want ik kijk erg uit naar de discussie. Ik ben het helemaal eens met de Ombudsman dat het gaat om de uitvoering. De uitvoering moet met een wet kunnen werken, anders gaat het mis. Verder ligt het probleem volgens mij niet bij lagere wetgeving en óók niet bij gevallen die kunnen worden gebracht onder het bereik van het Harmonisatiewetarrest en waarbij sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden. Het probleem ligt bij gevallen waarin de wetgever uitdrukkelijk zegt: wij willen het op deze manier en niet anders, en de toepassing van een wet dat dán tot situaties leidt waarvan we ons moeten afvragen of die wel aanvaardbaar zijn.

Over de wettelijke bepalingen in de kinderopvangtoeslagzaken heeft de Afdeling uiteindelijk gezegd: die strikte uitleg, die alles-of-niets-benadering had niet hoeven. Maar stel nou dat zo'n benadering uit de wet wél uitdrukkelijk zou volgen, dan biedt dit alles dus geen soelaas. Overigens denk ik wel dat een beroep op verdragsbepalingen in voorkomende gevallen dan zou kunnen worden gehonoreerd. Als de Afdeling al eerder een ventiel had willen vinden, dat zouden artikelen 6 EVRM of 1 EP EVRM dat hebben kunnen bieden. Maar dat is niet gebeurd.

Prof. mr. dr. M. Scheltema stelt naar aanleiding van de gegeven reacties dat het bestuur de vrijheid moet nemen om de wet te interpreteren in het belang van de burger. Dat hij in zijn preadvies niet refereert aan artikel 120 van de Grondwet of het Harmonisatiewetarrest, hangt ermee samen dat hij slechts het besef heeft willen doen doordringen dat de wetgever niet alles kan overzien. Ten aanzien van het voorbeeld over de PGB's dat Zijlstra in de reactie op zijn preadvies aanhaalt, vraagt hij zich af of het – op zichzelf begrijpelijke – lik-op-stuk-beleid dat bij knoeien met een PGB gevoerd wordt, na een jaar of drie nog steeds voor de hand ligt. Met de Ombudsman is hij van oordeel dat hardheidsclausules geen zin hebben. Het Tilburgse onderzoek waarbij Meuwese en Wolswinkel betrokken waren toont dat ook aan. Kortom: we moeten aanvaarden dat een wet is gemaakt voor 'gewone' gevallen, en de uitvoering en de rechter de mogelijkheid geven om af te wijken op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Mr. R.F.B. van Zutphen voegt daaraan toe dat de wetgever ook alles-of-niet-benaderingen kan willen. In zoverre komt het dus ook neer op de vraag: wat voor soort wetten willen we?

De voorzitter vindt dit een mooi moment om de discussie breder te voeren. Hij opent de beraadslagingen.

Beraadslagingen

Beirnaert (ministerie van OCW) opent de beraadslagingen met de welhaast filosofische vraag of het de wetgever is toegestaan om onevenredige wetgeving vast te stellen. Hij noemt in dit verband bij wijze van voorbeeld het afschaffen van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie ten aanzien van de inwilliging of afwijzing van een verzoek om een verblijfsvergunning. De discussie lijkt volgens hem in essentie neer te komen op de vraag of de wetgever gerechtigd is om onevenredige wetgeving vast te stellen.

In antwoord hierop benadrukt Scheltema dat de wetgever in principe altijd het laatste woord heeft, en in zoverre dus wetgeving mag maken die onevenredig is of uitpakt. De wetgever zal dit in de meeste gevallen echter helemaal niet willen. Hoewel de uitwerking van wetgeving in concrete gevallen weliswaar onevenredig kan zijn, zal de wetgever toch zelden de bedoeling hebben om regels te maken die uit de aard der zaak onevenredig zijn. Verder geldt dat de door hem in zijn preadvies bepleite aanpak het gevaar dat wetgeving onevenredig uitpakt, aanzienlijk verkleint, aldus Scheltema. Op de vervolgvraag van Beirnaert of het niet een oplossing zou zijn om het evenredigheidsbeginsel in de Grondwet op te nemen, antwoordt Scheltema ontkennend: de rechter mag wetten in formele zin immers niet aan de Grondwet toetsen.

Jasiak (Raad van State) vraagt zich af of we ons in de richting van de wetgever niet te begripvol opstellen. Tijdens het debat over het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag is een motie ingediend over het als regel opnemen van een hardheidsclausule in wetgeving, die met algemene stemmen is aangenomen. Jasiak meent dat dit neerkomt op het belasten van het bestuur en de rechter met een verantwoordelijkheid die bij de wetgever berust. De vraag die we moeten beantwoorden is daarom vooral: hoe houden we de wetgever aan zijn eigen verantwoordelijkheden? Volgens Jasiak is daarbij van belang dat de politiek beter luistert naar tegenmachten.

Van Zutphen onderschrijft de opmerking van Jasiak. Hij stelt dat de wetgever soms dingen beslist waarvan we ons kunnen afvragen of ze in de praktijk leiden tot hetgeen daadwerkelijk gewenst is. Een recent voorbeeld is de gang van zaken omtrent het wetsvoorstel uitbreiding taakstrafverbod, dat de mogelijkheden beperkt om een taakstraf op te leggen bij geweld tegen functionarissen met een publieke taak. Hardheidsclausules zijn in algemene zin de oplossing niet; er moet iets anders gebeuren dan het bestuur of de rechter de mogelijkheid geven om in een bepaald geval van een wettelijke regeling af te wijken. Van Zutphen benadrukt dat het nodig is dat we met elkaar uitwisselen wat we zoeken en nodig hebben in wetgeving. Dan is het in eerste instantie van belang dat procedures begrijpelijk zijn en dat de uitvoering en de burgers met wetgeving uit de voeten kunnen. Er moet wetgeving worden gecreëerd die zo min mogelijk conflicten oplevert, zodat de rechter wordt ontlast. En er moet tegenmacht worden georganiseerd.

Deze benadering spreekt ook Scheltema zeer aan. Hij vraagt echter wel aandacht voor reeds bestaande wetgeving waar we óók mee uit de voeten moeten kunnen.

Jasiak betoogt dat de aandacht wat haar betreft vooral zou moeten uitgaan naar de gevallen waarin het niet goed gaat; de gevallen, namelijk, waarin de wetgever heel goed ziet dat er door de toepassing van de regels die hij vaststelt schrijnende gevallen kunnen ontstaan. Jasiak noemt boetewetgeving als voorbeeld. Wat haar betreft zit dáár met name het probleem. Dat probleem zou aan de voorkant moeten worden opgelost, en niet door de verantwoordelijkheid af te schuiven op het bestuur of de wetgever.

Omdat de tijd beperkt is en de vragen talrijk zijn, stelt de voorzitter voor nog een aantal mensen achter elkaar het woord te geven, waarna de preadviseurs in de gelegenheid worden gesteld om op de verzamelde vragen te reageren.

Gribnau (Universiteit Leiden) wijst op verschillende factoren die in het kader van de kinderopvangtoeslagaffaire een rol speelden. Hij noemt het in het onderzoek aangehaalde groepje ambtenaren dat zich erg door de voorgestane, strenge benadering liet inspireren en sprak van “afpakjesdag”. Ook noemt hij de rol die de voorgenomen bezuinigingen en financieringswijze speelden, het bewust achterhouden van informatie en de omstandigheid dat hardheidsclausules in individuele gevallen door de staatssecretaris niet worden toegepast vanwege het grote aantal beschikkingen. Gribnau vraagt zich in dit verband af of de constructieve dialoog die ooit plaatsvond tussen de Ombudsman en de Belastingdienst ook thans nog

wordt gevoerd. Verder vraagt Gribnau zich af in hoeverre het Angelsaksische model van *principle based regulation* in het kader van dit vraagstuk behulpzaam kan zijn. Daarbij wordt het doel van een regeling vastgesteld, waarna dat op verschillende manieren kan worden uitgewerkt.

Van Oort (Raad van State) vraagt – mede in aanvulling op het gewisselde naar aanleiding van de vraag van Beirnaert – in hoeverre het al dan niet handhaven van het toetsingsverbod onderdeel van de discussie zou moeten zijn.

Elion-Valter (Erasmus Universiteit Rotterdam) merkt op dat de discussie in wezen draait om wetgevingskwaliteit. En omdat ‘de wetgever’ geen persoon is, maar een proces, draait het dus om de vraag: hoe verbeteren we de wetgevingskwaliteit? Elion-Valter stelt dat we niet in de toekomst kunnen kijken, maar wel lessen kunnen trekken uit het verleden. Daarom zou het wellicht nuttig zijn om in het kader van het wetgevingskwaliteitsbeleid een historische toets in te voeren.

Van Zutphen merkt op dat de discussie over hoe wetgeving eruit moet zien niet alleen met de 150 Kamerleden moet worden gevoerd, maar breder. Alle relevante aspecten zouden daarbij aan de orde moeten komen. Ook het al dan niet handhaven van het toetsingsverbod kan tegen die achtergrond opnieuw worden bediscussieerd.

Scheltema is enthousiast over de suggestie omtrent de *principle based regulation*. Hij wijst erop dat in de considerans bij wetten niets over de doelstelling staat, maar dat die daar wel geschikt voor zou zijn. In zoverre zou relatief eenvoudig bij de Angelsaksische methode kunnen worden aangesloten. Daarnaast geeft hij te kennen dat een historische toets zinvol zou kunnen zijn in het kader van wetgevingskwaliteitsbeleid, om te bezien in hoeverre uit eerdere wetgevings-trajecten lering kan worden getrokken.

Kortmann (Stibbe) onderschrijft het standpunt van Van Zutphen dat wetgeving er in ieder geval voor moet zorgen dat uitvoeringsorganisaties hun werk goed kunnen doen. Hij brengt in herinnering dat uit het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie kinderopvangtoeslag bleek dat een aantal ambtenaren – anders dan het groepje dat juist geïnspireerd raakte door de strenge aanpak, zoals Gribnau beschreef – beslissingen moest nemen waar zij zelf niet achter stonden. Dat doet de vraag rijzen: moet wetgeving niet ook ambtenaren beschermen in het kader van de uitvoering van wetgeving? De

rechter kan immers niet alles oplossen. Daarnaast merkt Kortmann op dat fractiediscipline en incidentenpolitiek er soms toe leiden dat simpelweg heel harde of slechte wetten worden gemaakt. Waar de wetgever het er soms om doet, is Kortmann ervan overtuigd dat ambtenaren die met de uitvoering belast zijn, in principe steeds goedwillend zijn. Daar zouden ze op een of andere manier in moeten worden gesteund. Ten slotte vraagt Kortmann zich af of de wetgever, in plaats van het in het algemeen opnemen van hardheidsclausules in wetgeving, niet beter kan overgaan tot het formuleren van differentiatiebepalingen. Het zou logischer zijn als op grond van een wetsbepaling reeds onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen foutjes en fraude, en tussen foutjes die zo groot zijn dat ze meer gevolgen moeten hebben dan andere.

Ippel (SZW) wil daaraan een vraag voor Van Zutphen toevoegen. Van Zutphen stelt dat de oplossing is gelegen in goede wetgeving waar in de eerste plaats de uitvoering goed mee uit de voeten kan. Maar hoe kun je de rollen van de wetgever en de uitvoering scheiden? De uitvoering is weerbarstig.

Van Zutphen stelt dat ervan moet worden uitgegaan dat ambtenaren in de uitvoering over het algemeen echt wel van goede wil zijn. In de uitvoering moet er ruimte zijn om burgers zo goed mogelijk van dienst te zijn.

Scheltema voegt daaraan toe dat ambtenaren eerder geneigd zijn om te zeggen “het mag niet van mijn baas”, dan “het mag niet van de wet”. Hij gaat er daarom vanuit dat Kortmann de strekking van zijn preadvies van harte ondersteunt, want ambtenaren kunnen daar goed gebruik van maken.

De voorzitter zegt dat de tijd bij de jaarvergadering in digitale vorm nog sneller voorbij lijkt te gaan dan bij een gewone jaarvergadering. Hij dankt alle aanwezigen hartelijk voor hun interesse en hun eventuele bijdrage aan de discussie, waarvan bepaalde elementen naar verwachting zeker zullen bijdragen aan het dichter bij elkaar brengen van wetgeving en uitvoering.

