



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Bestuursrecht op Maat

Schuurmans, Y.E.; Leijten, A.E.M.; Esser, J.E.

Citation

Schuurmans, Y. E., Leijten, A. E. M., & Esser, J. E. (2020). *Bestuursrecht op Maat*. Leiden: Universiteit Leiden (in opdracht van BZK). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3142196>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3142196>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Bestuursrecht op Maat



**Universiteit
Leiden**

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Instituut voor Publiekrecht
Afdeling Staats- en Bestuursrecht

September 2020

Dit rapport is opgesteld in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), directie Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW)

Aanbevolen citeerwijze:

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020.

Auteurs:

Prof.mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans (projectleider)

Dr. A.E.M. (Ingrid) Leijten LL.M. MA (projectleider)

Mr.drs. J.E. (Joyce) Esser (projectmedewerker)

Met medewerking van:

Mr. N.A. (Heleen) van Amerongen

Prof.mr. W.J.M. (Wim) Voermans

Met dank aan:

Prof.mr. G. (Geerten) Boogaard

Mr.dr. A. (Annemarie) Drahmman

Mr.dr. R. (Rogier) Kegge

Voor hun bijdrage aan het tussenrapport “Bestuursrecht op maat. Een analyse van de juridische knelpunten bij het bieden van maatwerk”.

Inhoudsopgave

Samenvatting Bestuursrecht op Maat	1
1. Inleiding.....	7
1.1. <i>Achtergrond.....</i>	<i>7</i>
1.2. <i>Maatwerk</i>	<i>8</i>
1.3. <i>Van knelpunten naar oplossingsrichtingen.....</i>	<i>9</i>
1.4. <i>Relatie tot andere maatwerkstudies en –publicaties.....</i>	<i>11</i>
1.5. <i>Leeswijzer</i>	<i>12</i>
2. ‘De breedte’ – vraagstukken die spelen bij het bieden van maatwerk.....	16
2.1. <i>Algemene vraagstukken.....</i>	<i>16</i>
2.1.1. Responsief bestuur	16
2.1.2. Legitimiteit.....	20
2.1.3. Mensenrechtelijke aspecten	23
2.1.4. Differentiëren: categoriseren of contextualiseren?	27
2.2. <i>Concrete vraagstukken</i>	<i>29</i>
2.2.1. Procedurele rechtvaardigheid en procesgedrag.....	29
2.2.2. Professionalisering.....	32
2.2.3. Digitalisering	37
3. ‘De diepte’ - onderzoeksvragen en oplossingsrichtingen.....	41
3.1. <i>Maatwerk in regelgeving, beleid en uitvoering.....</i>	<i>41</i>
3.1.1. Rol evenredigheidsbeginsel bij uitvoering: huidig recht.....	41
3.1.2. Wenselijkheid van maatwerk via de ‘uitzondering’	49
3.1.3. Maatwerk in regelgeving en beleid	52
3.1.4. Formele rechtskracht.....	58
3.2. <i>Maatwerk in bezwaar.....</i>	<i>66</i>
3.2.1. Prettig contact: regel of cultuur?.....	66
3.2.2. Procedurele rechtvaardigheid en het belang van procedureel recht.....	67
3.2.3. Hoorplicht in bezwaar.....	68
3.2.4. Zorgplicht in bezwaar	69
3.2.5. Taakopdracht of sanctie	70
3.3. <i>Maatwerk aan de voorkant.....</i>	<i>72</i>
3.3.1. Motiveringsplicht.....	72
3.3.2. Procedurele rechtvaardigheid	73
3.3.3. Hoorplichten in primo	74
3.3.4. Handhaving procedurele rechten in primo	76
3.3.5. Herkennen van maatwerkgevallen	77
3.3.6. Vroegtijdig voorkomen van geschillen.....	77
4. Slotbeschouwing.....	80
Bibliografie.....	86

Samenvatting Bestuursrecht op Maat

De roep om maatwerk

Het bestuursrecht heeft van oudsher een cultuur van goede toegang. Burgers moeten gemakkelijk in bezwaar en beroep kunnen gaan tegen eenzijdig overheidsgezag. De overheid handelt voorspelbaar via algemene regels en past die zorgvuldig toe in het individuele geval. De laatste jaren bestaat er in toenemende mate kritiek op het functioneren van de overheid en de beperkte mate waarin het bestuursrecht de uitvoering tot redelijke besluitvorming dwingt. De uitvoering is regelmatig een bureaucratische machine waarin de burger vastloopt, zonder oog voor zijn belangen en de menselijke maat. Het ontbreekt kortom aan maatwerk. Aan die kritiek liggen twee bewegingen ten grondslag: (juridische) professionals zijn andere eisen gaan stellen aan het recht én de aard van de uitvoering is ingrijpend veranderd. In hoofdstuk 2 gaan wij op beide bewegingen in. We onderzoeken in hoofdstuk 3 in welke mate het algemene bestuursrecht maatwerk (be)vordert en hoe zijn potentieel kan worden vergroot. Daarbij hebben we aandacht voor de ‘maatwerkketen’, die begint met responsieve normstelling in regelgeving en, zo nodig, eindigt bij individuele geschilbeslechting door de bestuursrechter.

Veranderingen in recht en uitvoering

In paragraaf 2.1 beschrijven we veranderende visies op het recht en wat zij voor maatwerk betekenen. Dat maatwerk momenteel volop in de belangstelling staat in het Nederlandse bestuursrecht past binnen een bredere (internationale) ontwikkeling naar responsief recht. De responsieve overheid zet in al haar handelen het belang van haar burgers voorop. In plaats van een strikte toepassing van regels, kijkt een responsief bestuur meer naar de uitkomst in het individuele geval. Maatwerk is echter niet enkel een wens die past in responsief denken, het kan ook werkelijk een rechtsplicht zijn, voortvloeiend uit mensenrechtenbescherming. Welke keuze de wetgever of het bestuur in abstracto ook maakt om mensenrechten te beperken, de toepassing van regels en beleid *in het individuele geval* moet uiteindelijk proportioneel zijn. Daarbij kiest het EHRM steeds meer voor een procedurele insteek: de nationale autoriteiten moeten laten zien zich voldoende voor die individuele beoordeling te hebben ingespannen. Maatwerk wordt met name verlangd als een mensenrecht in de kern wordt geraakt, er grote belangen voor het individu op het spel staan en bij kwetsbare personen.

Een beweging richting meer maatwerk heeft gevolgen voor het algemene bestuursrecht: het rechtszekerheids- en rechtsgelijkheidsbeginsel verliezen aan relatief gewicht; het evenredigheids-, zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel nemen juist in zwaarte toe. Het bijgestelde evenwicht kan ook ongewenst doorslaan en afbreuk doen aan de legitimiteit van overheidshandelen. Dat zou het geval zijn als maatwerk vraagt om een steeds grotere inmenging in het privéleven van burgers, als maatwerk vooral ten goede komt aan die burgers die zeer goed hun individuele belangen kunnen behartigen of maatwerk tot zo een onsamenhangende uitvoering zou leiden, dat politieke en rechterlijke controle nauwelijks sturing kunnen geven aan die praktijk. Maatwerk vergroot de macht van het bestuur en vraagt om tegenwicht vanuit

een normstellende wetgever (die onwelgevallige keuzes niet van de politieke arena naar de uitvoering doorschuift) en een voldoende indringend toetsende rechter. Kortom, maatwerk sluit in het algemeen aan bij responsief recht, is soms een rechtsplicht en is niet onder alle omstandigheden gewenst.

In paragraaf 2.2 verdiepen we enkele contextuele factoren die maatwerk vragen, versterken, dan wel belemmeren. Een responsieve overheid streeft ernaar de belangen van haar burgers te behartigen en recht te doen aan het individuele geval. Het is belangrijk dat burgers dat ook zo *ervaren*, niet alleen voor legitimiteit, maar ook voor een overheid die onnodige geschillen wil doen voorkomen. Inzichten in procedurele rechtvaardigheid helpen daarbij en ondersteunen het belang van zorgvuldige procedures. Besluitvormingsprocesrecht moet meer in dat licht worden geplaatst; niet alleen in het licht van formeel recht dat gemakkelijk opzij kan worden gezet als het toch niet uitmaakt voor de inhoud van het besluit. Voor burgers maakt dat namelijk wél uit, omdat ze vooral op basis van die ervaring in de procedure beoordelen of de overheid hen net en rechtvaardig heeft behandeld – en dus om hun belangen geeft. Maatwerk heeft de potentie de inclusiviteit van procedures te verhogen, maar alleen als initiatief, inspanningsverplichting en bewijslast niet te sterk op de burger komen te rusten.

Maatwerk stelt (meer) eisen aan de professionaliteit van uitvoering. Besluiten conform het ‘doel’ van de regel vraagt kennis van de achtergrond van gemaakte keuzes en geprogrammeerde beslisregels. De wetgever kan er ook voor kiezen de oordeelsvorming minder door het recht te laten normeren en meer ‘ruimte aan de professional’ te geven. In onze democratische rechtsstaat kan de wetgever alleen ruimte geven en de rechter kan alleen op afstand blijven van professionele oordeelsvorming als daadwerkelijk sprake is van professionalisering, want anders dreigt al snel ongenormeerde publieke machtsuitoefening en willekeur. Dat vraagt om professionele normen met bijbehorende waarborgen tegen onjuiste oordeelsvorming.

Digitalisering en geautomatiseerde besluitvorming heeft de roep om maatwerk vergroot. Algoritmes brengen de complexe werkelijkheid terug tot eenduidige waarden. In de ‘berekening’ kunnen zij enkel rekening houden met (zelf)geprogrammeerde factoren, op basis van de in een systeem beschikbare data. De ruimte om met onvoorziene omstandigheden en afwijkende gevallen om te gaan, is zo heel beperkt en vraagt vaak om menselijke tussenkomst. Een hoog serviceniveau zonder digitalisering is inmiddels evenwel ook ondenkbaar. Digitalisering kan massa-maatwerk mogelijk maken en verder worden ingezet om burgervriendelijke procedures vorm te geven. Een specifiek punt van zorg betreft de beperkte datakwaliteit. Onjuiste data die in besluitvormingsketens worden doorgegeven, zijn lastig achteraf te corrigeren en mede een oorzaak waarom het computerbesluit ver af kan staan van de situatie ‘in het echt’.

Naar oplossingsrichtingen

In hoofdstuk 3 beantwoorden we de onderzoeksvragen, die het vermogen van het algemene bestuursrecht bevragen om meer maatwerk in de uitvoering te realiseren. Het is primair het evenredigheidsbeginsel dat een bestuursorgaan tot maatwerk verplicht. Die ‘plicht’ wordt uiteindelijk door de rechter opgelegd en vereist een meer materiële invulling van het evenredigheidsbeginsel. Maatwerk komt het gemakkelijkst tot zijn recht bij discretionaire bevoegdheden. Toch bestaat ook bij gebonden bevoegdheden de mogelijkheid om in bijzondere gevallen af te wijken, omdat het evenredigheidsbeginsel contra-legen moet worden toegepast. Een wetgever kan nu eenmaal onmogelijk de evenredigheid van de toepassing van de wet in alle toekomstige gevallen voorzien. Bij het inzetten op maatwerk via uitzonderingsbevoegdheden, moet echter worden voorkomen dat daar zoveel van wordt verwacht, dat het belang van responsieve normstelling door wet- en regelgever uit het oog wordt verloren. Exceptieve toetsing van de evenredigheid van de regel zelf blijft van groot belang. De wetgever die maatwerk nastreeft, doet er goed aan de Aanwijzingen voor de regelgeving nog eens tegen het licht te houden. Daarin zijn verschillende uitgangspunten neergelegd die eerder elementen van de bureaucratische dan die van de responsieve rechtsstaat vormen. Zo hebben verschillende aanwijzingen de strekking om zo weinig mogelijk ruimte te bieden voor de individuele omstandigheden van de burger en staat bij de afweging van ‘lasten’ het interne bureaucratische perspectief voorop.

In een responsief bestuursrecht met aandacht voor maatwerk spelen de beginselen van behoorlijk bestuur een grote rol. Beginselgeleide uitvoering kan dus tot afwijken van gebonden bevoegdheden leiden, maar ook tot een afwijkingsplicht bij beleidsregels en een relativering van het leerstuk van de formele rechtskracht. Een bestuurlijke verantwoordelijkheid om maatwerk te bieden, kan niet alleen via het evenredigheidsbeginsel worden bevorderd, maar ook via het legaliteitsbeginsel (dat in de *common law* impliceert dat een door de wetgever gevestigde discretionaire bevoegdheid niet mag worden gedenatureerd door een rigide uitvoering). Ook wettelijke taakopdrachten zijn mogelijk.

De bezwaarfase met haar heroverwegingsplicht biedt bij uitstek mogelijkheden om maatwerk te leveren. Bij complexe regelgeving en algoritmische besluitvorming zou in dat licht een bijzondere zorgplicht voor ‘burgerbescherming’ kunnen worden ontwikkeld. De wens om maatwerk meer naar de voorkant te halen, kan deels worden gerealiseerd door de inbreng van informatie te verbeteren. Meer concrete oplossingsrichtingen worden in hoofdstuk 3 in de afsluitende tekstblokken opgesomd.

Overkoepelend ontwikkelden we de volgende **denkrichtingen** voor aanpassingen in het rechtssysteem teneinde meer maatwerk in het bestuursrecht te realiseren:

Denkrichtingen Bestuursrecht op Maat

1. Een ontwikkeling richting meer maatwerk vergt een **sterkere materiële waardenoriëntatie** in het bestuursrecht, ter voorkoming van willekeur. Materiële normstelling kan voortvloeien uit wet- en regelgeving, professionele beroepsnormen en materiële beginselen van behoorlijk bestuur.
2. Materiële waardenoriëntatie en **mensenrechtenbescherming** sluiten goed op elkaar aan. Mensenrechten kunnen een *juridische plicht* tot maatwerk inhouden en geven daarvoor inhoudelijke criteria. Hoe sterker inmenging in de kern van een mensenrecht plaatsvindt en hoe kwetsbaarder de burger is, hoe meer de overheid de proportionaliteit van de inmenging in het *concrete geval* moet verantwoorden.
3. Maatwerk vraagt om een zekere omarming van **variabiliteit**. Een onderscheid in twee- en meerpartijen-bestuursrecht kan een oplossing zijn voor ‘strengere’ procesrechtelijke instrumenten zoals de formele rechtskracht of een onderdelenfuiik. Maar maatwerk vergt meer dan een soepel procesrecht; het vraagt om een benadering waarin de overheid dienstbaar is aan de belangen van haar bevolking en dat in al haar handelen centraal stelt. Een sterke categorisering binnen bestuursrecht dreigt al snel een vrij ‘autonome’ invulling van maatwerk te worden.
4. Maatwerk vraagt om een meer **beginselgeleide uitvoering**. Dat kan resulteren in contra-legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden besluiten, tot een afwijkingsplicht van beleid en tot een relativering van de formele rechtskracht.
5. Maatwerk geeft het bestuur meer ruimte om bij de uitvoering recht te doen aan het concrete geval. De grote macht van het bestuur is al een zorg in de huidige *administrative state*. Wetgever en rechter dienen te waken voor **voldoende waarborgen**, door zorgvuldig tot stand gekomen materiële normstelling en indringende rechterlijke toetsing.

6. **Procedurele normen** verdienen een herwaardering, omdat zij bestuursorganen aanzetten procedures zorgvuldig vorm te geven, waarbij waarden als *voice, consideration & explanation* zijn geborgd. Die inzichten uit de procedurele rechtvaardigheid zijn nodig om burgers overheidshandelen als vertrouwenwekkend en rechtvaardig te laten *ervaren*. Meer concreet:
 - a. Zet bij hoorplichten minder de behoefte van het bestuur, maar de behoefte van de burger centraal (art. 4:7, 4:8, 4:12, 7:3, sub b Awb).
 - b. Vul 'benadeling' van de burger (art. 6:22 Awb) en de mogelijkheid om 'nadelige gevolgen' weg te nemen (art. 4:12 Awb) meer responsief in (met aandacht voor de gevolgen op iemands positie, niet enkel voor de *rechtsgevolgen*).
 - c. Vul de motiveringsplicht zo in dat een burger begrijpt welke stappen zijn genomen (dus geen kale verwijzing naar beleid en regelgeving of geautomatiseerd systeem), art. 3:47 en 4:82 Awb.
7. Maatwerk kan de proceslast van de burger vergroten, waarmee niet iedereen even goed kan omgaan. Borg dat maatwerk een **inclusief instrument** is; zorg dat de burger daar niet steeds zelf het initiatief toe moet nemen en de volledige bewijslast krijgt toebedeeld. Bedenk hoeveel privéinformatie voor maatwerk nodig is en of die inmenging in het privéleven in evenredige verhouding staat tot het rechtsgevolg van het besluit.
8. Maatwerk vraagt om **randvoorwaarden**, zoals een responsieve cultuur binnen het bestuursorgaan, voldoende kundig personeel, uitvoeringsbudget, datakwaliteit en deugdelijke ICT.

1. Inleiding

1. Inleiding

1.1. Achtergrond

Voor u ligt het rapport Bestuursrecht op maat. Dit rapport is opgesteld door een onderzoeksteam van de Universiteit Leiden, in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), directie Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW). Het is gebaseerd op een desktoponderzoek naar de juridische knelpunten bij het bieden van maatwerk in het bestuursrecht, met als doel te komen tot verschillende oplossingsrichtingen om de rol van en ruimte voor maatwerk te versterken, althans daar waar dat wenselijk en haalbaar is. Een uitgebreide analyse van de verschillende knelpunten is te vinden in het tussenrapport dat als bijlage aan dit rapport is gehecht. In dit – zelfstandig leesbare – eindrapport worden de belangrijkste knelpunten herhaald en in perspectief geplaatst, om van daaruit de in de offerteaanvraag geformuleerde onderzoeksvragen van een antwoord te voorzien en mogelijke oplossingsrichtingen te formuleren.¹

Het bestuursrecht zoals we dat kennen sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb, 1994) bevindt zich in een fase van verandering. Naast het dienen van het algemeen belang staat hierin ook steeds de positie van het individu centraal. Het bestuursrecht dient de handhaving van rechtsregels – en daarmee het algemeen belang – maar kent ook een centrale positie toe aan het individu dat door datzelfde bestuursrecht in staat wordt gesteld op te komen voor eigen rechten en belangen. Hoe de balans tussen die twee doelstellingen vorm krijgt, is mede afhankelijk van hoe wij aankijken tegen recht en wat voor rechtsorde wenselijk wordt geacht. In dit kader valt een overgang waar te nemen van een ‘autonome rechtsorde’ naar een ‘responsieve rechtsorde’.² Waar de autonome rechtsorde rechtszekerheid, rechtmatigheid en voorspelbaarheid vooropstelt, en de samenleving als één geheel bestuurt, staat ‘responsief bestuursrecht’ voor een oplossingsgericht bestuur dat expliciet aandacht heeft voor de aan de orde zijnde individuele belangen. De reden voor deze overgang is gelegen in ontevredenheid over de beperkte ruimte die het autonome bestuursrecht laat voor de bijzondere situaties van en mogelijke gevolgen voor de burger.

In de afgelopen jaren is het besef gegroeid dat het heersende ‘burgerbeeld’ van de Awb-wetgever vaak niet klopt. Zijn mensen werkelijk zo oplettend en handelen zij zo rationeel als de Awb veronderstelt? Inmiddels is duidelijk dat dit beeld moet worden bijgesteld: niet zelden is het voor burgers lastig om te begrijpen wat de concrete gevolgen zijn van besluiten en om in te zien wanneer en op welke wijze zij moeten handelen om bepaalde gevolgen te voorkomen. ‘Fouten’ zijn daarbij snel gemaakt. En zelfs als de burger weet wat hem of haar te doen staat, kan een gebrekkig ‘doenvermogen’ aan handelen in de weg staan.³ Het bestuursrecht zou, kortom, beter moeten aansluiten op de belevingswereld van burgers.⁴ Ondertussen wordt in het

¹ Deze onderzoeksvragen zijn opgenomen in de leeswijzer aan het eind van deze inleiding.

² Zie Allewijn, *NTB* 2016/29; Van den Berge 2020, par. 2, zoals gebaseerd op Nonet & Selznick 1978. Scheltema maakt onderscheid tussen de ‘bureaucratische rechtsstaat en de responsieve rechtsstaat’, Scheltema, *NTB* 2015/37.

³ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017.

⁴ Damen 2019, 121 e.v.; Scheltema *NTB* 2019/24, p. 247 e.v.

bestuursprocesrecht de keuze van de wetgever voor individuele geschilbeslechting als doel van het proces steeds verder doorgevoerd. Tegen deze achtergrond is de vraag naar meer maatwerk in het gehele bestuursrecht en naar hoe dat gestalte kan krijgen onontkoombaar.⁵

Toch wijst niet alles in de richting van een op individueel maatwerk gericht bestuursrecht. In onze complexe maatschappij nemen de taken van de overheid toe en wordt het recht ingezet als middel om risico's af te wenden en gelijkheid te bevorderen. Besturen door middel van beschikkingen wordt deels vervangen door besturen met regels,⁶ terwijl besluitvorming in beschikkingsfabrieken vergaand wordt geautomatiseerd en gedigitaliseerd.⁷ De bijbehorende vrees om af te wijken van de (geprogrammeerde) regel en voor precedentwerking is reëel en doet de vraag rijzen in hoeverre het bestuursrecht daadwerkelijk in staat is om de gewenste responsiviteit in de relatie overheid-burger tot stand te brengen.

De roep om responsiviteit in deze complexe context, en de rol die maatwerk daarbij kan spelen, vormen de achtergrond van dit onderzoek. Op basis van de in de eerste fase van dit onderzoek uitgevoerde studie naar de (juridische) knelpunten die in de praktijk in de weg staan aan het bieden van maatwerk,⁸ is in de tweede fase onderzocht hoe we kunnen toewerken aan het oplossen van de gevonden knelpunten. Dit rapport vormt de weerslag van die tweede fase.

1.2. Maatwerk

Voordat we de aanpak van dit onderzoek nader toelichten, is het de moeite waard om stil te staan bij het fenomeen 'maatwerk'. Hoewel een vaste definitie ontbreekt, wordt maatwerk vaak omschreven als procedures en oplossingen 'op maat', ofwel regels, beleid of beschikkingen die (in hun toepassing) recht doen aan het specifieke geval. We kijken daarbij doorgaans in eerste instantie naar de individuele beschikking – die richt zich immers tot een specifiek geval. Toch is maatwerk breder en moeten de mogelijkheden (of het gebrek daaraan) voor het bieden van maatwerk worden beoordeeld in het licht van het integrale stelsel van besluitvorming. Zo kan ook algemene regelstelling maatwerk bieden, bijvoorbeeld waar regels de belangen van een specifieke groep proberen te behartigen. Om deze reden is vanaf het begin van dit onderzoek gekozen voor een focus op de **'maatwerkketen'**. Deze omvat zowel de besluitvorming in primo als de bezwaarfase en beroepsprocedures, maar betreft ook expliciet de 'voorvraag' hoe de balans tussen algemene regel en maatwerkbevoegdheid vormgegeven moet worden.

Maar breed betekent in dit onderzoek ook: maatwerk valt **niet als louter juridisch fenomeen** te bestuderen. Wat doet het met de burger en wat vraagt het van de ambtenaar en de professional? Elementen uit de rechtspsychologie (denk aan ervaren procedurele rechtvaardigheid) of bestuurskunde en organisatiewetenschappen (hoe werken organisaties en wat doen ambtenaren en professionals met de geboden ruimte?) spelen een evenzo belangrijke

⁵ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019.

⁶ Schueler, *Regelmaat* 2015, p. 633-635; Voermans 2017.

⁷ Van Eck 2018.

⁸ Zie *Bestuursrecht op maat: knelpuntenanalyse* (bijlage bij dit rapport).

rol. De grenzen van juridisch onderzoek komen snel in zicht als op basis daarvan wordt geprobeerd een antwoord te formuleren op vragen omtrent maatwerk. Om deze reden wordt in dit onderzoek dan ook ‘over de grens van het juridische’ gekeken om in elk geval een beetje aan te kunnen haken bij inzichten uit andere wetenschappen. Tegelijkertijd is het ook aan andere disciplines zelf om – in aanvulling op onze bevindingen – hun licht op de kansen van en kanttekeningen bij maatwerk te laten schijnen.

1.3. Van knelpunten naar oplossingsrichtingen

In dit rapport komen we vanuit de in het tussenrapport geconstateerde knelpunten tot het formuleren van oplossingsrichtingen. Om inzicht te bieden in de manier waarop wij dit doen, is het goed om eerst een aantal overkoepelende conclusies uit de knelpuntenanalyse te herhalen. Deze kunnen worden opgesomd onder de noemers ‘ruimte en normering’, ‘digitalisering en verantwoordelijkheid’ en ‘een integrale aanpak’. Daarna volgen enkele algemene opmerkingen over onze aanpak bij het vinden van de oplossingsrichtingen die in hoofdstuk 3 van dit rapport zijn te vinden.

‘Ruimte en normering’ ziet op het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen het bieden van ruimte voor maatwerk en het normeren van die ruimte. Bij de eerste dimensie gaat het erom of het recht als zodanig voldoende ruimte biedt om waar gewenst maatwerk te kunnen bieden?⁹ Uit de knelpuntenanalyse blijkt dat dit niet altijd het geval is: het recht stelt soms strikte en formele eisen (zoals termijnen voor burgers en bestuursorganen), en bij de rechtsbescherming vormt het besluitbegrip nog altijd de sleutel. Tegelijkertijd zijn grenzen aan de ruimte voor maatwerk van belang in het licht van het rechtszekerheids- en het gelijkheidsbeginsel – regelstelling brengt ook belangrijke waarborgen voor de burger met zich. Hoewel ‘normering’ een typisch juridische bezigheid lijkt, blijkt het tweede onderdeel toch lastiger te onderzoeken. Dat maatwerk soms vereist is, volgt uit allerlei (procedurele) bepalingen en ook uit meer algemene beginselen of uitgangspunten. Maar hoe kan het beste worden genormeerd hoe met de ruimte voor maatwerk wordt omgegaan, zonder daarmee die ruimte weer teniet te doen? Het recht is niet altijd het aangewezen middel om bepaalde problemen (in de uitvoering) op te lossen. Om die reden werd in het tussenrapport bijvoorbeeld ook stilgestaan bij de mogelijke rol van professionals om invulling te geven aan de ruimte voor maatwerk. Een aanverwant punt betreft de rol van de rechter: het is te gemakkelijk om te veronderstellen dat de rechter maatwerk toetst en op die manier een gebrek daaraan kan tegengaan. De rechter speelt een belangrijke rol in het bieden van rechtsbescherming, maar zijn inmenging kan niet anders dan een incidentele zijn en geen garantie bieden voor bestuursrechtelijk maatwerk. Andere (interne) checks en balances en mechanismen zoals de Ombudsman en auditors

⁹ Vgl. ook Meeuwese & Wolswinkel 2020 (*concept*)., *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij* 2020 (*concept*).

kunnen eveneens belangrijk zijn. Uiteindelijk is voor het gebruik dat wordt gemaakt van de ruimte voor maatwerk het functioneren van uitvoeringsorganisaties doorslaggevend.¹⁰

Bij **‘digitalisering en verantwoordelijkheid’** moet worden gedacht aan de onontkoombaarheid van (verdere) digitalisering en geautomatiseerde besluitvorming en de manier waarop dit samenhangt met de verantwoordelijkheid van de burger. Geautomatiseerde besluitvorming is vaak niet transparant en systemen zijn weinig flexibel. Gelukkig biedt automatisering en dataverwerking juist ook veel kansen om maatwerk te leveren. Een probleem daarbij is wel dat deze kansen potentieel een grote verantwoordelijkheid en bewijslast voor de burger met zich brengen, in die zin dat zij bijvoorbeeld geacht worden meer relevante informatie aan te leveren om het systeem zo maatwerkvriendelijk te kunnen laten werken. Hier zit een spanning tussen maatwerk, privacy en zelfredzaamheid, die tastbaar wordt als we bedenken dat foutief aangeleverde of onvolledige informatie verstreckende gevolgen kan hebben. Vergaande verantwoordelijkheid kan niet altijd van de burger worden verlangd. Belangrijker: het kan niet van *alle* burgers worden verlangd omdat niet iedereen in staat is zijn eigen belangen binnen een complex systeem zo goed mogelijk te behartigen.

Het belang van een **‘integrale aanpak’** betreft ten eerste het integraal benaderen van de maatwerkketen. Dat bleek in dit onderzoek nodig, omdat de verschillende onderdelen van deze keten onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Enerzijds wordt veel nadruk gelegd op de noodzaak van maatwerk in de primaire besluitvormingsfase. Dat een gebrek aan maatwerk in de primaire besluitvorming niet altijd kan worden goedge maakt in bezwaar, komt ook in dit eindrapport terug. Anderzijds slaat simpelweg concluderen dat maatwerk altijd naar de ‘voorkant’ moet geen acht op de realiteit van digitalisering en eisen van efficiëntie in bredere zin. Bovendien zijn de mogelijkheden voor maatwerk door het bestuur sterk afhankelijk van de gekozen regelstelling en kunnen zowel wetgever als rechter een belangrijke rol spelen in het verduidelijken van maatwerk, zowel waar het gaat om de ruimte die daarvoor wordt geboden als om de toetsing van de invulling daarvan.

Daarnaast bleek ook een integrale benadering van materiële en procedurele aspecten van maatwerk van belang.¹¹ Een materieel maatwerkdoel kan nodig zijn om te bepalen welke informatie überhaupt moet worden vergaard of op welke punten de procedure flexibeler moet. Andersom is het bieden van een geschikte materiële uitkomst sterk afhankelijk van responsieve procedures, waar initiatieven als Passend Contact met de Overheid (PCMO), en ambtenaren en professionals die oplossingsgericht denken aan bij kunnen dragen.

Vanuit deze algemene knelpunten werken we in dit rapport toe naar **oplossingsrichtingen**. Dat zijn *richtingen* waarin het bestuursrecht verder kan worden ontwikkeld; het vormen geen pasklare antwoorden op de onderzoeksvragen. Dat is ook inherent aan het onderwerp ‘maatwerk’: de leerstukken die een rol spelen bij de invulling van de juridische vragen zijn zelf

¹⁰ ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse 2020*.

¹¹ In dit eindrapport wordt het in het tussenrapport - voor analytische doeleinden – gehanteerde onderscheid tussen procedureel en materieel maatwerk dan ook losgelaten.

niet zonder meer ‘pasklaar’ zijn, maar zijn grotendeels afhankelijk van hun **context**. Dat begint bij de context waarin de burger en zijn probleem zich bevinden. Hierboven werd al verwezen naar het doenvermogen van de burger en hoe ons bewustzijn daarvan reden vormt om te streven naar meer responsiviteit. Daarbij kan het maken van onderscheid tussen verschillende categorieën zaken en wat die aan maatwerk verlangen behulpzaam zijn. Tevens geldt dat de aan de orde zijnde individuele belangen behoorlijk kunnen verschillen: het kan gaan om besluitvorming in zaken waarin slechts geringe (financiële of andere) belangen aan de orde zijn (zoals een subsidie voor een waterpomp), maar ook om kwesties waarin de belangen groot en/of fundamenteel zijn (zoals een hoge terugvordering van teveel ontvangen toeslagen). Mogelijk moet de sleutel voor het komen tot een responsiever bestuur, dat tegelijkertijd efficiënt kan functioneren, worden gevonden in een nadere zoektocht naar het soort zaken dat het meeste baat heeft bij maatwerk. Hoewel het algemene bestuursrecht centraal staat in de analyse, is het lastig daarbij steeds recht te doen aan de breedte van het gehele bestuursrechtelijke domein. De problemen rond maatwerk komen het meest pregnant naar voren in de grote uitvoeringsorganisaties die in massaliteit beschikkingen verlenen. In ons onderzoek hebben wij primair dat type uitvoering als vertrekpunt genomen bij onze analyse.

Wij sluiten hier af met een laatste algemene opmerking over de uitgangspunten van deze studie. Maatwerk is niet altijd alleen maar goed. Waar iedereen verschillend behandelen, omdat iedereen nu eenmaal anders is, kan leiden tot willekeur, geldt voor een algemeen devies van zoveel mogelijk maatwerk dat dit kan resulteren in een schijn van individuele behandeling en in verwachtingen ten aanzien van die behandeling die de overheid onmogelijk waar kan maken. Het verlies aan legitimiteit dat hiermee gepaard gaat is reden om er bij voorbaat – en dus niet alleen vanwege kostenbesparing en efficiënte – vanuit te gaan dat maatwerk niet altijd en overall wenselijk is. Bovendien kan ook inhoudelijke normstelling in algemene regels het individuele belang van de burger dienen: hij weet dan beter waar hij recht op heeft. Algemene normstelling kan dan ook niet altijd tegenover individuele rechtvaardigheid geplaatst worden, net zoals maatwerk niet altijd méer rechtvaardigheid oplevert.¹² Wij zien het als onze opdracht om ook de waarde van goede normstelling in dit rapport te betrekken.

1.4. Relatie tot andere maatwerkstudies en –publicaties

Al eerder zijn verschillende publicaties verschenen over maatwerk in het bestuursrecht. Een belangrijke studie die in eerste instantie kijkt naar wat er binnen het huidige wettelijke kader mogelijk is, is *Maatwerk met de Awb*, uitgevoerd door Pels Rijcken.¹³ Ook is in het rapport *Regels en Ruimte* van ABDTopconsult verslag gedaan van een uitgebreid onderzoek bij verschillende uitvoeringsinstanties naar de ruimte voor maatwerk en hoe daarmee wordt

¹² Brenninkmeijer e.a., *NJB* 2019/2051. In het algemeen waarschuwen sommige auteurs voor meer rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid of zelfs willekeur bij maatwerk (Mein, *Gst.* 2019/70; Doornbos 2019, 567). Daar komt bij dat hoewel de overheid steeds dichterbij de burger staat, zij een publieke gezagsorganisatie blijft, die eenzijdig en vergaand kan ingrijpen in het leven van burgers (Van den Berge, *NJB* 2018/820).

¹³ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019; Pels Rijcken, *Praktische experimenten* 2020.

omgegaan.¹⁴ In het verlengde hiervan kan worden gewezen op een groot en nog lopend onderzoeksproject dat *Werk aan de uitvoering* heet, waarin de knelpunten bij grote uitvoeringsorganisaties uitgebreid worden geanalyseerd en oplossingsrichtingen naar meer maatwerk moeten worden geformuleerd.¹⁵

De rol van dit onderzoek moet worden gezien als deels voortbouwend op *Maatwerk met de Awb*, in die zin dat het een hoofdzakelijk juridische analyse betreft van de mogelijkheden voor maatwerk. Daarbij wordt echter uitdrukkelijk verder gekeken dan het bestaande juridische kader en wordt de vraag gesteld waar en hoe het recht zou kunnen worden aangepast én waar en in hoeverre dit wenselijk is. Juist omdat dit rapport dus ook normatieve aspecten betreft, is het noodzakelijk dat een juridisch dan wel bestuursrechtelijk perspectief wordt aangevuld met bredere inzichten. Hier raakt dit onderzoek dan weer aan studies naar de effecten van PCMO of het werk van uitvoeringsinstanties – hoewel uitweidingen in die richting wel steeds in het teken staan van beantwoording van de juridisch-normatieve vragen die wij in dit rapport van oplossingsrichtingen voorzien.

1.5. Leeswijzer

Dit rapport bestaat uit twee hoofddelen, die zowel zelfstandig leesbaar zijn als in onderlinge samenhang kunnen worden gezien. Het doel van deze leeswijzer is duidelijk te maken waar de twee delen toe dienen en wat de lezer ervan kan verwachten. Daarbij wordt bovendien aangegeven hoe de onderzoekers te werk zijn gegaan, hoe en waarom een bepaalde focus is aangebracht en hoe het betreffende deel bijdraagt aan de eindconclusies van dit rapport.

Op basis van de studie in de eerste fase van dit onderzoek werd duidelijk dat de concrete bestuursrechtelijke knelpunten slechts kunnen worden begrepen tegen de achtergrond van bredere juridische vraagstukken en interdisciplinaire inzichten. Omdat de onderzoeksvragen niet in een vacuüm kunnen worden beantwoord, biedt dit rapport in **hoofdstuk 2** een **breder perspectief** op de vraagstukken die bij het bestuderen van maatwerk opdoemen. analyse is deels juridisch van aard, maar bevat ook informatie afkomstig uit andere disciplines. In paragraaf 2.1 komen enkele meer algemene aandachtspunten aan de orde, zoals de overgang van autonoom naar responsief recht, de mensenrechtelijke dimensies van het streven naar maatwerk en een bestudering van de verschillende legitimizeitsvraagstukken rondom maatwerk, waarbij wordt stilgestaan bij mogelijke nadelen van een op maatwerk gericht bestuur (op de lange termijn). In paragraaf 2.2 komen vervolgens enkele meer specifieke onderliggende vraagstukken aan bod die maatwerk vergen dan wel belemmeren: juridische en psychologische inzichten in procesgedrag en procedurele rechtvaardigheid, de rol van uitvoering en professionalisering en de digitalisering van uitvoering.

Het tweede inhoudelijke deel (**hoofdstuk 3**) komt vervolgens *to-the-point*: de in de offerteaanvraag geformuleerde **onderzoeksvragen** worden hier van antwoorden, of in elk geval

¹⁴ ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019.

¹⁵ ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse* 2020.

van **oplossingsrichtingen** voorzien. Deze bouwen voort op het onderzoek dat is gedaan naar de (juridische) knelpunten bij het bieden van maatwerk maar ook – uiteraard – op de bredere discussies die in hoofdstuk 2 zijn gevoerd. Daarbij is ervoor gekozen om de vragen thematisch te clusteren.

In paragraaf 3.1 worden onder de noemer ‘**maatwerk in regelgeving, beleid en uitvoering**’ de volgende vragen behandeld:

I.1 Welke ruimte of plicht schept artikel 3:4 Awb voor het bestuursorgaan om maatwerk te bieden? In hoeverre staan bepalingen in bijzondere wetgeving betreffende gebondenheid van beschikkingen hieraan in de weg?

I.2 Welke ruimte of plicht schept artikel 4:84 Awb voor het bestuursorgaan om in afwijking van een beleidsregel maatwerk te bieden?

I.3 Kan bij wet worden verboden of tegengegaan dat de uitvoeringsruimte die wetgeving biedt, wordt ingevuld door beleidsregels (of bedrijfsregels), om op deze wijze te voorzien in meer ruimte voor maatwerk?

I.4 In hoeverre staat de formele rechtskracht in de weg aan herstel van een niet-beoogde foutieve vaststelling van feiten door toedoen van hetzij het bestuursorgaan (bijv. gebruik van incorrecte gegevens), hetzij de burger (bijv. incomplete informatie).

Vervolgens pakt de paragraaf over **maatwerk in bezwaar** (3.2) de vragen op die zien op de bezwaarfase, te weten:

II.1 Is het passend de PCMO-aanpak meer dwingend voor te schrijven, bijvoorbeeld door het wijzigen van procedures met een formaliserend karakter of het inbouwen van oplossingsgericht informeel contact (bijv. artikel 4:12 Awb)?

II.2 Op welke wijze kan worden bevorderd dat een goede invulling wordt gegeven aan de bezwaarfase?

Tot slot gaat paragraaf 4.3, over **maatwerk aan de voorkant**, in op wat al voor de bezwaarfase aan maatwerk kan of zelfs moet worden gedaan:

III.1 In hoeverre kunnen bestuursorganen worden verplicht om bij de toepassing van beleidsregels of bedrijfsregels de beslissing te motiveren door het tonen van de feiten en de stappen waarop de beslissing is gebaseerd (nadere invulling motiveringsbeginsel)?

III.2 Op welke andere wijze zouden in het primaire proces gevallen kunnen worden herkend, waarbij aanleiding bestaat te onderzoeken of maatwerk aan de orde is, zonder dat de uitvoeringspraktijk in het geding komt?

III.3 Kunnen beschikkingen zo worden vormgegeven, dat ze bijdragen aan voorkoming of vroegtijdige oplossing van geschillen?

Bovenstaande indeling maakt duidelijk dat hier wederom de ‘maatwerkketen’ tot uitgangspunt wordt genomen. Daarbij doet het wellicht vreemd aan dat eerst wordt stilgestaan bij bezwaar, alvorens maatwerk in de primaire besluitvormingsfase de revue te laten passeren. Toch heeft dit een reden. Omdat maatwerk en experimenten daarmee tot op heden meer zijn gebruikt in de bezwaarfase, en daar vervolgens veel onderzoek naar is gedaan, bouwen we in paragraaf 3.2 voort op deze kennis om die vervolgens ook ‘naar de voorkant’ van het geschil te kunnen vertalen.

Dit rapport wordt afgesloten met een **slotbeschouwing** waarin de belangrijkste bevindingen worden samengebracht en gepresenteerd in een puntsgewijze opsomming van denkrichtingen ten behoeve van een bestuursrecht op maat.

2. De Breedte

2. ‘De breedte’ – vraagstukken die spelen bij het bieden van maatwerk

2.1. Algemene vraagstukken

2.1.1. Responsief bestuur

2.1.1.1. Responsief bestuursrecht

Dat maatwerk momenteel volop in de belangstelling staat in het Nederlandse bestuursrecht, is niet toevallig, maar past binnen een bredere ontwikkeling van dat bestuursrecht. In navolging van de rechtssociologen Nonet en Selznick wordt die ontwikkeling doorgaans geduid als overgang van repressief naar autonoom en vervolgens responsief recht.¹⁶ In de repressieve rechtsorde is recht een instrument van de politieke elite om macht uit te oefenen. Dat roept weerstand tegen overheidsmacht op, waaruit de autonome rechtsorde ontstaat. Autonoom recht geldt juist als waarborg tegen machtsmisbruik. Daarom benadrukt de autonome rechtsorde vooral rechtmatigheid – het volgen van de juiste regels en procedures. Legaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn dan belangrijke beginselen. Het Nederlandse bestuursrecht is binnen deze traditie tot stand gekomen: besluiten worden genomen door algemene regels toe te passen, en de rechter toetst vervolgens of dat goed is gebeurd. Zo liet de Raad van State in zijn jaarverslag van 2000 nog optekenen dat in het bestuursrecht ‘in beginsel geen geval uniek [is]’.¹⁷ Als de bestuursrechter zich te veel zou bemoeien met de individuele aspecten van elke zaak, zou hij het praktisch onmogelijk maken voor het bestuur om beleid te voeren en zijn bevoegdheden op een stelselmatige wijze uit te oefenen. Ook de autonome rechtsorde roept echter weerstand op, omdat daarbinnen de juridische werkelijkheid soms losgezongen wordt van ‘het echt’. Regels worden dan een excuus en staan een echte oplossing juist in de weg: ‘We hebben het nu eenmaal zo gedaan als voorgeschreven.’ Dit probleem wordt groter als uitvoering steeds meer wordt geautomatiseerd en gedigitaliseerd: uitzonderingen maken wordt dan lastiger.¹⁸ Door de combinatie van automatisering én autonoom recht, raakt de menselijke maat al snel op de achtergrond.

Vanuit die weerstand ontstaat dan vervolgens de responsieve rechtsorde, waarin meer aandacht is voor de individuele rechtvaardigheid. Responsief bestuursrecht luistert naar de behoefte van de samenleving en van het individu en bekijkt in hoeverre het recht daar bij aan kan sluiten. Maatwerk dus, dat aansluit bij de ‘burger zoals hij is’. Zoals met name Scheltema en Damen aangeven, vereist dat wel dat we ons ‘burgerbeeld’ bijstellen van dat van een strikt-rationeel handelende burger, naar een burger die gemiddeld genomen wel voor zichzelf opkomt

¹⁶ Zie Van den Berge 2020, par. 2.1, zoals gebaseerd op Nonet & Selznick 1978, 73-74. In Nederland aangewakkerd door met name Scheltema en Allewijn, zie Scheltema, *NTB* 2015/37, p. 287-289; Allewijn, *NTB* 2016/29, p. 222-227.

¹⁷ Raad van State, *Jaarverslag* 2000, p. 23.

¹⁸ Daar wijst de Nederlandse Ombudsman al jaren op, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2015/16, 34 410, nr. 1 (*Jaarverslag van de Nationale Ombudsman over 2015*), p. 7.

en daarbij ook de regels wil volgen, maar die met name in moeilijke levensomstandigheden niet altijd kan overzien wat er van hem wordt verwacht of daarnaar kan handelen.¹⁹

2.1.1.2. *De rol van het bestuursrecht*

In de autonome rechtsorde is het (bestuurs)recht vooral bedoeld om ‘de politiek’ te normeren. In de responsieve rechtsorde komen recht en politiek weer meer bij elkaar: het recht is ook bedoeld om beleidsdoelstellingen te verwezenlijken, die juist richtinggevend zouden moeten zijn bij de toepassing van de regels.²⁰ Het socialezekerheidsrecht is bijvoorbeeld opgezet om een minimumbestaan te garanderen, dus dan moeten de procedures die daaraan zijn verbonden dat doel niet tegenwerken. In plaats van strikt te normeren, moet het bestuursrecht dus ‘mogelijk maken’, of ruimte creëren. Tegelijkertijd blijft ook de normerende rol van het bestuursrecht relevant. We willen responsiviteit immers niet alleen mogelijk maken, maar tot op zekere hoogte ook van de overheid vereisen. De kunst is dus om te zoeken naar regels die voldoende ruimte bieden, maar ook op een relevante manier ‘normeren’, en het daarmee ook (voor de rechter) mogelijk maken om overheidshandelen op een zinvolle wijze op responsiviteit te beoordelen.

Dat heeft ook gevolgen voor de methodologie van het bestuursrecht, en daarmee van dit rapport. Het Nederlandse bestuursrecht hanteert van oudsher een ‘intern perspectief’, waarbij oplossingen voor problemen worden gezocht vanuit de systematiek van het geldende stelsel.²¹ Responsiviteit vereist daarentegen een extern perspectief, waarbij gezocht wordt naar oplossingen die aansluiten bij de werkelijkheid. Vanuit het interne perspectief is het een natuurlijke neiging om het probleem ‘er wordt te weinig maatwerk geboden’ op te lossen met meer regels en procedures. Vanuit een extern perspectief moeten we eerst begrijpen welke oplossingen ook echt werken. Wanneer worden regels, die nog zo mooi opgezet kunnen zijn, ook echt goed uitgevoerd? Onder welke voorwaarden kunnen burgers goed gebruik maken van de procedures die voor hen zijn gecreëerd? Dit betekent dat we gebruik moeten maken van interdisciplinaire inzichten en het recht daarop moeten laten aansluiten.

2.1.1.3. *Ontwikkelingen binnen het Nederlandse bestuursrecht*

Het Nederlandse bestuursrecht is momenteel hard aan het zoeken naar manieren om zichzelf ‘responsief’ te maken. Zo worden de harde kantjes van ‘strenge’ leerstukken als de formele rechtskracht en de herhaalde aanvraag afgeschuurd. Daarnaast ontwikkelt het Nederlandse bestuursrecht zich ook over de band van open geformuleerde beginselen. Die geven niet altijd specifieke antwoorden, maar daarmee zijn ze juist wel weer geschikt om een goede balans tussen ruimte en normering te vinden.

¹⁹ Damen 2019, p. 121 e.v.; Scheltema, *NTB* 2019/24, p. 247 e.v. Zie bijvoorbeeld ook WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, waaruit blijkt dat het veel burgers aan ‘doenvermogen’ ontbreekt om te voldoen aan allerlei regels.

²⁰ Allewijn, *NTB* 2016/29, p. 222.

²¹ Zie daarover Scheltema *NTB* 2019/24, p. 246-247.

Handelen naar de individuele behoefte: evenredigheid, zorgvuldigheid en motivering

In plaats van een strikte toepassing van regels, kijkt een responsief bestuur meer naar de individuele uitkomst. In plaats van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, is het responsieve sleutelbeginsel daarom evenredigheid. Het evenredigheidsbeginsel is immers bij uitstek het rechtsbeginsel aan de hand waarvan de specifieke omstandigheden worden meegewogen: die moeten in verhouding staan tot het te bereiken doel. Dat betekent niet alleen dat het evenredigheidsbeginsel een meer prominente plek krijgt bij discretionaire bevoegdheden, maar ook dat er een discussie op gang komt over de plaats voor maatwerk op basis van evenredigheid bij gebonden bevoegdheden.

Dit vereist wel dat het bestuursorgaan zicht heeft op die omstandigheden. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel speelt daarom een grote rol in responsief bestuursrecht: over de band van dat beginsel kan van bestuursorganen gevraagd worden goed te onderzoeken of het specifieke geval misschien om afwijking vraagt. Tot slot is ook het motiveringsbeginsel belangrijk, omdat dat bestuursorganen verplicht om te laten zien dat ze dat ook daadwerkelijk hebben gedaan.

Procedurele begeleiding van burgers

Burgers krijgen regelmatig niet wat ze nodig hebben, omdat onduidelijk is waar ze recht op hebben of omdat de aanvraagprocedure te ingewikkeld is. Over de band van een aantal beginselen wordt daarom steeds meer van bestuursorganen verwacht dat ze burgers daarbij helpen. Zo is er het Europese dienstbaarheidsbeginsel, dat inhoudt dat de overheid ‘moet proberen de burger te begeleiden, te helpen en van dienst te zijn, te ondersteunen en vriendelijk en beleefd te bejegenen en dus omslachtige en langdurige procedures moet vermijden, waardoor zowel de burger als de ambtenaar tijd en moeite wordt bespaard’.²² Hoewel dit beginsel (nog?) niet is erkend als zelfstandig werkend beginsel, doet de bestuursrechter steeds vaker uitspraken waaruit blijkt dat bestuursorganen zich niet formalistisch op mogen stellen en bijvoorbeeld communicatie van burgers naar hun juridische strekking moeten beoordelen en bezwaarschriften dus niet niet-ontvankelijk mogen verklaren wegens het ontbreken van handtekeningen of uitgebreide juridische aanduidingen.²³ Met de inwerkingtreding van de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, wordt het nieuwe artikel 2:1 Awb van toepassing, waaruit eveneens blijkt dat bestuursorganen burgers op een passende wijze moeten ondersteunen. Ook wordt inspiratie gezocht in het Franse ‘recht om fouten te mogen maken’, dat bijvoorbeeld via invulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Nederland inbedding kan krijgen.²⁴ Een goede invulling van de procedure kan zo samen met meer materiële mogelijkheden tot een individuele afweging leiden.

²² Dit beginsel heeft zijn herkomst in een voorstel tot een resolutie van het Europese Parlement, DV\1081253NL, overweging M, en is daarmee niet bindend. Zie over dit beginsel Den Ouden 2019.

²³ CRvB 10 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1837, AB 2015/343, m.nt. Damen; CRvB10 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:128, AB 2018/90, m.nt. R. Ortlep; Zie hierover Damen, *NTB* 2020/2, p. 15-16.

²⁴ Barkhuysen, *NJB* 2018/819; Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019.

Bestuursprocesrecht: geschilbeslechting en procedurele rechtvaardigheid

Ook het bestuursprocesrecht maakt vanuit het oogpunt van responsiviteit belangrijke ontwikkelingen door. Het antwoord op de vraag waar de burger echt mee is geholpen, is duidelijk niet gelegen in lange procedures die hem of haar niet verder helpen. Daarom is de focus van de bestuursrechtelijke procedure steeds meer verschoven van de vraag of het besluit rechtmatig is, naar de vraag of het achterliggende geschil beslecht kan worden. Hoewel dit rapport zich niet op de procedure bij de rechter richt, is dit ook voor de bezwaarfase van groot belang. Geschilbeslechting vereist immers dat bestuursorganen niet in de toegepaste regels blijven denken, maar dat er goed gekeken wordt naar waar het de burger nou echt om te doen is.

2.1.1.4. Responsiviteit: keerzijden

Bezien vanuit het traditionele ‘autonome’ bestuursrecht, kent responsiviteit ook een aantal keerzijden. Meer aandacht voor de individuele omstandigheden gaat vaak gepaard met een afname van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.²⁵ Toch zullen deze beginselen ook in een responsieve rechtsorde een plek moeten krijgen. Zonder enige vorm van algemene regels, weten burgers immers niet waar ze aan toe zijn en vervalt bestuur al snel in willekeur. Met name Schreuder-Vlasblom benadrukt dat elk besluit, ook de toekenning van een toeslag, is ingebed in het bredere overheidshandelen richting de hele samenleving, dat alleen in samenhang kan worden bekeken.²⁶ Door enkel op de specifieke omstandigheden te letten, bestaat het risico die samenhang uit het oog te verliezen, waarmee het voor de rechter moeilijk wordt vat te krijgen op de bredere uitvoeringspraktijk en de algemene afwegingen die daaraan ten grondslag liggen.

Zoals bij vrijwel alle mogelijkheden tot participatie is het gevaar reëel dat juist degenen die een sterke positie hebben in de maatschappij hier goed gebruik van kunnen maken, terwijl burgers die minder goed voor hun eigen positie op kunnen komen minder in staat zijn hun individuele belangen te belichten.²⁷ Regelstelling kan ook juist deze meer kwetsbare burgers beschermen.

Naast de mogelijk negatieve impact op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, waarschuwt Van den Berge op het risico van gouvernementaliteit, of ‘government by stealth’. Onder het mom van hulpvaardigheid kan de overheid steeds verder in het leven van burgers doordringen (vergelijk bijvoorbeeld het keukentafelgesprek in het sociaal domein), terwijl zij zich daarbij aan haar publieke mantel en daarmee bestuursrechtelijke normering en rechtsbescherming kan onttrekken.²⁸

²⁵ Op de verhouding tussen evenredigheid en gelijkheid komen we in par. 3.1.1.1. nog uitgebreid terug.

²⁶ Schreuder-Vlasblom 2017, p. 45 e.v.

²⁷ Mureinik, *Acta Juridica* 1993, p. 35-46.

²⁸ Van den Berge, *NJB* 2018/820.

2.1.2. Legitimiteit

Deze keerzijde sluit aan bij bredere vraagstukken van legitimiteit van de rol en taken van het bestuur in een responsieve rechtsorde. Met behulp van (deels bestuurskundige) theorievorming over legitimiteit wordt in deze paragraaf een poging gedaan grip te krijgen op de toegenomen rol van het bestuur en hoe deze zich verhoudt tot het streven naar maatwerk. Dit is van belang voor het ontwikkelen van een toekomstbestendige visie op maatwerk waarbij rekening wordt gehouden met de bijzondere uitdagingen waarmee ‘de bestuursstaat’ te maken krijgt evenals bijvoorbeeld het ‘klientperspectief’ dat een gewijzigde taakopvatting met zich kan brengen.

In westerse democratieën is de overheid, of ‘de Staat’, gedurende de twintigste eeuw fundamenteel van karakter veranderd.²⁹ Waar je kortweg zou kunnen zeggen dat het doel van de Staat in de loop van de negentiende eeuw daarin bestond vrijheid van de burgers te waarborgen, krijgen we in de loop van de twintigste eeuw te maken met een Staat die zich meer en meer toelegt op marktcorrecties en welvaartsbevordering en -spreiding. Een Staat die op allerlei manieren intervenueert in het belang van het collectief van de samenleving – de welvaartstaat of ‘*the Administrative State*’ waarin de overheid een sociale opdracht en rol heeft.³⁰ Die ontwikkeling heeft betekenis voor de inrichting van het bestuursrecht (en het bestuursprocesrecht).³¹ Zo laten Harlow and Rawlings zien dat volgens de klassieke ‘*red light theory*’, het Engelse bestuursrecht aanvankelijk primair werd beschouwd als een instrument om machtsuitoefening door de overheid te controleren en zodoende individuele vrijheid te beschermen (met een centrale rol voor de rechter), en dat er tussen de twee wereldoorlogen stilaan een ‘*green light theory*’ ontstond waarbij datzelfde bestuursrecht veel meer een instrument werd voor marktcorrectie en welvaartspreiding.³² Harlow en Rawlings maken duidelijk dat de ontwikkeling van de Staat tot administratieve of *bestuursstaat* niet alleen leidt tot een ander gebruik van het recht, maar ook een andere inkleuring van de onderliggende waarden tot gevolg heeft. In die bestuursstaat dient het bestuur twee heren: die van het algemeen belang (binnen democratisch rechtsstatelijke grenzen) en die van opdrachtnemer van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Linksom of rechtsom betekent dat een veel grotere rol voor het bestuur bij de rechtsvorming.

In dit kader spreken we ook wel van de ontwikkeling, na de Tweede Wereldoorlog, van ‘*Regulatory States*’. Het bestuur, werkend op basis van een steeds breder wordend mandaat van de democratisch gelegitimeerde wetgever, intervenueert in markten en samenlevingen, vaak ook via (deels zelf vastgestelde) regels.³³ Vanuit het oogpunt van efficiency en effectiviteit van de vele nodige interventies is dat een goede zaak. Maar er is ook een andere kant. Door hele ruime delegaties van wetgever naar het bestuur wordt de democratische legitimatie van de regels waarmee wordt gestuurd lager. Het bestuur is immers doorgaans niet rechtstreeks door de

²⁹ Zie hierover uitgebreid Voermans 2017 (waaruit enkele van de onderstaande overwegingen zijn overgenomen).

³⁰ Harlow en Rawlings 2009, p. 33-34.

³¹ Hirsch Ballin 2015.

³² Harlow & Rawlings 2009, p. 31 e.v.

³³ Zie Majone, *Western European Politics* 1994, p. 77-101 en Yueng 2010, p. 64-83.

burgers gekozen. Tevens ontstaat een situatie waarin het bestuur zichzelf bij het maken van die regels moet controleren, want een volksvertegenwoordiging is daartoe in moderne verhoudingen nauwelijks bij machte. De principaal-agenttheorie (*agency theory*) biedt hierbij inzicht: de opdrachtnemer (het regelende bestuur) zal niet slechts de belangen van de opdrachtgever (de delegerende wetgever) nastreven, maar ook ‘eigen’ prioriteiten en doelen stellen, terwijl de laatste niet goed in staat is dit te controleren. Er is sprake van informatieasymmetrie en die pakt eigenlijk altijd uit in het voordeel van de agent (het bestuur). De agent is meestal de specialist en krijgt ook door zijn positie ‘dichter bij het vuur’ de ruimte om buiten of zelfs tegen het belang van de principaal het eigen belang te dienen.

Intussen wordt wel geprobeerd de controle van het parlement op gedelegeerde regelgeving te verstevigen, bijvoorbeeld door te eisen dat delegatiegrondslagen concreet en nauwkeurig worden omlind in de delegerende wet.³⁴ Een ander middel is het beginsel van het primaat van de wetgever,³⁵ dat inhoudt dat de hoofdelementen van een regelingsstelsel (denk aan reikwijdte en structurele elementen), of essentiële onderdelen,³⁶ door de formele wetgever moeten worden vastgesteld.³⁷ Een meer procedurele oplossing bestaat in de praktijk van het ‘voorhangen’ om de parlementaire betrokkenheid bij delegatie beogen te vergroten.³⁸

Maar effectief controleren en het democratisch tekort compenseren, is taaie materie. Het is niet reëel te verwachten dat volksvertegenwoordigingen bij de huidige stand van zaken door anders te werken, beter te controleren, regelgeving naar zich toe te trekken (of te verminderen) in staat zijn het probleem van het democratisch tekort van bestuursregels of het opschuiven van grenzen van machtsverdeling te voorkomen. De theorie van de democratisch rechtsstatelijke stutten voor de vaststelling van wetgeving wordt ingehaald door de praktijk van niet-democratisch gelegitimeerde besturen die in betrekkelijke autonomie de bulk van alle regels vaststellen en met die regels generiek sturen op gedrag van burgers, instellingen, organisaties en bedrijven. Dat is geen voorbijgaand ‘technisch’ op te lossen probleem.

Het brede mandaat van het bestuur beïnvloedt ook die andere staatsmacht, de rechter. Mede naar aanleiding van een indringend pleidooi door Hirsch Ballin over de ontwikkeling tot *Administrative state*,³⁹ is er in het bestuursrecht meer bezinning gekomen op de rol van de bestuursrechter in een volwaardig constitutioneel bestel. Toch zijn discussies over de beperkte competentie en toetsingsmaatstaven van de rechter nog lang niet afgerond. Op de een of andere manier bieden onze democratische rechtsstatelijke concepten en beginselen geen goed antwoord op de vraag welke eisen moeten worden gesteld aan dat zo alomvattende bestuur in de moderne bestuursstaat – en vooral niet hoe het bestuur zich daarin zou dienen te verhouden tot de andere staatsmachten.

³⁴ Zie Aanwijzing 2.23 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving*.

³⁵ Ontwikkeld door de Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985.

³⁶ Vgl. art. 290 lid 1 VWEU.

³⁷ Het primaat van de wetgever is ook neergelegd in de *Aanwijzingen voor de regelgeving*, met name in de aanwijzingen 2.19-2.23.

³⁸ Zie ook de *Aanwijzingen voor de regelgeving* 2.35-2.40.

³⁹ Hirsch Ballin 2015.

Het zijn die abstracte constitutionele noties als democratie en binding aan rechtsstatelijke eisen die een duurzaam draagvlak – legitimiteit – proberen te geven aan een overheid die de samenleving op een wijze stuurt als nooit tevoren. Dit is ook relevant voor de ontwikkeling naar meer responsiviteit en maatwerk. Een onderdeel van deze ontwikkeling is het – nog meer – ruimte laten voor het bestuur teneinde daarmee beleid en beslissingen mogelijk te maken die aansluiten bij de wensen en belangen van de burgers. Dit is een nobel streven dat aansluit bij ons genuanceerder burgerbeeld, maar betekent in de praktijk – in lijn met de hierboven besproken tendens naar gouvernementaliteit - ook dat het bestuur zich in zijn reactie op de gekregen beoordelingsruimte kan onttrekken aan de controle die voor de legitimiteit van zijn handelen zo wezenlijk wordt geacht. Het bestuur wordt hiermee nog machtiger.

Tegelijkertijd moet het beeld van ‘het machtige bestuur’ worden genuanceerd. Uit de recente onderzoeken naar de grote uitvoeringsorganisaties doemt het beeld op van een bestuur dat door de democratisch gelegitimeerde wetgever regelmatig met een onuitvoerbare bestuurstaak wordt belast. Het bestuur is dan wel machtig, maar zit ook regelmatig klem:

“In het parlement is er druk om zoveel mogelijk voor specifieke groepen iets te regelen. En bij een nieuwe maatregel worden bestaande gebruikers veelal ontzien. Ook bij vereenvoudiging van regelingen mag omwille van politiek draagvlak niemand erop achteruitgaan. De oude regeling blijft dan voor bestaande gebruikers in stand met als gevolg dat er in de uitvoering tot in lengte van jaren verschillende groepen naast elkaar blijven bestaan. Om politiek draagvlak te verkrijgen in het versplinterde politieke landschap hebben bewindslieden de neiging om mee te bewegen met de Tweede Kamer. Het is de stapeling van ogenschijnlijk kleine beslissingen die uiteindelijk leidt tot verdere complicering”⁴⁰

Een brede beweging naar ‘meer maatwerk’ kan in deze politieke dynamiek ertoe leiden dat de wetgever nog minder onwelgevallige keuzes maakt, waarbij die uiteindelijk worden doorgeschoven naar het bestuur, dat tegen de grenzen van zijn capaciteit en financiële budget aanloopt. Maatwerk in het belang van de burger is mooi; maatwerk als ontsnappingsroute voor een wetgever / politiek die voor burgers nadelige besluiten niet in de politieke arena durft te nemen, doet afbreuk aan de legitimatie van overheidsoptreden.

In lijn hiermee bestaat tot slot het risico dat de burger meer gaat verwachten dan mogelijk zal zijn. Immers: de capaciteit en middelen van het bestuur zijn niet voldoende om in alle gevallen steeds een passende houding en uitkomst te kunnen garanderen. In het actief en zichtbaar streven hiernaar kan de burger steeds meer de rol van een klant (burger-als-klant) gaan spelen, en ervan uitgaan dat ook hij of zij een individuele behandeling krijgt. Dit kan tot gevolg hebben dat in plaats van participatie bij de voorbereiding van algemene regels of besluiten en beïnvloeding van de samenstelling van politieke organen, burgers hun energie eerder gaan steken in het verkrijgen van een tot hen gerichte eindbeslissing. Niet uitgesloten is dat het klantperspectief dan op den duur het participatieperspectief gaat verdrukken.

⁴⁰ ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering* 2020, p. 33.

Maatwerk heeft dus de potentie zowel een positieve als negatieve invloed uit te oefenen op legitimiteit. Streeft het bestuur steeds naar oplossing van het concrete geval, dan staat dat tot op zekere hoogte in de weg aan vergaande bestuurlijke regelgeving. Daarbij komt dat, zeker wanneer maatwerk wordt opgevat als het komen tot evenredige oplossingen in lijn met *de bedoeling* van de wet het bestuur dichterbij de (democratisch gelegitimeerde) uitgangspunten van de wet blijft. Daartegenover staat dat maatwerk als overkoepelend adagium kan leiden tot willekeur. Om dat te voorkomen kan ook bij vagere regelstelling de behoefte bestaan aan ‘houvast’ (beleid) voor de betrokken ambtenaren. Inderdaad, de wens om *op grote schaal* maatwerk te leveren kan nu juist weer resulteren in een veelheid aan gedetailleerde (beleids)regels en digitale instrumenten.⁴¹ Een teveel daarvan kan bijdragen aan vervreemding als onduidelijk wordt hoe de overheid heeft beslist en zij daardoor haar ‘gezicht’ verliest.⁴²

De bovenstaande overwegingen kunnen uiteraard niet tot de conclusie leiden dat het streven naar maatwerk niet zinvol of wenselijk is. Wel geven ze nog eens aan dat er ook nadelen aan verbonden kunnen zijn en (vooral) dat van het bestuur niet *steeds* maatwerk moet worden verwacht, terwijl de wetgever nog verder naar de achtergrond verdwijnt. Dat maatwerk *in bepaalde gevallen* heel wenselijk en zelfs ook verplicht kan worden geacht, blijkt uit een aantal ontwikkelingen met betrekking tot grond- en mensenrechten. Ook geven deze aanwijzingen voor het identificeren van de gevallen waarin dit zo zal zijn.

2.1.3. Mensenrechtelijke aspecten

2.1.3.1. Een recht op behoorlijk bestuur

Een aantal grond- en mensenrechtelijke aspecten is voor een grondig onderzoek naar maatwerk in het bestuursrecht relevant. Om te beginnen is daar het steeds belangrijker worden van het ‘recht op behoorlijk bestuur’. In artikel 41, eerste lid, Handvest staat: ‘Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie wordt behandeld.’ In het tweede lid wordt duidelijk dat het hierbij met name gaat om het recht om gehoord te worden, om inzage te krijgen in het dossier, en de plicht om te motiveren. Als zodanig vormt dit artikel een belangrijke stap in de richting van de constitutionele verankering van een recht op behoorlijk bestuur. Dat kan belangrijk worden geacht als we kijken naar de groei van het takenpakket van het bestuur zoals hierboven besproken en de impact die het daarmee heeft op ieders leven. De Nederlandse Grondwet besteedt – anders dan sommige andere grondwetten – weinig expliciete aandacht aan het bestuur, en in elk geval niet in de context van de individuele rechten die erin zijn opgenomen.⁴³

⁴¹ Zoals ook de Afdeling advisering van de Raad van State constateert in Raad van State, *Effecten van digitalisering* 2017, p. 6-7.

⁴² Van Eck 2018. In dit onderzoek blijkt dat de gebruikte beslisregels bij geautomatiseerde besluitvorming simpelweg niet beschikbaar zijn in een vorm die inhoudelijk onderzoek mogelijk maakt. Onzichtbaarheid speelt ook bij de doorwerking van geautomatiseerde ketenbesluiten.

⁴³ Het bekendste voorbeeld is de Constitutie van Zuid-Afrika, zie art. 33 waarin een individueel recht op ‘just administrative action’ is neergelegd. Zie voor de waarden en beginselen van het bestuur ook art. 195. Zie ook Corder 2020, 493-506.

Volgens Julicher zou dit moeten veranderen, al was het maar omdat ook andere bronnen de bestuursfunctie onvoldoende normeren: ‘De normering in instrumenten als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb), de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Handvest en het EVRM is namelijk onvoldoende toegesneden op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die de bestuurstaak zo hebben doen groeien.’⁴⁴ Zij stelt de volgende bepaling voor: ‘Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.’⁴⁵ Dit zou de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet evenals de juridische vangnetten die op dit moment al bestaan versterken. Het zou een stevige basis bieden om de beginselen van behoorlijk bestuur verder te ontwikkelen, minder afhankelijk te zijn van het besluitbegrip en verschillende lacunes in de bescherming op Europees niveau oplossen.⁴⁶

Wat hier ook precies van zij, een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur hebben we in Nederland thans niet. Wat de discussie wel laat zien, is dat er een tendens is van erkenning van de toegenomen en vergaande rol van het bestuur en de noodzaak die te normeren.⁴⁷ Zeker normen als ‘billijkheid’ en ‘behoorlijkheid’ duiden op het belang van evenredigheidseisen aan het handelen van bestuursorganen.⁴⁸ Het perspectief van een individueel recht koppelt dit aan de positie van de burger: de behandeling of de genomen beslissing dient vanuit zijn of haar perspectief en in het licht van individuele belangen behoorlijk te zijn. De link met het belang van maatwerk kan vervolgens vrij gemakkelijk worden gelegd.

2.1.3.2. *Mensenrechten: procedurele en inhoudelijke eisen*

Het is de afgelopen decennia meer dan duidelijk geworden dat mensenrechten op veel bestuursrechtelijke terreinen van toepassing zijn. Dat deze invloed inmiddels zo overduidelijk is, komt met name door de steeds ruimere uitleg die aan de rechten uit het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) wordt gegeven. Denk aan artikel 8 EVRM, dat het recht op respect voor privé- en familielevens en de woning beschermt, en als zodanig van toepassing is op jeugdzorgkwesties, milieumaatregelen en -overlast, en huisvestingsbeleid. Ook artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM speelt een grote rol nu het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft bepaald dat ook uitkeringen (of ze nu op premies zijn gebaseerd of niet) als ‘eigendom’ kunnen worden aangemerkt en aldus bescherming verdienen. Maar hoe is dit nu precies relevant voor een discussie over maatwerk? In dit kader is een aantal ontwikkelingen in de interpretatie van mensenrechten van belang:

⁴⁴ Julicher, *NTB* 2019/44, p. 441.

⁴⁵ Idem, p. 448.

⁴⁶ Bijvoorbeeld doordat de EVRM-bescherming gepaard gaat met een ruime margin of appreciation, terwijl het Handvest een beperkt toepassingsbereik heeft, namelijk alleen wanneer Unierecht ten uitvoer wordt gebracht.

⁴⁷ Zie ook par. 2.1.2.

⁴⁸ Vgl. bijv. ook Ortlep 2020, p. 26.

Proceduralisering van mensenrechten

Mensenrechten die naar hun aard materieel van aard zijn, zoals het recht op leven en het recht op privéleven, brengen ook procedurele eisen met zich. Deze procedurele eisen komen sinds enkele jaren steeds vaker centraal te staan in de rechterlijke toetsing aan die rechten.⁴⁹ Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Het recht op respect voor de woning (artikel 8 EVRM) wordt door het EHRM ruim uitgelegd en biedt ook bescherming ingeval van illegale bewoning. In plaats van te oordelen of het ontruimen van woonplekken zonder daarbij te voorzien in alternatieve opties voldoet aan de eis van proportionaliteit, en dus ‘materieel’ door de beugel kan, stelt het EHRM zich terughoudend op en kijkt het of er op nationaal niveau door de autoriteiten een goede afweging is gemaakt waarbij de belangen van de betrokkenen daadwerkelijk zijn afgewogen. Zo luidt de conclusie dan dat sprake is van een schending van artikel 8 EVRM nu de individuele belangen niet voldoende in ogenschouw zijn genomen.⁵⁰

Concreet houdt deze proceduralisering van de rechterlijke toetsing in dat het EHRM niet een vooraf bepaalde materiële uitkomst verlangt, maar de taak van het komen tot een materieel proportionele (evenredige) uitkomst bij de nationale autoriteiten legt. Gekeken wordt hoe het bestuur (en soms ook de wetgever of de nationale rechter) handelt en of in de procedure daadwerkelijk sprake was van een afweging van de aan de orde zijnde belangen.⁵¹ ‘Maatwerk’ sluit per definitie aan bij een mensenrechtelijk perspectief, nu hier ‘autonomie’ en ‘menselijke waardigheid’ centraal staan evenals de behoeften van individuen en een gelijke behandeling die aansluit bij relevante verschillen. Maar met deze focus wordt het bieden van maatwerk in de vorm van een individuele afweging dus ook expliciet verlangd *als* mensenrechtelijke eis. Daarbij zal het EHRM de nationale autoriteiten de ruimte laten om de afweging te maken, en de uitkomst daarvan in beginsel respecteren, maar wel goed in de gaten houden of de relevante belangen daadwerkelijk zijn meegenomen en controleren of de uitkomst niet evident onevenredig is.

Kernrechtbescherming en kwetsbare individuen en groepen

Bovenstaande kan de vraag oproepen of in alle inmengingen in mensenrechten maatwerk een rechtsplicht is. Gezien de ruime reikwijdte van verschillende EVRM-rechten – die bovendien grotendeels overeenkomen met de rechten uit het Handvest waaraan vervolgens dezelfde interpretatie kan worden gegeven – zou de indruk kunnen ontstaan dat altijd een individuele afweging in het licht van *alle omstandigheden van het geval* mag worden verlangd. Is dit zo en

⁴⁹ Vgl. Gerards & Brems 2017; De Jong 2017.

⁵⁰ Voor een voorbeeld, zie EHRM 17 oktober 2013, appl. no. 27013/07 (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*), EHRC 2014/31, m.nt. Henrard, waarin het EHRM de Staat op de vingers tikte omdat in de (gemeentelijke) besluitvorming geen sprake was geweest van een proportionaliteitstoets waarin de aan de orde zijnde belangen waren meegenomen.

⁵¹ Dit uit zich ook in eisen van ‘good governance’, bijvoorbeeld bij ontneming of regulering van eigendom. Zie bijv. EHRM 15 september 2009, appl. no. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), ro. 51: ‘[t]he principle of “good governance” requires that where an issue in the general interest is at stake it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency.’

is dit haalbaar? Ook hier biedt de EVRM-rechtspraak enkele aanknopingspunten. Naast de *margin of appreciation* en het feit dat positieve verplichtingen geen onmogelijke last op de Staat mogen leggen, differentieert het EHRM ook regelmatig binnen een bepaald recht. Bijvoorbeeld: als het gaat om een uitkering die een bestaansminimum moet garanderen is het waarschijnlijk dat een flinke korting daarop een grote impact heeft op iemands leven. Het gaat dan om fundamentele belangen en juist dan mag van de overheid worden verwacht dat de individuele omstandigheden expliciet bij dat besluit worden betrokken om ervoor te zorgen dat de uitkomst niet onevenredig is.⁵² Als het gaat om het al dan niet toekennen van een kleine subsidie door gebruikmaking van een simpel online formulier, hoewel een dergelijk besluit wel degelijk kan raken aan bijvoorbeeld het recht op privéleven, gaat het niet om de kern van dat recht en kan het geringe individuele belang rechtvaardigen dat in plaats van maatwerk, (in eerste instantie) een geautomatiseerd systeem op de aanvraag besluit.

In lijn hiermee dient niet alleen bij fundamentele belangen maar ook wanneer het gaat om kwetsbare personen en groepen extra aandacht te worden besteed aan de individuele belangen.⁵³ Hierbij moet zeker niet alleen worden gedacht aan minderheden zoals bepaalde religieuze groepen, maar ook aan ‘personen die afhankelijk zijn van de Staat’.⁵⁴ Daarbij kan gedacht worden aan kinderen in een lastige thuissituatie, vreemdelingen die niet mogen werken, of minima die voor hun bestaanszekerheid afhankelijk zijn van de overheid. Het kan bijvoorbeeld ook gaan om mensen met ontoereikende capaciteiten om zich een weg te banen door lastige overheidsdocumenten of procedures. Ook hierin kan dus een aanleiding gevonden worden om te differentiëren: tussen fundamentele en minder fundamentele belangen, maar ook tussen vaardige en mondige burgers die zichzelf goed weten te redden, en hen die minder beschikken over doenvermogen en minder goed voor zichzelf kunnen opkomen, terwijl ze nu juist wel afhankelijk zijn van de Staat.

Al met al gaat het hier om de algemene aanwijzing dat mensenrechten, zeker wanneer het gaat om fundamentele belangen en kwetsbare individuen, een vorm van maatwerk verlangen. Deze taak hoeft niet altijd bij het bestuur te liggen en een goed stelstel van regelgeving kan het meeste werk doen. Ook is er altijd een taak voor de rechter om aan de bel te trekken, indien individuele uitkomsten onverenigbaar zijn met rechtsreeks werkende mensenrechtennormen. Maar daartussenin ligt zeker wel een taak voor het bestuur, dat zijn ogen niet kan sluiten voor onevenredige besluiten en de belangen van de burger. Juist in tweepartijengeschillen – en er dus geen derde partijen bij de besluitvorming betrokken zijn – en als het gaat om de minder vaardige burger en/of zwaarwegende belangen, is een individuele beoordeling een rechtsplicht.

⁵² EHRM 7 maart 2017, appl. no. 8263/15 (*Baczúr t. Hongarije*); Leijten, *European Journal of Social Security* 2019, p. 307-325.

⁵³ Perioni en Timmer, *International Journal of Constitutional Law* 2013, p. 1056-1085.

⁵⁴ Zie bijv. EHRM (GK), appl. no. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*)

2.1.4. Differentiëren: categoriseren of contextualiseren?

De in de vorige paragrafen omschreven ontwikkelingen plaatsen het bestuursrecht voor een dilemma.⁵⁵ Responsiviteit en mensenrechtelijke inzichten vragen om steeds meer maatwerk. Binnen die ontwikkeling kan het bestuursrecht niet langer volstaan met algemene regels: in plaats van een uniforme aanpak voor alle gevallen, vereist maatwerk juist een zekere mate van differentiatie. Maar dat levert nu juist spanning op met de uitgangspunten van het bestuursrecht, dat met die algemene regels de overheid probeert te binden aan democratische en rechtsstatelijke legitimiteit en burgers rechtszekerheid en rechtsgelijkheid probeert te bieden

Een intuïtieve oplossing is het bereiken van differentiatie door het maken van categorieën van gevallen, zoals Damen doet in zijn voorgestelde bestuursrecht van ‘twee gestrengheden’.⁵⁶ Bij besluiten waarbij meerdere partijen zijn betrokken, kan niet zomaar van de regels of van al genomen besluiten worden afgeweken. Bij (financiële) tweepartijenbesluiten, zoals veel beschikkingsfabrieken die nemen, kan minder ‘streng’ worden omgegaan met regels, omdat dan alleen de rechtszekerheid van de overheid in het geding is. Dat heeft als voordeel dat er gedifferentieerd wordt, terwijl de vraag of en hoe maatwerk geboden gaat worden toch op voorhand kan worden beantwoord. Dat is tegelijkertijd ook een nadeel: het risico bestaat dat simpelweg het oude concept van ‘autonoom recht’ wordt voortgezet, maar dan in een iets losser jasje. Een andere aanpak is een meer contextuele afweging waarin per geval wordt bekeken in hoeverre maatwerk kan of moet worden geboden. Dat heeft als evident nadeel dat minder rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en binding aan algemene normstelling wordt geboden. Toch vergt een echte omslag naar meer maatwerk misschien juist wel het besef dat we niet het onmogelijke kunnen vragen: het bestuursrecht kan niet én responsief en flexibel zijn én uniformiteit bieden.

Voor de meer procedurele vraagstukken van het bestuursrecht kan een tweegestrenghedenaanpak onzes inziens nuttig zijn. Vaak gaat het om de vraag of alsnog een inhoudelijk oordeel over de zaak kan worden gegeven, of dat de rechtszekerheid zich daartegen verzet (zoals bij termijnen, formele rechtskracht of de onderdelenfuik). De conflicterende belangen zijn vrij overzichtelijk, waarbij op voorhand een keuze kan worden gemaakt in geschillen met twee of meer partijen. Zo kan een relativering van bijvoorbeeld de formele rechtskracht of ontvankelijkheidsvereisten zoals termijnen in tweepartijengeschillen een ventiel bieden voor de strenge uitwerking daarvan. Aan de andere kant laat onze analyse richting meer responsiviteit (en het belang van procedurele rechtvaardigheid in paragraaf 2.2.1) burgers in het meerpartijenprocesrecht niet onberoerd: ook zij zullen willen ervaren dat met aandacht en zorg naar hun belangen is gekeken.

De vraag wat een besluit qua materieel rechtsgevolg moet opbrengen en in hoeverre daarbij maatwerk is vereist, is daarentegen veel moeilijker a priori te beantwoorden. Het bieden van materieel maatwerk gebeurt voornamelijk over de band van het evenredigheidsbeginsel. De relevante vraag is dan vooral in hoeverre er altijd sprake kan of moet zijn van een inventarisatie

⁵⁵ Zie over dit dilemma Van den Berge 2020, p. 9-10.

⁵⁶ Zie uitgebreid Damen, *NTB* 2020/2.

van alle aanwezige belangen en een daarop toegespitste afweging. Voor die vraag biedt een categorisering in twee- en meerpartijengeschillen geen antwoord. Waar bij procedurele vraagstukken de afweging van rechtszekerheid en rechtsbescherming prominent aanwezig is, spelen bij de inkleuring van het evenredigheidsbeginsel veel meer dimensies een rol. Een onderscheid naar twee- en meerpartijenbestuursrecht levert dan een raar beeld op: ‘soepel’ bestuursrecht met maatwerk in tweepartijengeschillen en ‘streng’ bestuursrecht met beperkt maatwerk in meerpartijengeschillen. Dat sluit weinig aan bij de praktijk en de aard van de belangen die spelen. Bij uitstek in het meerpartijenbestuursrecht, zoals het omgevingsrecht, zien we dat de wettelijke ruimte voor maatwerk groot is, juist omdat de diversiteit in aanvragen groot is en er zoveel verschillende belangen moeten worden meegewogen. In het tweepartijenbestuursrecht is bij uitstek sprake van vele vergelijkbare aanvragen en massale beschikkingverlening, waarbij de capaciteit voor maatwerk beperkt is. Bovendien kunnen ook in tweepartijengeschillen zwaarwegende algemene belangen in het geding zijn die zich tegen maatwerk verzetten, zoals bijvoorbeeld bij het wapenverlof. Materieel maatwerk laat zich onzes inziens dan ook niet zinnig verdelen langs de lijnen van twee- en meerpartijenbestuursrecht, maar vraagt veel meer om een contextuele afweging. Dat verandert het bestuursrecht: dat kan niet altijd stellige uniforme regels formuleren. Om willekeur te voorkomen en daadwerkelijk maatwerk te bevorderen, zal een meer beginselgeleide materiële inkleuring van regels nodig zijn.

Bij het uitvoeren van wetgeving moet steeds een balans worden gezocht tussen algemene normstelling en individuele rechtvaardigheid. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, gelijkheid en democratische legitimiteit zal het steeds wenselijk blijven te besturen aan de hand van algemene regels. Toch kan dat niet het hele verhaal zijn. Juist in zogeheten ‘beschikkingsfabrieken’ is het risico groot dat het individuele belang verdwijnt in het systeem. Uit het mensenrechtenperspectief volgt dat de aanwezigheid van grote belangen, of kwetsbare burgers, meer van het bestuur kan vragen te laten zien dat het een evenredig besluit heeft genomen. Dan is het niet genoeg te wijzen op het belang van efficiëntie of de letterlijke tekst van de wet. Waar sommige wetten expliciet de wilsuiting van regering en parlement als democratische wetgever vormen, worden ook wetten ook aangenomen zonder wezenlijk parlementair debat,⁵⁷ of op basis van ondoorzichtige compromissen. Bovendien is de tekstuele formulering van de wet niet alleszeggend, maar is vaak een teleologische interpretatie vereist. In een responsieve rechtsorde handelt het bestuur naar de ‘wil van de wetgever’, waarbij het een eigen verantwoordelijkheid heeft om de bedoeling van wetgeving tot uiting te brengen. Het doel van de wetgeving kan vergen dat bepaalde wettelijke termen in dit ene geval ruimhartiger worden geïnterpreteerd (bijvoorbeeld of de mantelzorger een ‘huishouden’ vormt met degene voor wie hij of zij tijdelijk zorgt), of zelfs dat van de gebonden bevoegdheid in dit ene geval wordt afgeweken (zie nader paragraaf 3.1).

⁵⁷ Denk aan de beruchte SyRi- wetgeving waardoor burgers door data-analyse worden geprofileerd op frauderisico, die als hamerstuk door het parlement is aangenomen.

2.2. Concrete vraagstukken

In de vorige paragraaf besteedden we aandacht aan veranderingen in het recht en veranderende visies op het recht, die implicaties hebben voor maatwerk. In deze paragraaf belichten we meer contextuele factoren die de behoefte aan maatwerk doen ontstaan of mogelijk belemmeren.

2.2.1. Procedurele rechtvaardigheid en procesgedrag

2.2.1.1. Procedurele rechtvaardigheid

Verschillende vragen die de opdrachtgever in dit rapport beantwoord wenst te zien, bevragen het vermogen van procedures om geschillen te voorkomen of vroegtijdig op te lossen. Kan de besluitvormingsprocedure of de bezwaarfase zo worden ingericht dat zo min mogelijk geschillen ontstaan? Enerzijds kan dat doel worden benaderd door met de grootste zorgvuldigheid besluiten ‘in een keer goed’ te nemen, anderzijds kan dat doel worden behartigd door die aspecten in de procedure aan te zetten, waarvan bekend is dat zij de ervaren rechtvaardigheid door de burger en zijn of haar acceptatie van het besluit vergroten. In de eerste zin moeten procedures leiden tot besluiten die aansluiten op de individuele omstandigheden en belangen, in de tweede zin moeten zij daarnaast als procedureel rechtvaardig worden beleefd. De beantwoording van de onderzoeksvragen vergt daarmee inzicht in sociaalwetenschappelijke studies naar procedurele rechtvaardigheid en procesgedrag.⁵⁸

Procedurele rechtvaardigheid gaat om de *ervaren* rechtvaardigheid van een procedure door de burger. Omdat veel burgers de rechtmatigheid van een besluit niet goed kunnen beoordelen, zullen zij zich vaak aan de hand van niet-juridische informatie een beeld vormen van de eerlijkheid van de procedure en het daaruit voortvloeiende besluit. Hoe eerlijker de burger de procedure ervaart, hoe eerder hij of zij vertrouwen heeft in het besluit en hoe minder aanleiding bestaat om rechtsmiddelen aan te wenden. Nu het om een subjectieve beleving gaat die contextafhankelijk is, kan niet gemakkelijk een vast rijtje worden gegeven van elementen waaraan een procedure moet voldoen, opdat de burger haar als ‘eerlijk’ ervaart.⁵⁹ Het gaat om de ‘totaalbeleving’. Toch gaat men er in het algemeen vanuit dat participatie (*voice & consideration*), neutraliteit en betrouwbaarheid van de beslisser, een respectvolle bejegening en informatie over procedure en mogelijke uitkomst (*explanation*) leiden tot een grotere rechtvaardigheidsbeleving bij de burger.⁶⁰

In de wetenschap is uitgebreid gediscussieerd over de vraag hoe procedurele en distributieve rechtvaardigheid zich tot elkaar verhouden en hoe groot de invloed hiervan is op de keuze van burgers om rechtsmiddelen in te stellen.⁶¹ Voor dit rapport nemen we tot uitgangspunt dat beide noties zelfstandige doelen vormen. Bij distributieve rechtvaardigheid

⁵⁸ Het idee van *procedural justice* is onder meer afkomstig uit het werk van Tyler (1990). Zie bijv. ook Lind & Tyler 1988 voor een psychologische duiding. Zie voor een onderzoek naar de ervaren procedurele rechtvaardigheid PCMO 4 2013; Van den Bos, Van der Velden & Lind, *ULR* 2014, p. 1-26.

⁵⁹ Van den Bos, Van der Velden & Lind 2014, p. 22; Marseille, *JV* 2016, i.h.b. p. 92.

⁶⁰ Zie o.a. Verburg 2019, p. 33-46; Wever 2020, p. 124-134.

⁶¹ Van den Bos e.a. 2017; Van Velthoven, *RM Themis* 2011.

gaat het om de rechtvaardigheid van de uitkomsten die aan mensen worden toebedeeld. Voor juristen ligt dat vraagstuk dicht aan tegen de vraag of een burger op basis van het recht een bepaalde aanspraak of een bepaalde plicht heeft en of het besluit rechtmatig is. Geen jurist zal ontkennen dat dit een zelfstandig belang van juridische procedures is. Materieel maatwerk kan voor die distributieve rechtvaardigheid nodig zijn. Ook procedurele rechtvaardigheid dient een zelfstandig belang.⁶² Uit vele onderzoeken blijkt dat ervaren procedurele rechtvaardigheid het vertrouwen in de overheid versterkt en de acceptatie van beslissingen vergroot (het ‘*fair process effect*’).⁶³ De burger wordt niet alleen in technische zin recht gedaan, maar *ervaart* dat ook zo. Het *fair process effect* – of het ontbreken daarvan, kan ook gevolgen hebben op de langere termijn, zoals de mate van naleving van de uitspraak of het opnieuw aanspannen van procedures. De overheid die ernaar streeft geschillen zoveel mogelijk te voorkomen, zal ook moeten investeren in de eerlijke *beleving* door burgers, opdat zij het besluit als legitiem ervaren. Een procedure die weliswaar een rechtmatig besluit oplevert, maar waar een burger weinig van begrijpt en waar hij ook weinig vertrouwen aan ontleent wat accuraatheid en betrouwbaarheid betreft, zal vele geschillen blijven genereren. Burgers die de procedure als onrechtvaardig ervaren, zullen eerder geneigd zijn door te procederen.⁶⁴ Procedureel maatwerk dat inzichten in procedurele rechtvaardigheid incorporeert, vormt daarmee een zelfstandig belang.

2.2.1.2. *Procesgedrag*

De afgelopen jaren zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd naar de ervaringen van burgers met de Awb-procedures en naar hun procesgedrag. De bevindingen die specifiek zien op de bezwaarfase komen aan bod bij de concrete beantwoording van de onderzoeksvragen in hoofdstuk 3. Over proceservaringen en procesgedrag kunnen enkele algemene opmerkingen worden gemaakt. Uit vele onderzoeken blijkt dat burgers meer tevreden zijn over de procedure als zij hun zaak winnen (hun bezwaar of beroep wordt gegrond verklaard, waarna het besluit op een voor hen gunstige manier wordt bijgesteld).⁶⁵ Juist voor degenen die geen gelijk krijgen in bezwaar of beroep, kan de ervaren procedurele rechtvaardigheid verschil maken in de acceptatie van het oordeel.⁶⁶

Hoe een overheid haar juridische procedures ook inricht, er zal altijd worden geprocedeerd. Niet alleen omdat er foutieve besluiten worden genomen of omdat de motivering van het besluit onbegrijpelijk is, maar ook omdat de meeste mensen hun eigen kansen in juridische procedures overschatten.⁶⁷ Bijstand door een rechtshulpverlener, of een advies van een expert, kan helpen om tot meer reële verwachtingen te komen, ook al blijft overschatting

⁶² Van den Bos, Van der Velden & Lind, *ULR* 2014, p. 21.

⁶³ Zie voor een onderzoek naar PCMO en ervaren procedurele rechtvaardigheid PCMO 4 2013; Van den Bos e.a. 2014. Vgl. ook Verburg 2019, p. 33-46 en Brenninkmeijer e.a. *NJB* 2019/2051, p. 46, over de relatie tussen vertrouwen en procedurele rechtvaardigheid.

⁶⁴ Boekema 2015, p. 82.

⁶⁵ Laemers e.a., *Derde Evaluatie Awb* 2007, p. 67; Van Velthoven, *RM Themis* 2011.

⁶⁶ Zie ook Boekema 2015, p. 154.

⁶⁷ Zie voor een overzicht van verschillende psychologische onderzoeken Boekema 2015, p. 69-70 en p. 161 voor een bevestiging van de overschatting van de eigen proceskansen.

een menselijke eigenschap. Een ander relevant sociaalwetenschappelijk fenomeen is dat mensen eerder geneigd zijn om een bepaalde actie te ondernemen als zij daarin al veel tijd, moeite en geld hebben geïnvesteerd (*sunk cost effect*). Is bijvoorbeeld eenmaal de keuze gemaakt om te procederen, dan kan een burger geneigd zijn om procedures toch maar door te zetten, omdat hij hoopt dat bij een gunstige einduitkomst hij het geïnvesteerde alsnog terugverdient. Hoe groter de investering, hoe aannemelijker dit effect is om een eenmaal ingeslagen weg te vervolgen.⁶⁸ Maatwerk ‘aan de voorkant’ zou dit *sunk cost effect* aanzienlijk kunnen verminderen. Een ander interessant empirisch gegeven uit het uitgebreide onderzoek van Boekema naar procederende burgers in het Nederlandse bestuursrecht, is dat de meerderheid in haar steekproef een *repeat-player* vormt. Meer dan de helft van de procesdeelnemers aan de rechtbankprocedure had eerder een procedure bij de rechtbank gehad.⁶⁹ Burgers met meer proceservaring gaan ook eerder in hoger beroep.⁷⁰ Verder bevestigt het onderzoek dat in de groep procederende burgers mannen van middelbare leeftijd of ouder oververtegenwoordigd zijn.⁷¹ Ook procederen hoogopgeleiden gemiddeld vaker, al varieert dat zeer per type besluit dat centraal staat.⁷² Juridische procedures zijn niet als vanzelf inclusief. Is voor maatwerk binnen besluitvorming of procedure een sterke inspanning van de burger nodig, dan doen deze empirische gegevens over procesgedrag vermoeden dat niet alle groepen in de samenleving daar als vanzelf even sterk van profiteren en de weg naar maatwerk weten te vinden.

Voor veel burgers is het lastig om een goed beeld te krijgen van hun juridische positie. Uit onderzoek blijkt dat zij vaak niet goed op de hoogte zijn van de inhoud van wet- en regelgeving en, ook als ze dat wel zijn, ze moeite hebben om die regel op hun concrete geval toe te passen. Uit onderzoek van Marseille naar burgers met een werkloosheid- of bijstandsuitkering blijkt bijvoorbeeld dat maar een derde van de respondenten een goed beeld heeft van de regels omtrent scholing. Door 2% van de ondervraagden werd de wet geraadpleegd om informatie aan te ontlene.⁷³ Uit dat onderzoek bleek ook dat ongeveer 60% informatie inwint bij het bestuursorgaan en dat 14% naar schriftelijke juridische informatie zocht.⁷⁴ De informatie die vanuit het bestuursorgaan wordt verstrekt, blijkt voor burgers een van de belangrijkste bronnen van informatie.⁷⁵ Ook informatie van andere burgers in dezelfde situatie kan een bron zijn bij het beoordelen van beslissingen van de overheid (en de beleving van de rechtvaardigheid van het oordeel in de eigen zaak). De wetgever of het bestuur die/dat maatwerkprocedures wil inrichten, doet er goed aan zich te realiseren hoe lastig informatie van juridische aard voor burgers te gebruiken is en dat naast schriftelijke informatie ook behoefte bestaat aan andersoortige informatie.

⁶⁸ Boekema 2015, p. 70.

⁶⁹ Boekema 2015, p. 116.

⁷⁰ Boekema 2015, p. 169.

⁷¹ Boekema 2015, p. 108.

⁷² De Jong 2004, p. 104; Van Velthoven & Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta* 2010, p. 85; Boekema 2015, 114.

⁷³ Marseille 1993, p. 197-202.

⁷⁴ Marseille 1993, p. 202.

⁷⁵ Boekema 2015, p. 75.

Een overheid die wil voorkomen dat vermijdbare geschillen ontstaan, dient te investeren in procedures die burgers als rechtvaardig ervaren. Dat zou mede het doel van besluitvormingsprocesrecht moeten zijn. Maatwerk aan de voorkant heeft een grote potentie om toekomstige geschillen te voorkomen, niet alleen omdat bezwaar uitblijft, maar ook vanwege het *fair-process-effect* op langere termijn. Procedures zijn niet als vanzelf inclusief. Maatwerk heeft de potentie de inclusiviteit te verhogen, maar alleen als initiatief, inspanningsverplichting en bewijslast niet te sterk op de burger komt te rusten.

2.2.2. Professionalisering

2.2.2.1. Professionalisering uitvoering

Of een streven naar procedurele rechtvaardigheid, het beïnvloeden van procesgedrag en voorzien in informatie succesvol is, hangt onder meer af van de mate waarin het bestuur zich inleeft in de burger. Wat zijn haar of zijn doelen en capaciteiten, hoe kan daarmee worden omgegaan? Juridische normering speelt hier slechts een bijrol – veel meer is van belang de cultuur van de uitvoeringsorganisatie en de middelen die daar ter beschikking staan. Als we in bepaalde gevallen meer maatwerk van bestuursorganen verwachten, moet ook worden gekeken naar organisatiestructuren, scholing en budget. Van belang is of oplossingsgericht denken wordt gestimuleerd en getraind, en of bepaalde targets hier niet aan in de weg staan.⁷⁶ De druk op uitvoeringsorganisaties is al enorm en het staat buiten kijf dat fundamentele aanpassingen nodig zijn, wil de uitvoering de verwachtingen waar kunnen maken.⁷⁷ Bij sterk gedigitaliseerde besluitvorming is er niet alleen behoefte aan technische ondersteuning en controle, maar ook aan kundige ambtenaren die maatwerkgevallen kunnen identificeren of die de consistentie van maatwerktoepassingen bewaken. Ook vraagt maatwerk in de uitvoering dat de juridische mogelijkheden daarvoor en verplichtingen daartoe bekend zijn – en dat, om aan te sluiten bij wat de wetgever beoogde met bepaalde regelstelling, dat doel voldoende kenbaar en toepasbaar is binnen de uitvoeringsorganisatie.

2.2.2.2. Ruimte voor de professional

Niet alleen de professionaliteit van de uitvoeringsorganisatie verdient aandacht, maar ook de mate waarin en de wijze waarop zij professionals inzet en welke rol het recht daarbij speelt. Traditioneel worden discretionaire bevoegdheden primair door politiek-beleidsmatige afweging ingevuld, maar steeds meer zien we dat die ruimte ‘aan de professional’ wordt gegeven. Daarbij kan worden gedacht aan artsen of andere deskundigen. In beide gevallen van discretie zullen de publieke beslissingen over de rechten en plichten van burgers met fundamentele waarborgen als zorgvuldigheid, evenredigheid, gelijkheid en rechtszekerheid moeten zijn omgeven. De vraag is of het huidige recht in staat is om deze waarborgen ook te garanderen als

⁷⁶ Vgl. ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, waaruit volgt dat de mate waarin uitvoeringsorganisaties aandacht geven aan maatwerk, aanzienlijk verschilt.

⁷⁷ ABDTopconsult, *Werk aan de uitvoering, Fase 1: Probleemanalyse* 2020.

ruimte wordt gegeven aan de professional en tegelijkertijd de professional niet te belemmeren in zijn of haar *professionele* besluitvorming.

De negatieve en positieve rol van het recht

Op het terrein van het sociaal domein bijvoorbeeld bestaat de ambitie – of zelfs de juridische plicht - om maatwerk te leveren op het niveau van besluitvorming en uitvoering. Om te beoordelen wat in een individueel geval de oplossing op maat is, is een belangrijke rol weggelegd voor professionals. Deze professionals beschikken over een specifieke niet-ambtelijke deskundigheid, zoals – in het geval van het sociaal domein - een achtergrond als sociaal werker, pedagoog of verpleegkundige.⁷⁸ Zij zijn naast ‘street level bureaucrat’ dus óók professional.⁷⁹ In hun specifieke deskundigheid ligt een waarborg voor zorgvuldige besluitvorming. Belangrijke voorwaarde is dat zij (discretionaire) ruimte krijgen om professionele inschattingen te maken en in te spelen op veranderende omstandigheden. Vanuit juridisch perspectief betekent dit dat professionals niet met (te gedetailleerde) regels en bureaucratie voor de voeten moeten worden gelopen. Dit is de negatieve rol van het recht: het recht moet vooral *laten*, ruimte geven. Het is vaak deze rol van het recht die de aandacht krijgt als het gaat om maatwerk.⁸⁰

Dat is maar één kant van de medaille. Daarnaast bestaat een *andere, positieve* rol voor het recht. Hoe kan het recht zorgen voor een zinvolle normering, opdat professionele oordeelsvorming tot haar recht komt en er verantwoordelijkheid wordt gedragen voor de door de professional gemaakt afweging?⁸¹ Dat is een lastig te beantwoorden vraag. Een mogelijke oplossingsrichting is om in te zetten op meer *professionalisering*. Met professionalisering bedoelen we de (kwalitatieve) verbetering/ontwikkeling van het beroep van de professional en de kennis en vaardigheden die daarbij horen. Het recht kan een rol spelen bij het actief organiseren van de juiste professionaliteit op de juiste plek onder de juiste voorwaarden. Dat is een taak die niet door wetgever, rechter of bestuur alleen kan worden opgepakt, maar vraagt vooral ook samenwerking met de beroepsgroep zelf.

Ruimte voor de professional betekent noodzaak tot professionalisering

Niemand zal ontkennen dat beslissingen die de rechten en plichten van burgers bepalen van voldoende kwaliteit moeten zijn. Dat geldt óók als wetgever of bestuur ervoor kiest om professionals te betrekken bij de uitoefening van deze bevoegdheden en daarbij deze

⁷⁸ Dit neemt natuurlijk niet weg dat bij elke ambtenaar binnen een overheidsorganisatie in meer of mindere mate sprake is van ambtelijke deskundigheid/professionaliteit door kennis en ervaring in de organisatie. Deze vorm van deskundigheid valt buiten deze paragraaf. Van Montfoort spreekt in het kader van het sociaal domein daarom ook van ‘beroepskracht’ in plaats van professional. Van Montfoort 2018, p. 25.

⁷⁹ Deze dubbelrol levert soms spanningen op. Zie o.a. Lipsky 1980, p. 189-190 en bijvoorbeeld Harrits 2019, p. 193-208

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019.

⁸¹ ‘Ruimte voor de professional’ heeft twee kanten. Het gaat enerzijds over de vraag hoe groot de (autonome) ruimte van de professional is om binnen de regels te beslissen. Anderzijds gaat het over de kwaliteit van de beslissingen die de professional neemt *binnen de gegeven ruimte*. Zie bijvoorbeeld Molander, Grimen & Eriksen 2012.

professionals (juridische) ruimte geeft. In dat geval is het voor de kwaliteit van de beslissing van belang wat de professional met deze gegeven ruimte doet. Dat is des te belangrijker naarmate de professional een grotere rol krijgt toebedeeld. Zo heeft een professional die 'vrijblijvend' advies wordt gevraagd een veel kleinere impact op de uiteindelijke beslissing dan een professional die als wettelijk verplichte deskundige wordt ingeschakeld of de professional die in mandaat de beslissing neemt.

Professionalisering ziet op kwaliteitsverbetering van de werkzaamheden van de professional. Welke opleidingseisen worden aan de professionals gesteld? Bestaan er registratie-eisen? Welke professionele richtlijnen hanteren zij voor het toekennen van voorzieningen en in welke mate zijn deze *evidence based*? Hebben zij kritische beroepsverenigingen? Is er voldoende tijd voor reflectie, intervisie en bijscholing? Zijn er controlemechanismen, als *second opinions* en tuchtrechtspraak? Deze aspecten kunnen alternatieve manieren zijn om zorgvuldige besluiten, waarover verantwoording kan worden afgelegd, te waarborgen. Professionalisering betekent overigens niet dat professionals geen fouten meer maken, maar wel dat de beroepsgroep beschikt over (collectieve) mechanismen van kwaliteitsbewaking.

Professionalisering is echter niet alleen belangrijk, het is een *noodzakelijke voorwaarde* om te rechtvaardigen dat een groep professionals juridische ruimte krijgt. Zonder normering en maatregelen vanuit de professie ontstaat ongenormeerde machtsuitoefening waar niemand voor verantwoordelijk kan worden gehouden. De (juridische) ruimte die de professional krijgt om te beslissen en de kwaliteit van de professionele beslissing binnen die ruimte moeten dus een wisselwerking op elkaar hebben. Naarmate de kwaliteit van de beslissingen van de professional meer gegarandeerd kan worden, is dat een argument om de juridische ruimte van de professional te vergroten. Andersom is het ook zo: als de kwaliteit van de beslissingen mager is, zou de juridische ruimte voor de professional kleiner moeten zijn. Op deze manier bekeken, is de mate van professionalisering een belangrijk element voor wetgever, bestuur en rechter bij de vraag in welke mate beslissingen aan professionals kunnen worden overgelaten.

Wetgever en rechter aan zet

Professionalisering in de zin van een toenemende rol voor deskundigen, is in eerste instantie iets wat de beroepsgroep moet doen, omdat het specifieke deskundigheid vereist. Professionele oordeelsvorming, als ook de verbetering daarvan, vraagt om een vorm van autonomie om de professie vorm te geven en naar professionele normen te kunnen handelen.⁸² Tegelijkertijd gaat professionele oordeelsvorming niet buiten het recht om als dit een noodzakelijke voorwaarde is om een groep professionals beslissingen te laten nemen die onder politiek-bestuurlijke verantwoordelijkheid vallen. Wetgever, rechter en bestuur hebben elk hun eigen rol om de juiste professionaliteit op de juiste plaats onder de juiste voorwaarden te organiseren.

In onze democratische rechtsstaat deelt de wetgever bestuursorganen bevoegdheden toe. De algemene eis in het bestuursrecht is dat bestuursorganen moeten zorgen voor een

⁸² Vgl. Bruin 2018, p. 8-9.

passende specifieke deskundigheid bij hun besluitvorming, eventueel met behulp van deskundigenadvies.⁸³ Het bestuursorgaan heeft de ruimte deze deskundigheid vervolgens te organiseren en tot op zekere hoogte op kwaliteit te controleren.⁸⁴ De bestuursrechter die als sluitstuk de besluitvorming van het bestuur beoordeelt, ziet de betrokkenheid van deskundigen veelal als een reden om afstand te bewaren en een procedurele toets te hanteren. De bestuursrechter is op deelterreinen zoekende naar manieren om deze toetsing te intensiveren.⁸⁵ Zowel wetgever als rechter maken dus ruim baan voor deskundigheid, maar laten het tot op zekere hoogte aan het bestuursorgaan om dit te normeren en organiseren. Het is de vraag of het bestuursorgaan dit altijd doet en daartoe ook in staat is.

Zowel wetgever als rechter zouden om ‘checks and balances’ op dit punt te versterken, meer werk kunnen maken van hun rol om de juiste professionaliteit op de juiste plaats en onder de juiste voorwaarden te krijgen. In de eerste plaats zou de centrale of lokale wetgever tijdens de politieke debatten over *maatwerk* in regelgeving expliciet aandacht moeten geven aan de benodigde professionaliteit bij bevoegdheden en welke randvoorwaarden daaraan worden gesteld.⁸⁶ Welk deel van de besluitvorming vraagt om een beoordeling met een specifieke deskundigheid en wat blijft een kwestie van politieke beleidskeuzen? De benodigde professionaliteit als ook de voorwaarden die daaraan gesteld worden, zouden zoveel als mogelijk als een expliciete voorwaarde moeten worden opgenomen in wetgeving. Ruimte geven aan professionals is op deze manier begrensd en *voorwaardelijk*. Het is vervolgens de bestuursrechter die bij individuele besluiten in de gaten moet houden of er daadwerkelijk sprake is van de juiste (mate van) professionaliteit.

Reality check: de (on)mogelijkheden van het recht

Tegelijkertijd is dit natuurlijk eenvoudiger gezegd dan gedaan en is het recht maar beperkt een antwoord op hoe professionals gebruik maken van de ruimte. Sturing is ook afkomstig van andere factoren als de aard van de politiek-bestuurlijke organisatie, het functioneren van de beroepsgroep en praktische mogelijkheden. Daarom volgt hier een korte analyse van een aantal beperkingen en aandachtspunten, die dienen als nuance en verdieping op het bovenstaande. Een overheid die naar meer maatwerk streeft, dient acht te slaan op de wisselwerking tussen recht, organisatie en professionalisering.

⁸³ Onder artikel 3:2 Awb. Zie ook titel 3.3 Awb, welke gaat over een wettelijk verplichte externe deskundigenadvisering

⁸⁴ De zogenaamde vergewisplicht, die het bestuursorgaan verplicht zich ervan te vergewissen of de deskundige wel deskundig en onpartijdig is; het (deskundigen)onderzoek zorgvuldig is geweest en het rapport inzichtelijk en consistent is. Zie o.a. Ouweland 2019, p. 1-53.

⁸⁵ Bijvoorbeeld de verscherpingen van de toetsingskaders in ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365, m.nt. L.M. Koenraad & A.M.L. Jansen, RSV 2017/152, m.nt. W.A. Faas en CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen, AB 2017/366, m.nt. L.M. Koenraad, RSV 2017/151, m.nt. W.A. Faas; ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, AB 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks; ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1339, Gst. 2019/127, m.nt. N.H. van Amerongen).

⁸⁶ Dat zegt overigens niet dat dit helemaal niet gebeurt. Zie bijvoorbeeld de Kamervragen over deskundigheid in de toegang tot wmo-voorzieningen in *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, nr. 64, p. 67-68.

In de eerste plaats heeft de politiek-bestuurlijke context waarin de professional zich bevindt invloed op de wijze waarop de professional maatwerk verricht. Een professional die als poortwachter optreedt voor publieke voorzieningen en middelen is namelijk niet alleen professional maar ook ‘street level bureaucrat’, die deel uitmaakt van een publieke organisatie en het beleid van de organisatie uitvoert.⁸⁷ Deze invloed wordt bijvoorbeeld zichtbaar in hoe de organisatie omgaat met fouten. Hoe ontwikkeld professionele standaarden ook zijn en hoe integer een professional ook handelt, elke professional maakt wel eens ‘foutieve beslissingen’. Door beleid en politiek kan gestuurd worden welke soorten fouten meer gemaakt worden. Als politiek en beleid de nadruk erop leggen dat *iedereen* de hulp moet krijgen die hij/zij nodig heeft, dan wordt de professional gestimuleerd eerder hulp toe te kennen en kan dit leiden tot meer “onterecht toegekende hulp” (vals positief). Zijn politiek en beleid erop gericht dat niemand hulp krijgt die dat niet nodig heeft, dan vormt dit een stimulans eerder hulp te weigeren en kan dit leiden tot meer “onterecht geweigerde hulp” (vals negatief).⁸⁸ Op deze wijze werken de politiek-bestuurlijke en de professionele dimensie op elkaar in. Uitvoering meer op afstand van het politiek-bestuurlijke zou dan ook meer ruimte maken voor een professionele cultuur.

Ten tweede heeft het functioneren van de beroepsgroep grote invloed op de wijze waarop maatwerk wordt verricht. De beroepsgroep kan met allerlei maatregelen de kwaliteit van beslissingen verhogen⁸⁹ en houvast bieden aan de professional. Belangrijk is dat de professional weet welke normen en waarden *achter* de regels/protocollen zitten en de ruimte krijgt om gefundeerd af te wijken.⁹⁰ Als (duidelijke) kaders ontbreken, dan zal de professional zich meer op eigen normen moeten baseren. Professionalisering kent ook valkuilen. Zo kan de beroepsgroep de mogelijkheid om maatwerk te bieden ook ondermijnen door – net zo goed als de wetgever dat kan – te gedetailleerde regels en standaarden te ontwikkelen.

Deze achtergrondschets gaat maar beperkt de antwoorden bepalen op de gestelde onderzoeksvragen. Om maatwerk mogelijk te maken is een optie om meer ruimte te geven aan de professional. Professionele oordeelsvorming moet niet onnodig door gedetailleerde regelgeving en de politiek-bestuurlijke cultuur worden belemmerd. Het recht staat echter niet buiten spel. De ruimte voor de professional is namelijk niet onbegrensd of onvoorwaardelijk. In onze democratische rechtsstaat kan de wetgever alleen ruimte geven en de rechter kan alleen op afstand blijven van professionele oordeelsvorming als er sprake is van professionalisering, want anders dreigt al snel ongenormeerde publieke machtsuitoefening en willekeur. Er moet dus ook echt sprake zijn van professionele normen met bijbehorende waarborgen tegen onjuiste oordeelsvorming.

⁸⁷ Harrits 2019, p. 193-208.

⁸⁸ Van Montfoort 2019, p. 85-89.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld de maatregelen die genoemd worden in Molander, Grimen & Eriksen 2012, p.214-228.

⁹⁰ Van Montfoort 2019, p. 64.

2.2.3. Digitalisering

Tot besluit van dit hoofdstuk is het goed om nader stil te staan bij digitalisering als een van de meest in het oog springende concrete vraagstukken rond maatwerk. De roep om meer maatwerk in het bestuursrecht vormt in feite een reactie op verschillende ontwikkelingen, waarvan digitalisering van het overheidsbestuur een van de meest prominente is.⁹¹ Sinds de jaren '80 vindt besluitvorming met behulp van computers plaats, met name door de grote uitvoeringsorganisaties. De ontwikkelingen zijn in de loop van de jaren in een stroomversnelling gekomen door ontwikkelingen in technologie, de grotere beschikbaarheid van data, gegevenskoppeling én beleid van overheidsorganisaties om meer 'datagedreven' te werken. Inmiddels is het voor grotere uitvoeringsorganisaties ondenkbaar dat zij de opgedragen werkzaamheden zonder de inzet van digitale technologie uit kunnen voeren.⁹² Hoewel digitalisering zowel vanuit een behoefte van burgers aan digitale dienstverlening als vanuit het oogpunt van efficiënte uitvoering grotendeels een gewenste ontwikkeling is, kan zij tot een 'machinebureaucratie' leiden, zonder maatwerk. In uitvoeringsorganisaties met in hoge mate gedigitaliseerde processen verandert vaak de bedrijfscultuur, waarin veel aandacht is voor planning en control, zekerheid en veiligheid.⁹³

2.2.3.1. Belemmeringen bij maatwerk in digitale systemen

Een groot deel van deze problematiek ziet op het ontbreken van de mogelijkheid tot inhoudelijk of materieel maatwerk. Bij geautomatiseerde besluitvorming analyseren algoritmes een set aan data, waarop het algoritme 'een berekening' uitvoert. Deze algoritmes zijn vooraf geprogrammeerd en volgen vaak een beslisboom (als p, dan q). Waar wij tekst lezen (ja of nee), leest de software 0 en 1 om de berekening uit te kunnen voeren. Geautomatiseerde besluitvorming brengt de werkelijkheid zo terug tot absolute waarden. De werkelijkheid is echter vaak complexer dan (nu nog) in een computermodel kan worden geprogrammeerd. Bovendien wordt het model gevoed vanuit een bepaald databestand. Gegevens die niet in die dataset voorkomen, kunnen ook niet in de analyse worden betrokken. Het systeem kan daardoor alleen rekening houden met omstandigheden die zijn voorzien bij het programmeren van de regels (vgl. de in het beleid 'verdisconteerde' omstandigheden, zoals in artikel 4:84 Awb). Deze omstandigheden maken dat het model soms teveel simplificeert/categoriseert en niet goed met bijzondere omstandigheden rekening kan houden, waardoor maatwerk in de knel komt.

Een aanvullende complicerende factor doet zich voor als geautomatiseerde systemen aan elkaar zijn gekoppeld in *ketens* van overheidsorganisaties, waarbij een later besluit afhankelijk is van de invoer van eerdere besluiten. Als aan het begin van de keten een fout gemaakt wordt, werkt dit vaak door in de gehele geautomatiseerde besluitvorming, waar het

⁹¹ Zoals uitgebreid aan de orde gesteld in Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018. Zie ook Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 10.

⁹² ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse* 2020, p. 51.

⁹³ ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse* 2020, p. 52.

moeilijk is deze gegevens nog als fout te herkennen.⁹⁴ Bovendien blijkt het voor bestuursorganen lastig om uit eigen beweging fouten in complexe systemen te ontdekken of recht te zetten.⁹⁵ Dit alles betekent dat de verantwoordelijkheid voor het corrigeren van fouten vaak bij belanghebbenden komt te liggen, terwijl het voor hen ook steeds moeilijker wordt om fouten aan te tonen.⁹⁶ Het computerbesluit komt dan ver af te staan van ‘de situatie in het echt’.

2.2.3.2. *Kansen voor maatwerk in digitale systemen*

Digitalisering hoeft echter niet inherent tot deze belemmeringen voor maatwerk te leiden. De software kan het beslisproces ondersteunen, zonder dat het allesbepalend is voor het te nemen besluit. Een goed voorbeeld is het door het UWV gebruikte CBBS voor de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling.⁹⁷ Dat systeem is zo geprogrammeerd dat het aangeeft welke functies betrokkene met zijn beperkingen nog zou kunnen vervullen. Sommige beperkingen zijn gemakkelijker te vertalen naar arbeidsmogelijkheden dan andere. Zo kan bij psychische problematiek de context van de functie heel bepalend zijn. De algoritmische analyse maakt nog steeds gebruik van numerieke waarden, maar bij ‘berekeningen’ van geschikte functies bij problemen rond het ‘persoonlijk en sociaal functioneren’ markeert het systeem de uitkomst, waardoor de beslisambtenaar (de arbeidskundige) weet, dat hij de voorziet van het systeem zelf moet beoordelen en zijn beslissing aanvullend moet motiveren. Menselijke tussenkomst en maatwerk kunnen dus ook in het ontwerp van het systeem worden meegenomen.⁹⁸ In gevallen waarin er wel een volledig geautomatiseerd individueel beslissysteem is, zou een knop kunnen worden ingebouwd, die de burger aan kan klikken als hij behoefte heeft aan maatwerk, zo suggereert ook Van Heukelom.⁹⁹ Ook in dat geval heeft de beslisambtenaar, die er na het indrukken van de knop aan te pas komt, kennis nodig van wet- en regelgeving en het geprogrammeerde systeem om te beoordelen in welke mate dit geval anders is dan andere en maatwerk behoeft. Een gewenste cultuur naar meer werken volgens de bedoeling van regels, helemaal in een omgeving die sterk is gedigitaliseerd, stelt eisen aan medewerkers. Daarbij is meer behoefte aan hoogwaardige functies; lichtere administratieve functies kunnen grotendeels door ICT worden overgenomen.¹⁰⁰

Daarnaast zijn er meer dynamische, zelflerende algoritmes, die zich aanpassen aan de hand van nieuwe data die in het systeem worden ingevoerd. Dat maakt het mogelijk dat het systeem wél een nieuwe categorie van gevallen ontdekt, waaraan regelgever en programmeur niet hadden gedacht. Bovendien kan het gebruik van algoritmes ertoe leiden dat individuele gevallen juist beter worden ingedeeld op hun specifieke kenmerken.¹⁰¹ In het rapport *Regels en*

⁹⁴ Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018, p. 13-15; Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 11.

⁹⁵ Van Eck 2018, p. 21.

⁹⁶ ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse* 2020, p. 64; Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018, p. 7.4, Van Eck 2018, p. 106, 218; Jorna 2009, p. 247-248.

⁹⁷ Zie ‘Basisinformatie CBBS’, te raadplegen op www.steungroep.nl.

⁹⁸ Zie ook Van Amerongen & Schuurmans 2019.

⁹⁹ Van Heukelom-Verhage 2020, p. 218.

¹⁰⁰ ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse* 2020, p. 76.

¹⁰¹ Meeuwese in Kromhout & Marseille *NTB* 2018/60, p. 379.

Ruimte wordt onder meer de suggestie gedaan dat bezien moet worden in hoeverre ‘massa-maatwerk’ mogelijk is, waarbij door middel van een gedifferentieerde benadering (portalen) onderscheid gemaakt kan worden binnen de doelgroep.¹⁰² Dit onderscheid kan zowel zien op de inhoudelijke kenmerken, maar bijvoorbeeld ook op digitale vaardigheden. Tegelijkertijd lost dit zeker niet alle knelpunten op. Een geautomatiseerd systeem dat door classificatie en differentiatie ‘massa-maatwerk’ biedt, blijft zeer afhankelijk van de ingevoerde informatie, waardoor de foutmarge door onjuiste data – en de bewijslast voor de burger om dat aannemelijk te maken – zal toenemen. Daarbij blijft een risico bestaan voor bias van (zelflerende) algoritmen. Binnen geautomatiseerde systemen kan de roep om maatwerk ook tot een verslechterde informatiepositie van burgers leiden.

Al met al hebben digitalisering en geautomatiseerde individuele besluitvorming de roep om maatwerk vergroot, omdat veel huidige beslissystemen niet optimaal functioneren. Zij zijn vaak heel efficiënt, maar lang niet altijd effectief. Dat heeft verschillende oorzaken, die kunnen variëren van beperkte datakwaliteit, tot ICT-systemen waarin juridische eisen onvoldoende zijn verwerkt, tot ambtenaren die onvoldoende vaardigheden hebben of het systeem niet voldoende uitgelegd hebben gekregen om ermee te kunnen werken op een wijze dat ook aan maatwerk kan worden gedaan. Bij het beantwoorden van de onderzoeksvragen concentreren wij ons primair op de dimensie van het algemene bestuursrecht. Kunnen normen in het algemene bestuursrecht helpen om de problemen rond maatwerk in de gedigitaliseerde uitvoering te voorkomen, verkleinen of verhelpen? En passen in de onderzoeksvragen voorgestelde aanpassingen in het algemeen bestuursrecht op een deels geautomatiseerde uitvoering? Daar komen we in het volgende hoofdstuk op terug.

¹⁰² ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 21, p. 46.

3. De Diepte

3. 'De diepte' - onderzoeksvragen en oplossingsrichtingen

3.1. Maatwerk in regelgeving, beleid en uitvoering

I.1 Welke ruimte of plicht schept artikel 3:4 Awb voor het bestuursorgaan om maatwerk te bieden? In hoeverre staan bepalingen in bijzondere wetgeving betreffende gebondenheid van beschikkingen hieraan in de weg?

I.2 Welke ruimte of plicht schept artikel 4:84 Awb voor het bestuursorgaan om in afwijking van een beleidsregel maatwerk te bieden?

I.3 Kan bij wet worden verboden of tegengegaan dat de uitvoeringsruimte die wetgeving biedt, wordt ingevuld door beleidsregels (of bedrijfsregels), om op deze wijze te voorzien in meer ruimte voor maatwerk?

I.4 In hoeverre staat de formele rechtskracht in de weg aan herstel van een niet-beoogde foutieve vaststelling van feiten door toedoen van hetzij het bestuursorgaan (bijv. gebruik van incorrecte gegevens), hetzij de burger (bijv. incomplete informatie)?

3.1.1. Rol evenredigheidsbeginsel bij uitvoering: huidig recht

Wetgeving kan gebonden dan wel discretionaire bevoegdheden attribueren aan bestuursorganen. Een gebonden bevoegdheid moet steeds worden uitgeoefend als aan de toepassingscriteria is voldaan. Beschikt het bestuursorgaan over een discretionaire bevoegdheid, dan beschikt het over beleids- of beoordelingsruimte: het kan zelf beslissen of en hoe het de bevoegdheid kan uitoefenen.

3.1.1.1. Maatwerk bij discretionaire bevoegdheden

Maatwerk vereist een oplossing waarbij rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. Daarvoor is doorgaans vereist dat het bestuursorgaan ook rekening kán houden met die omstandigheden en dus een discretionaire bevoegdheid heeft.¹⁰³

Binnen een dergelijke bevoegdheid wordt de mogelijkheid én verplichting tot maatwerk geoperationaliseerd door verschillende wettelijke normen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbinnen neemt het evenredigheidsbeginsel een belangrijke plaats in. Volgens artikel 3:4 lid 1 Awb weegt het bestuursorgaan de rechtsreeks bij het besluit betrokken belangen af, en dus ook de individuele omstandigheden en belangen van de burger zoals zij in het echt bestaan. Artikel 3:4 Awb stelt ook inhoudelijke eisen aan die afweging: op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb mogen de nadelige gevolgen voor een belanghebbende bovendien niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Dat betekent dat het

¹⁰³ Zie over de relatie tussen maatwerk en beslissingsruimte Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 19 e.v.

bestuursorgaan daadwerkelijk op zoek moet gaan naar een oplossing die past bij de verschillende belangen: maatwerk dus.

Ruimte voor maatwerk

Door de afweging van de verschillende belangen ‘in het echt’ biedt artikel 3:4 Awb dus veel handvatten voor het bieden van maatwerk. Wel worden de mogelijkheden tot het bieden van maatwerk beperkt door een aantal belangrijke wettelijke normen en beginselen. Zo zal het bestuursorgaan binnen zijn wettelijke bevoegdheid moeten blijven (legaliteitsbeginsel) en zal het die bevoegdheid alleen kunnen aanwenden voor het doel waarvoor deze in het leven is geroepen (specialiteitsbeginsel)¹⁰⁴. Zeker binnen het meerpartijenbestuursrecht spelen ook het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel een grote rol.

Een ander belangrijk beginsel dat hier een rol speelt is het gelijkheidsbeginsel. Ook als het bestuursorgaan zich telkens op de individuele omstandigheden probeert te richten, moet het gelijke gevallen gelijk behandelen. Vaak wordt opgemerkt dat een streven naar maatwerk een risico op rechtsongelijkheid oplevert.¹⁰⁵ Toch is dit niet het hele verhaal: ‘gelijkheid’ verlangt ook dat verschillende gevallen verschillend worden behandeld.¹⁰⁶ Responsief maatwerk vereist juist dat de overheid oog heeft voor de unieke situatie van de burger. Soms zijn verschillende uitkomsten nodig om bijvoorbeeld de juiste hulp te bieden.¹⁰⁷ Dit laatste sluit aan bij de overgang in het non-discriminatiediscours van ‘formele’ naar ‘materiële’ gelijkheid.¹⁰⁸ Formele gelijkheid voor de wet leidt immers lang niet altijd tot uitkomsten die op gelijke wijze recht doen aan de verschillende behoeften en belangen van verschillende burgers. Materiële gelijkheid vereist juist een individuele afweging.

Evenredigheid en gelijkheid gaan dus in theorie goed hand in hand. Toch is het operationaliseren van gelijkheid soms lastig. Het orgaan dat een besluit neemt weet immers niet altijd of gevallen van elkaar verschillen en in hoeverre die relevant zijn voor het te nemen besluit.¹⁰⁹ Niet zelden komt daar al een mate van afweging bij kijken. De vraag is dus hoe een organisatie waarin een zeer grote hoeveelheid besluiten door veel verschillende ambtenaren wordt genomen ervoor kan zorgen dat dit over het algemeen op gelijke wijze verloopt.¹¹⁰ De

¹⁰⁴ Zie Schulmer e.a., *Gst.* 2019/154 in vergelijkbare zin over de zogenaamde ‘omgekeerde toets’ in het sociaal domein, p. 784.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Mein, *Gst.* 2019/70.

¹⁰⁶ Munneke 2016, p. 67 e.v. Vergelijk Schlössels & Zijlstra 2018, p. 384.

¹⁰⁷ Dit kan, bijvoorbeeld in het sociaal domein, ook betekenen dat tussen gemeenten verschillen bestaan in de voorzieningen die worden geboden, vgl. Munneke. 2016, p. 74 e.v.

¹⁰⁸ Zie over het onderscheid uitgebreid Loenen 2009, p. 19-34.

¹⁰⁹ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 30, waar wordt opgemerkt dat ‘De eerste opdracht voor het bestuursorgaan zou dus bestaan uit het ontwikkelen van een visie op en een methode voor het identificeren van (on)gelijke gevallen.’ (...) bestuursorganen zouden professionals enorm helpen als zij hiervoor richtlijnen geven, en de professional leren om gevallen (eenduidig en uniform) te kwalificeren’.

¹¹⁰ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 30, ‘... bestuursorganen zouden professionals enorm helpen als zij hiervoor richtlijnen geven, en de professional leren om gevallen (eenduidig en uniform) te kwalificeren’.

moeilijkheid van deze taak leidt onvermijdelijk tot een behoefte aan algemene regels zoals bijvoorbeeld in de vorm van beleid.

Verplichting tot maatwerk

Artikel 3:4 Awb verplicht het bestuursorgaan tot het maken van een afweging van de individuele omstandigheden. Daarbij vereist het evenredigheidsbeginsel niet dat het individuele belang altijd prevaleert. Het moet worden *afgewogen* tegen de andere belangen die in het spel zijn. Het bestuursorgaan bevindt zich in een politiek-geladen context en kan bijvoorbeeld ook veel gewicht toekennen aan abstractere algemene belangen, zoals een streng fraudebeleid. Wel moet die afweging evenredig zijn: het individuele belang moet wel voldoende zijn meegewogen.

Hoewel artikel 3:4 Awb de verplichting tot maatwerk integraal oplegt aan al het discretionaire bestuurshandelen, is de daadwerkelijke strekking ervan sterk afhankelijk van de gehele maatwerkketen. Het is immers met name de rechter, die in individuele zaken toetst of aan die verplichting is voldaan, en zo concreet invulling geeft aan de algemene verplichting van artikel 3:4 Awb. Kenmerkend voor het Nederlandse bestuursrecht is echter dat hij dat terughoudend doet. Die terughoudendheid is bij exceptieve toetsing van wettelijke voorschriften begrijpelijk: de rechter mengt zich niet graag in democratisch gelegitimeerde afwegingen. Bij de toetsing van de uitvoeringspraktijk, die in de moderne rechtsstaat vaak maar een flinterdunne democratische legitimatie kent, is dit moeilijker te begrijpen. Indien de rechter niet de handvatten heeft of kan aangrijpen om de vraag naar evenredigheid handen en voeten te geven, dan resulteert de terughoudende toets in een weinig materiële inkleuring van de maatwerkvraag door de rechter, en in een juridische verplichting die weinig meer om het lijf heeft dan de eigen invulling door het bestuursorgaan.¹¹¹

In de afgelopen jaren is de bestuursrechter echter wel meer inhoud gaan geven aan de evenredigheidstoetsing, onder meer waar fundamentele belangen in het geding zijn.¹¹² Vanuit de volle evenredigheidstoets bij sanctiebesluiten zoals verplicht o.g.v. artikel 6 EVRM, sijpelt de beweging naar een meer volle toetsing langzaam door naar andere rechtsgebieden. Ook onder invloed van het Europese evenredigheidsbeginsel is er een kentering zichtbaar: zo pleitte advocaat-generaal Widdershoven ervoor om explicieter aan te sluiten bij de gelede proportionaliteitstoets zoals die in andere jurisdicties wordt gebruikt.¹¹³ Het gaat dan om een onderverdeling in aspecten van geschiktheid, noodzakelijkheid (subsidiariteit) en evenredigheid in strikte zin (ook wel proportionaliteit genoemd). Een dergelijke meer gestructureerde aanpak leidt tot een daadwerkelijk materiële toets, en kan voor meer voorspelbaarheid zorgen.

Uit deze ontwikkelingen vallen een aantal gezichtspunten af te leiden die invulling geven aan de verplichting tot maatwerk voor bestuursorganen. Ten eerste spelen het zorgvuldigheids-

¹¹¹ Zie in vergelijkbare zin Barkhuysen, *NJB* 2018/445.

¹¹² Zie par. 2.1.3.2. Barkhuysen spreekt over een 'revival van de evenredigheid', *NJB* 2018/445. Zie over die meer indringende toetsing Kegge, *JBplus* 2018/4.

¹¹³ Conclusie advocaat-generaal Widdershoven, 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 7.8.

en motiveringsbeginsel een belangrijke ondersteunde rol bij het operationaliseren van het evenredigheidsbeginsel. Ook als de rechter niet in de eigenlijke afweging zal kunnen treden, zal hij van het bestuursorgaan verwachten dat het inzichtelijk maakt dat het alle belangen in kaart heeft gebracht en zorgvuldig heeft afgewogen (zie ook par. 2.3.1.2). Ten tweede is de invulling van het evenredigheidsbeginsel context-gebonden (zie par. 2.1.4). Zo zal het evenredigheidsbeginsel meer verwachten al naar gelang het besluit verstrekkendere gevolgen heeft, of de betrokken (groep) burger(s) kwetsbaar is.

3.1.1.2. Maatwerk bij beleidsregels

Om de mogelijke spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel te voorkomen, vullen bestuursorganen hun discretionaire ruimte vaak op met beleidsregels, waarbij zij de vereiste belangenafweging in algemene zin voor bepaalde categorieën maken.

Beleidsregels geven ambtenaren houvast om consistent te handelen en maken burgers van tevoren duidelijk hoe de bevoegdheid zal worden uitgeoefend, en dragen daarom bij aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het uitgangspunt is volgens artikel 4:84 Awb dan ook dat het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel handelt. Tegelijkertijd kan een te grote focus op de voorliggende beleidsregel ertoe leiden dat het bestuursorgaan deze als het ware ‘blind’ toepast, zonder oog te hebben voor de bijzondere omstandigheden van het geval. Daarom bevat artikel 4:84 Awb een ‘inherente afwijkingsbevoegdheid’: de beleidsregel moet niet worden toegepast indien dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Deze afwijkingsbevoegdheid is inherent aan de discretionaire bevoegdheid waar de beleidsregel uitvoering aan geeft, die een belangenafweging eist en maatwerk mogelijk maakt én vereist (zie vraag I.3). De beleidsregel is geen algemeen verbindend voorschrift, en moet daarom ook niet zo behandeld worden.¹¹⁴

Toch kon er tot 2016 alleen sprake zijn van bijzondere omstandigheden in het geval het bestuursorgaan die omstandigheden bij het opstellen van de beleidsregels niet had voorzien. Door de combinatie van de strikte toepassingsplicht en de strenge omgang met de inherente afwijkingsbevoegdheid kregen beleidsregels in de praktijk toch een veel strenger karakter dan waar zij oorspronkelijk voor bedoeld waren: in plaats van bestuursorganen houvast en burgers rechtsbescherming te bieden bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid, werken zij vaak uit als strenge algemene regels. Maar, zoals Klap ook opmerkt, kan de algemene afweging op het moment van opstellen wel redelijk zijn (of bij de bestuursrechter niet onredelijk), maar kan zij in de praktijk toch onevenredig uitwerken.¹¹⁵ Door te veel op die regels te leunen ontnemt het bestuursorgaan zichzelf als het ware de eigen ruimte voor een situatieve beoordeling – die juist inherent is aan de discretionaire bevoegdheid.

¹¹⁴ Zie daarover Klap 2019, p. 386.

¹¹⁵ Klap 2019, p. 388.

Sinds een Afdelingsuitspraak van 2016 kunnen echter ook omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregel zijn verdisconteerd (dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd) nopen tot afwijking.¹¹⁶ Daarmee laat de Afdeling zien oog te hebben voor de andere werkelijkheid van besturen met regels.¹¹⁷ Door deze benadering zijn de vereisten ‘bijzondere omstandigheden’ en ‘onevenredigheid’ van artikel 4:84 Awb geen twee aparte vereisten meer: de bijzondere omstandigheden kunnen ook gelegen zijn in de onevenredige gevolgen van toepassing van de beleidsregel.¹¹⁸ Daarmee verschuift de focus van artikel 4:84 Awb van de regel naar de daadwerkelijke uitkomst en ontstaat meer ruimte voor maatwerk: de beleidsregel hoeft niet toegepast te worden als dat leidt tot onevenredigheid. Eigenlijk draait dat de boel zelfs om: elke toepassing van een discretionaire bevoegdheid moet tot een evenredig resultaat ‘in het echt’ leiden. Beleidsregels geven daar houvast en invulling aan, maar dat kan niet ten koste gaan van de evenredige toepassing.

Toch is deze ruimte voor maatwerk binnen een stelsel van beleidsregels niet onbeperkt. Zoals reeds onder 3.1.1.1 opgemerkt, moet bij discretionaire bevoegdheden ook altijd rekening worden gehouden met de waarde van rechtszekerheid en gelijkheid. De beleidsregel probeert daar juist invulling aan te geven, dus daar kan niet zomaar aan voorbij worden gegaan. Uitgangspunt blijft dat de burger moet kunnen vertrouwen op beleidsregels. De *ruimte* om af te wijken van een beleidsregel bestaat dus ten gunste van de burger. Zodra er sprake is van derden-belanghebbenden wier belang door de beleidsregel juist wordt beschermd, moet ook dat belang mee worden gewogen. Leidt die afweging tot een afwijking ten nadele van die belanghebbende, dan zal dat in bepaalde gevallen tot een verplichting tot schadevergoeding kunnen leiden wegens schending van het vertrouwensbeginsel.

Daarnaast schept artikel 4:84 Awb ook een *plicht* tot het bieden van maatwerk in afwijking van beleidsregels. Zoals de Afdeling in de 2016-uitspraak aangeeft, dient het bestuursorgaan ‘alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb’. Daaruit volgt een onderzoeks- en motiveringsplicht: het bestuursorgaan moet aantonen te hebben onderzocht of er sprake is van bijzondere omstandigheden die tot afwijking nopen en zo ja, deze omstandigheden te hebben afgewogen. Daarbij speelt de verdeling van de bewijslast een belangrijke rol. Doorgaans zal het op de weg van de betrokkene zelf liggen om een beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid te doen, of om in ieder geval ‘bijzondere omstandigheden’ aan te voeren en deze met concrete gegevens te staven.¹¹⁹ Het is dus van belang, ook binnen een geautomatiseerd beschikkingstelsel, de aanvraagprocedure zo vorm te geven dat de gevallen met bijzondere omstandigheden eruit gefilterd worden. Hier gaan wij in par. 3.3 nader op in.

¹¹⁶ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

¹¹⁷ Zie Voermans 2017, p. 7-94.

¹¹⁸ Tollenaar & Feenstra, *JBplus* 2018, par. 3.

¹¹⁹ ABRvS 17 januari 2018, ECLI:RVS:2018:142.

Vervolgens kan vaak wel van het bestuursorgaan worden verwacht zelf nader onderzoek te verrichten.¹²⁰

Hoever de verplichting tot het afwijken van de beleidsregel precies strekt, valt niet in algemene zin te zeggen. Dat past ook niet bij het maatwerkperspectief, dat meer stuurt via algemene beginselen dan via algemene regels. Koenraad stelt daarom voor om artikel 4:84 Awb te schrappen en te vervangen door een beginselgeleide interpretatie van de betekenis van beleidsregels.¹²¹ Dat is onzes inziens een waardevol inzicht, maar schrapping is daarvoor niet nodig. Artikel 4:84 Awb moet niet zozeer als een technische bepaling gelezen worden, maar als een wettelijke verankering van zowel het rechtszekerheids-, het vertrouwens-, het gelijkheids- als het evenredigheidsbeginsel.

Welke van deze de doorslag zal krijgen, is context-afhankelijk: als het besluit zeer verstrekkende gevolgen heeft, of kwetsbare burgers betreft, zal meer van het bestuursorgaan worden verwacht. Zo betrof de 2016-zaak een zogeheten Damocles-zaak, waarbij appellante met drie minderjarige kinderen haar woning verloor en op een zwarte lijst werd geplaatst voor sociale huurwoningen. Juist bij zulke verstrekkende gevolgen, zal het bestuursorgaan moeten laten zien dat het die heeft afgewogen. Anderzijds zal de massaliteit van de besluitvorming ook een rol mogen spelen: juist in beschikkingsfabrieken worden beleidsregels immers ingezet om tot een efficiënte én gelijke besluitvorming te komen.

3.1.1.3. *Maatwerk bij gebonden bevoegdheden?*

Volgens de Awb-wetgever is artikel 3:4 Awb niet van toepassing op de uitoefening van gebonden bevoegdheden, omdat dan geen sprake kan zijn van een belangenafweging.¹²² Van oudsher biedt het bestuursrecht bij gebonden bevoegdheden daarom weinig ruimte voor individueel maatwerk.¹²³ Toch is ook hier het recht sterk in verandering.

Zo is niet altijd duidelijk of er überhaupt wel sprake is van een gebonden bevoegdheid. De Afdeling gaf bijvoorbeeld in de beruchte kinderopvangtoeslagaffaire aan dat artikel 26 Awir toch een discretionaire bevoegdheid, in plaats van een gebonden bevoegdheid tot terugvordering bevat.¹²⁴ In een responsieve rechtsorde is de letter van de wet niet altijd leidend, maar zal een contextuele lezing van de wettekst vereist zijn (zie par. 2.1.4.). Ook de uitvoering van gebonden bevoegdheden vergt vaak een zekere mate van interpretatie. Dat betekent dat wetgever, uitvoerder én rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid hebben om de *bedoeling* van de wetgeving tot uiting te laten komen, waarbij de letterlijke tekst een belangrijke, maar niet altijd doorslaggevende rol speelt.

¹²⁰ ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:RVS:2018:340, AB 2019/101, m.nt. V.M. Bex-Reimert.

¹²¹ Koenraad, *NTB* 2020/52, p. 122-123.

¹²² *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 67.

¹²³ Dat betekent niet dat er in het geheel geen maatwerk mogelijk is: de regels kunnen zelf immers ook al in bepaalde mate differentiëren.

¹²⁴ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind, r.o. 5.12.

Sommige wettelijke voorschriften bevatten een expliciete hardheidsclausule, die het bestuursorganen toestaat om in bijzondere gevallen toch een uitzondering te maken, bijvoorbeeld wegens onevenredige of onbillijke gevolgen. Hoewel de precieze ruimte en plicht tot het toepassen van de hardheidsclausule uit de (wetsgeschiedenis) van de wettelijke regeling volgt, wordt met de aanwezigheid van een hardheidsclausule in ieder geval enige discretionaire speelruimte en daarmee de mogelijkheid tot maatwerk geopend. Bestuursorganen mogen in principe een strikt beleid voeren ten aanzien van de wettelijke regels, om zo de uitvoering van het wettelijk voorschrift te operationaliseren. Als de hardheidsclausule in elk geval van nadelige uitkomsten zou moeten worden toegepast, zou het idee van ‘uitzondering ten opzichte van de algemene regel’ ook betekenisloos worden.¹²⁵ Anderzijds is het niet genoeg simpelweg te beargumenteren dat toepassing van de hardheidsclausule wrijving met de betreffende regelgeving zou opleveren: dat is immers juist inherent aan de hardheidsclausule.¹²⁶ Dat betekent dat bestuursorganen bij een gemotiveerd beroep op de hardheidsclausule zullen moeten motiveren waarom zij daar in dit specifieke geval geen gebruik van hebben gemaakt. Ook een beroep op de strikte uitvoering van de wetgeving zal dan niet genoeg zijn: juist als er sprake is van bijzondere omstandigheden, zal het immers niet aannemelijk zijn dat met een uitzondering de uitvoeringspraktijk wordt belemmerd.¹²⁷

Ook als een gebonden bevoegdheid geen expliciete hardheidsclausule bevat, moet het bestuursorgaan op grond van algemene rechtsbeginselen soms toch een uitzondering maken. Die algemene rechtsbeginselen hebben dan contra legem-werking. Hoewel het wettelijke kader dan zelf voor rechtmatig wordt gehouden, moet het toch niet worden toegepast wegens de voorrang van algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel.¹²⁸ Bakker noemt dit ‘billijkheidsuitzonderingen’, en traceert ze terug naar de inzichten van Aristoteles dat een algemene wet nooit recht kan doen aan alle omstandigheden in het concrete geval.¹²⁹ Vaak blijkt pas bij de toepassing dat een wet in bepaalde gevallen tot onevenredige situaties leidt. Dan moet er ruimte blijven voor een uitzondering. Een mensenrechtelijk perspectief ondersteunt deze zienswijze.

Uit het *Harmonisatiewetarrest* blijkt dat hier in de huidige rechtsopvatting alleen ruimte voor is in het geval van niet-verdisconteerde omstandigheden.¹³⁰ Zouden de omstandigheden immers wel verdisconteerd of voorzien zijn door de wetgever, dan is het de ‘wil van de wetgever’ dat het wettelijk voorschrift toegepast moet worden en daar kan niet gemakkelijk aan voorbij gegaan worden. Daarom benadrukken vrijwel alle bestuursrechters dat contra legem-toepassing

¹²⁵ Zoals de Afdeling expliciet overweegt in ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3500.

¹²⁶ Zie expliciet: ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1335, AB 2019/367, m.nt. W. den Ouden.

¹²⁷ ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1335.

¹²⁸ Dit kwam oorspronkelijk vooral in het belastingrecht voor, waar de inspecteur toezeggingen of algemene uitvoeringspraktijken toch moest nakomen op grond van het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel, ondanks dat die toepassing in strijd met de (formele) wet kwam. Zie over contra-legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel Bakker 2018, p. 365 e.v.

¹²⁹ Bakker 2018, 33 e.v.

¹³⁰ HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewetarrest*).

van algemene beginselen hoge uitzondering is.¹³¹ Dat is dus anders dan bij beleidsregels, waar de bijzondere omstandigheden ook gelegen kunnen zijn in de enkele onevenredige uitkomst. Dat is ook logisch, omdat de beleidsregel zelf ‘slechts’ een uiting is van de discretionaire bevoegdheid die op dat moment wordt toegepast. Bij gebonden bevoegdheden ligt er echter een aparte afweging van een (vaak democratisch gelegitimeerde) regelgever, die het bestuursorgaan in principe moet toepassen.

Daarmee lijkt de rol voor artikel 3:4 Awb bij gebonden bevoegdheden vrij beperkt. Toch werd al in de vorige eeuw door verschillende auteurs bepleit dat het bestuursrecht ook bij gebonden bevoegdheden een inherente of ongeschreven afwijkingsbevoegdheid kent.¹³² Door de toegenomen focus op responsiviteit is deze discussie onverminderd relevant. Met name Scheltema bepleit dat artikel 3:4 Awb bestuursorganen ook bij gebonden bevoegdheden verplicht om een uitzondering te maken als er anders onevenredige gevolgen optreden. Hoewel hij van mening is dat dit reeds met het huidige artikel zo is, stelt hij de volgende wettelijke bepaling voor:¹³³

“Artikel 3:4a Awb: Indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen.”

Ook in de rechtspraak zien we meer aandacht voor de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer specifiek het evenredigheidsbeginsel bij gebonden bevoegdheden. Zo oordeelde de Afdeling recentelijk dat de Toeslagendienst een bepaling uit de Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen buiten toepassing had moeten laten, omdat toepassing in dit geval ‘kennelijk onredelijk’ zou zijn vanwege de onevenredig nadelige gevolgen voor appellante (wier kindgebonden budget was komen te vervallen omdat zij wegens foutief inschrijven in de gemeentelijke basisadministratie had ‘samengewoond’ in haar oude huis met de nieuwe koper daarvan).¹³⁴ De Afdeling verwijst hier naar een uitspraak uit 2009, waarin zij oordeelde dat de rechter, ondanks de aanwezigheid van een gebonden bevoegdheid in een algemeen verbindend voorschrift toch tot het oordeel kan komen ‘dat [het bestuursorgaan] gehouden [is] een daarin opgenomen voorschrift buiten toepassing te laten, indien toepassing in een bijzonder geval kennelijk onredelijk is, waarbij de rechter terughoudendheid dient te betrachten’.¹³⁵ In een andere zaak mocht de Belastingdienst er niet zomaar van uitgaan dat appellant de niet-betaalde aanslagen had ontvangen, enkel omdat hij nooit had ‘uitgevinkt’ dat hij berichten wilde ontvangen via MijnOverheid, en moest

¹³¹ Zie Bakker 2018, p. 373.

¹³² Bakker 2018, met verwijzing naar Van Kreveland 1985, p. 298 e.v.; Zoontjens 1990.

¹³³ Scheltema *NTB* 2019/24, p. 250; Scheltema *Regelmaat* 2018, afl. 3, p. 128. Zie in navolging van Scheltema Giezeman & Jak *NJB* 2020/572, p. 619; Damen *NTB* 2020/2, p. 8; Ook Koenraad bepleit in *NTB* 2020/52, p. 122 een dergelijke uitzondering.

¹³⁴ ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1046, AB 2019/290, m.nt. B.M.A. van Eck.

¹³⁵ ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NLRVS:2009:BK0774.

hij daarom een uitzondering maken op het verplicht in rekening brengen van de aanmaningskosten.¹³⁶

Hoewel het afwijken van gebonden bevoegdheden nog steeds een uitzonderingspositie is, laten literatuur en rechtspraak zien dat er onder de ontwikkeling naar een meer responsieve rechtsorde meer ruimte bestaat om ook bij gebonden bevoegdheden maatwerk te bieden, en soms zelfs een verplichting. De rechtspraak lijkt daarbij vooralsnog vast te houden aan het idee van de 'bijzondere omstandigheid': bij het uitvoeren van het gebonden voorschrift blijkt dat de uitwerking daarvan in dit geval onevenredig is, en omdat de wetgever dat bij het opstellen van de algemene regel niet had voorzien, moet een uitzondering worden gemaakt. De aangehaalde uitspraken laten zien dat daarvan met name sprake kan zijn bij zogenaamde 'paarse krokodillen', waarbij een geautomatiseerd systeem uitgaat van gegevens waarvan alle betrokken partijen weten dat het anders zit. Hoewel dit nog vrijwel onontgonnen terrein is, moet ook hier een afweging gemaakt worden tussen verschillende beginselen. Daarbij zullen door de status van algemeen verbindend voorschrift het rechtszekerheids-, vertrouwens-, legaliteits- en gelijkheidsbeginsel een zwaardere invulling mogen en moeten krijgen dan bij beleidsregels. Aan het evenredigheidsbeginsel zal daarentegen weer meer invulling moeten worden gegeven naarmate er sprake is van meer verstrekkende gevolgen of kwetsbare burgers.

3.1.2. Wenselijkheid van maatwerk via de 'uitzondering'

De ontwikkelingen in de rol van het evenredigheidsbeginsel bij de toepassing van beleidsregels en gebonden voorschriften hebben veel met elkaar gemeen. Door het toepassen van artikel 3:4 Awb als 'billijkheidsuitzondering' op gebonden bevoegdheden en de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 8:84 Awb, verplaatst het moment van normstelling zich van de algemene regel naar de concrete toepassing. Daarmee wordt meer maatwerk mogelijk: in de genoemde uitspraken laat de rechter zien dat bestuursorganen niet zomaar blind af kunnen gaan op regels, maar ook oog moeten hebben voor de uitwerking daarvan. Dat sluit goed aan bij een 'responsief bestuursrecht', en bij het mensenrechtenperspectief: niet enkel kijken naar de regels, maar naar de concrete behoefte van de burger waarvoor die regel is opgesteld. Toch kleven aan deze verschuiving van algemene normstelling naar individuele uitvoering ook aan aantal nadelen. De brede inzet van uitzonderingen vergt dan ook nadere doordenking.

Door het inzetten op de billijkheidsuitzondering bij gebonden bevoegdheden verschuift de verantwoordelijkheid voor responsief bestuur sterk van regelsteller naar uitvoerder. Deze wordt dan immers zelf geacht een afweging te maken. Regelmatig volgt het gebrek aan responsief bestuur echter niet zozeer uit de uitvoering, maar ook uit een gebrek aan responsieve regelgeving die strikte voorwaarden stelt.¹³⁷ Bovendien heeft de politiek vaak torenhoge verwachtingen van de uitvoeringspraktijk, zonder daarvoor de geschikte middelen beschikbaar te stellen. Door dan de uitvoeringspraktijk verantwoordelijk te houden, erodeert de

¹³⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:11011, AB 2020/71, m.nt. L.J.A. Damen.

¹³⁷ Zoals bijvoorbeeld het geval was in de kinderopvangtoeslagaffaire, zie Commissie Donner, *Omzien in verwondering* 2, 2020 p. 72.

democratische controle op de normstelling die eigenlijk verantwoordelijk is voor het onbillijke resultaat. Deze kritiek sluit aan bij de beweging in zowel literatuur als rechtspraak die kritisch is op de terugtrekking van de wetgever en het overlaten van normstelling aan de uitvoeringspraktijk.

Ook vanuit rechtsbeschermingsoogpunt kan het inzetten op maatwerk via de billijkheidsuitsondering complicerend werken. Hoewel de contra legem-praktijk de mogelijkheid tot maatwerk opent, is niet gezegd dat die ook altijd zo zal worden uitgeoefend. De rechter zal vaak moeilijk in de beleidsafweging kunnen treden die ligt achter het al dan niet toepassen van de mogelijkheid tot afwijking. Niet alleen vanwege de beleidsruimte van de uitvoerder, maar ook omdat voor zowel appellant als rechter vaak moeilijk grip te krijgen valt op de vraag in hoeverre het al dan niet maken van een bepaalde afweging onder bepaalde omstandigheden in andere gevallen op gelijke wijze gebeurt.¹³⁸ Bovendien zal maatwerk via de individuele uitzondering vaak vereisen dat de individuele burger daar zelf een beroep op doet, of zelfs naar de rechter stapt. Dan wordt maatwerk al snel afhankelijk van de assertiviteit van de burger en de welwillendheid van de ambtenaar, die daarvoor bovendien veel informatie over de bijzondere omstandigheid van deze ene burger zal moeten ontsluiten en soms diep in zijn privéleven zal moeten duiken.

Bij het inzetten op maatwerk via uitzonderingsbevoegdheden moet daarom voorkomen worden dat daar zoveel van wordt verwacht, dat het belang van responsieve normstelling door wet- en regelgever uit het oog wordt verloren. Daar is uitvoering noch burger bij gebaat. Dat betekent zeker geen terugkeer naar de strikt regelgestuurde opvattingen van de autonome rechtsorde. Wel is het zaak binnen de responsieve rechtsorde de balans te vinden tussen algemene normstelling en maatwerk.

Die balans hangt sterk samen met de invulling van het begrip ‘bijzondere omstandigheden’ of ‘uitzondering’, en de samenhangende vraag of de ‘uitzonderlijke omstandigheden’ verdisconteerd mogen zijn of niet. Hoewel het voorstel van Scheltema geen nadere vereiste lijkt te stellen dan de onevenredigheid van de uitkomst, spreken de aangehaalde uitspraken wel van een uitzonderingsgeval en van bijzondere omstandigheden. De gedachte achter de ‘billijkheidsuitsondering’ is immers ook dat de regel in algemene zin rechtmatig is en ook meestal wel goed uitwerkt, maar dat in bijzondere gevallen toch een uitzondering gemaakt moet worden.

Toch kan men zich afvragen of de aangehaalde uitspraken echt uitzonderingsgevallen betreffen. Had de wetgever echt niet kunnen voorzien dat het hanteren van een fictie op grond van de gemeentelijke basisadministratie, zonder mogelijkheid tot tegenbewijs, tot de genoemde problemen bij het vaststellen van het kindgebonden budget zou leiden? Of dat het hanteren van een standaard ‘ja ik ga akkoord’ vinkje voor het ontvangen van berichten via MijnOverheid leidt

¹³⁸ Zo zeggen Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male over de ‘meerderheidsregel’ (een beroep op het gelijkheidsbeginsel moet volgens de Hoge Raad worden gehonoreerd indien de belastingadministratie de wet vaker fout dan juist heeft toegepast): “Dat klinkt aardig, maar de vraag is wat een individuele belastingplichtige eraan heeft: als hij een aantal dossiers toont waarin anders is opgetreden, hoe dan na te gaan hoe in de meerderheid van de gevallen is gehandeld?” Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, 7-60.

tot burgers die hun belastingaanslagen niet lezen? Voor de individuele burger is het natuurlijk aantrekkelijk dan alsnog een uitzonderingsbesluit te krijgen, maar voor de institutionele inbedding van responsief bestuur in het bredere systeem misschien juist niet. Zou de regelgever niet eigenlijk zelf een afweging moeten maken van de voor- en nadelen van het hanteren van systeemficties? Als die niet wenselijk zijn, dan zou de regelgever de uitvoering eigenlijk expliciet de opdracht moeten geven rekening te houden met de gegevens ‘in het echt’. Als een toetsing aan een norm als artikel 3:4a Awb ertoe leidt dat de exceptieve toetsing van de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften van het toneel verdwijnt, dan kunnen de nadelen groter zijn dan de voordelen: burgers moeten dan individueel en steeds opnieuw rechtsmiddelen aanwenden om een rechtmatig besluit af te dwingen.

Het toepassen van artikel 3:4 Awb, of een eventueel 3:4a Awb, moet er dan ook niet toe leiden dat het moment van wezenlijke normstelling van de democratisch-gelegitimeerde wetgever naar de uitvoerder verschuift. Tegelijkertijd zijn wij geen voorstander van een strikt ingevulde eis dat deze omstandigheden alleen mogen meespelen als ze niet-verdisconteerd zijn. Zoals besproken in paragraaf 2.1.4, vraagt de wil van de wetgever een contextuele aanpak. Waar geen wezenlijk parlementair debat is geweest over de mogelijke gevolgen van wetgeving, is meer ruimte voor afwijken. In ieder geval is de formulering van de wet in een gebonden bevoegdheid niet alleszeggend; er komt ook een teleologische interpretatie aan te pas. Een meer prominente positie voor artikel 3:4 Awb kan een goed signaal afgeven dat ambtenaren zich niet blind moeten staren op de wet, maar de ruimte hebben om de wet zo toe te passen dat deze zinnig tot uitvoering komt. Als er bijvoorbeeld ergens een fout is gemaakt in de gegevensregistratie en de omstandigheden zijn overduidelijk zo dat de wetgever een andere uitkomst voor ogen had, dan staat artikel 3:4 Awb afwijken toe. Van belang is dus dat ambtenaren durven te denken in de geest van de regelgeving en zich niet laten tegenhouden door praktische ‘onmogelijkheden’ in de exacte uitvoering daarvan. Als de al dan niet onbillijke uitkomst echter inherent is aan de regelgeving zelf, dan zou de discussie ook moeten gaan over de vraag of die regelgeving niet aangepast moet worden. Voor de individuele burger kan een maatwerkoplossing op grond van artikel 3:4 Awb soelaas bieden, maar de bredere discussie moet daarmee niet uit de weg worden gegaan.

Hoewel beleidsregels in principe een uitwerking zijn van de discretionaire bevoegdheid zelf, speelt ook bij beleidsregels dat het sterk inzetten op de inherente afwijkingsbevoegdheid een zeker verlies aan grip op de achterliggende normstelling en daarmee ook een verlies van rechtsbescherming kan opleveren. Beleidsregels vormen immers een belangrijk handvat voor de rechter om bij de uitvoering van discretionaire bevoegdheden vat te krijgen op de beleidsafweging en bovendien op de algemene uitvoeringspraktijk.¹³⁹ Gaat alles over de band van een individuele afwijking, dan zal het moeilijk zijn in die afweging te treden of om te oordelen of dit in het algemeen op een gelijke wijze gebeurt. Beleidsregels zijn dan ook niet

¹³⁹ Zo merken Schlössels & Zijlstra op dat het gelijkheidsbeginsel vooral getoetst kan worden aan de hand van de vraag of er consistent beleid wordt gevoerd, en veel minder aan de hand van een feitelijke vergelijking met andere zaken, die immers maar moeilijk te operationaliseren valt: Schlössels & Zijlstra 2017, p. 388-389.

onwenselijk. Als de beleidsregel echter zelf niet responsief is, dan is de algemene uitvoeringspraktijk meer gediend bij een discussie over de beleidsregel zelf (én daarmee ook de brede groep burgers die niet assertief genoeg is om een beroep op de afwijkingsbevoegdheid te doen en rechtsmiddelen aan te wenden). Die discussie kan soms op de achtergrond raken als de rechter vooral individuele uitzonderingen vereist. Zo merken zowel Klap als Feenstra en Tollenaar op dat door de focus op de inherente afwijkingsbevoegdheid de rechter minder aandacht geeft aan de deugdelijkheid van de beleidsregel zelf.¹⁴⁰

Via het leerstuk van exceptieve toetsing zou de rechter meer vat kunnen krijgen op de achterliggende normstelling. Ook als hij niet in de beleidsafweging van bestuursorganen kan of wil treden, is het zinnig vat te krijgen op de rol die de beleidsregels spelen in de uitvoeringspraktijk. Dat kan goed over de band van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, waarbij de rechter meer in algemene zin kan beoordelen of de uitvoering van de bevoegdheid in algemene zin zorgvuldig plaatsvindt. Dat is zeker van groot belang bij geautomatiseerde besluitvorming.¹⁴¹ Door beslisregels in algoritmes de status van recht te geven, kan de rechter meer vat krijgen op algemene keuzes die zijn gemaakt in het uitvoeren van het wettelijk voorschrift waar zij op zijn gebaseerd. Daarin kan men zelfs een stapje verder zetten: zou echt responsief bestuur niet gebaat zijn bij de mogelijkheid tot beroep tegen beleidsregels, waarin de algemene uitvoeringspraktijk in algemene openheid op tafel ligt?¹⁴² Hoewel die vraag uiteraard nadere doordenking vergt, kan de discussie over artikel 8:3 Awb wel bijdragen aan meer maatwerk.

3.1.3. Maatwerk in regelgeving en beleid

Er moet dus een juiste balans gevonden worden tussen responsieve normstelling en individuele uitvoering. In de maatwerkdiscussie gaat het debat al snel over dat laatste, maar aan het belang van het eerste moet niet voorbij worden gegaan. Voor een serieuze inbedding van een responsieve uitvoering, zeker in een beschikkingsfabriek, is responsieve regelgeving onmisbaar, omdat zij handvaten geeft voor een gelijke uitvoering en effectieve rechtsbescherming.

3.1.3.1. Discretionaire bevoegdheden in wetgeving

In Nederland hebben we geen ontwikkelde theorievorming rond de vraag onder welke omstandigheden gebonden dan wel vrije bevoegdheden wenselijk zijn. De wetgever kan op dat vlak grotendeels doen wat hij ten tijde van de totstandkoming van de betreffende wetgeving politiek-bestuurlijk wenselijk acht. De wetgever gaat bij het toekennen van bestuurlijke beoordelingsruimte derhalve niet altijd even systematisch te werk.¹⁴³

In het licht van de behoefte aan maatwerk lijkt al snel een voorkeur te bestaan voor discretionaire bevoegdheden, omdat dan ruimte bestaat om meer of minder gewicht toe te

¹⁴⁰ Klap 2019, p. 389 e.v.; Tollenaar & Feenstra, *JBplus* 2018, afl. 1.

¹⁴¹ Vgl. De Poorter & Goossens, *NJB* 2019/2777.

¹⁴² Klap 2019, p. 390.

¹⁴³ Huisman & Jak 2019, *NTB* 2019/20 met verwijzing naar Klap 1994 en De Waard 1994.

kennen aan het specifieke belang van de burger. Toch is het goed om te realiseren dat vanuit de bestuursrechtelijke wetenschap kritisch wordt gedacht over een regelgever die té gemakkelijk ruime discretionaire bevoegdheden vestigt. Vanuit het burgerperspectief zijn discretionaire bevoegdheden fijn als daardoor ruimte bestaat voor zijn belang, maar die ruimte kan ook worden opgevuld met een veelheid aan andersoortige belangen, zoals de bescherming van het economisch welzijn van Nederland, een ferme fraudeaanpak of het belang bij snelle en efficiënte uitvoering van een bestuurstaak. Bestuursrechtjuristen waarschuwen voor regelgevers die te gemakkelijk discretionaire bevoegdheden creëren om zichzelf of een ander orgaan van het openbaar lichaam een ruime armslag te geven, terwijl dat niet goed past bij het doel van die specifieke wet- en regelgeving.¹⁴⁴ Dit is eveneens problematisch vanuit het oogpunt van democratische legitimiteit, al was het maar omdat de toepassing van een discretionaire bevoegdheid lastig valt te controleren. Dat betekent dat de wetgever die een bepaald burgervriendelijk resultaat wil bereiken, daar ook expliciet op zal moeten inzetten.

Aanwijzingen voor de regelgeving

De overheid die hecht aan meer maatwerk in de uitvoering in het belang van de burger, doet er goed aan de Aanwijzingen voor de regelgeving nog eens tegen het licht te houden. Op sommige onderdelen passen de aanwijzingen goed bij dit streven. Zo bepleit deze circulaire duidelijkheid en eenvoud in regelgeving, waarbij bestuursbevoegdheden nauwkeurig worden genormeerd teneinde de burger voldoende rechtswaarborgen te bieden.¹⁴⁵ De regelgever moet daarbij het evenredigheidsbeginsel (conform artikel 3:4 Awb) in acht nemen.¹⁴⁶ Er zijn echter verschillende uitgangspunten in de aanwijzingen neergelegd die lastig aansluiten bij de wens tot meer maatwerk en waarin eerder elementen van de bureaucratische dan die van de responsieve rechtsstaat kunnen worden herkend. Zo hebben verschillende aanwijzingen de strekking om zo weinig mogelijk ruimte te bieden voor de individuele omstandigheden van de burger en staat bij de afweging van 'lasten' het interne bureaucratische perspectief voorop. De aanwijzingen stellen voorop dat discretionaire bevoegdheden niet worden toegekend, tenzij daarvoor goede gronden zijn.¹⁴⁷ Een regeling wordt zo vormgegeven opdat deze handhaafbaar is, zo weinig mogelijk conflicten opwekt en zo beperkt mogelijk tot lasten leidt. Deze drie uitgangspunten bevatten in de toelichting steeds een pleidooi *tegen* maatwerk. Zo dient in het kader van handhaafbaarheid een regel zo weinig mogelijk ruimte te laten voor interpretatiegeschillen en moeten uitzonderingsbepalingen tot een minimum worden beperkt.¹⁴⁸ Aanwijzing 2.8 beveelt aan een regeling zo vorm te geven dat zo min mogelijk conflicten ontstaan. Regelingen worden als in bijzondere mate conflictopwekkend gezien als zij voorzieningen en uitkeringen afhankelijk stellen van *individueel bepaalde omstandigheden* en het uitvoeringsorgaan een

¹⁴⁴ Zie bijv. Huisman & Jak, *NTB* 2019/20, p. 212-221, m.n. par. 3.

¹⁴⁵ Aanwijzing 2.14.

¹⁴⁶ Aanwijzing 2.11.

¹⁴⁷ Aanwijzing 2.14, tweede lid. Zie ook Aanwijzing 5.25 die als uitgangspunt hanteert dat regelgeving geen hardheidsclausules bevat.

¹⁴⁸ Aanwijzing 2.7, toelichting op het eerste lid.

ruime mate van discretie laten. De zorg om lastenreductie voor maatschappij en overheid draait in de uitwerking primair om het bureaucratische perspectief van de overheid, secundair om het bedrijfsleven,¹⁴⁹ en vrij onbenoemd om de burger.¹⁵⁰ Zo geeft de toelichting op Aanwijzing 2.10 mee dat de lasten voor de overheid kunnen worden beperkt door te streven naar soberheid in procedurele voorschriften (zoals inspraak). Ook wordt aandacht gevraagd voor de lasten van rechtsbescherming, waaronder de behandeling van bezwaarschriften. Deze aanbevelingen tezamen wijzen eerder op een pleidooi voor vrij rigide regelgeving, waarbij weinig ruimte bestaat voor de individuele omstandigheden van de burger, dan op een pleidooi voor maatwerk, waarin het perspectief van de burger (of inzichten in procedurele rechtvaardigheid) worden omarmd. De wetgever is als eerste aan zet om voldoende discretionaire ruimte te scheppen.¹⁵¹

3.1.3.2. *Discretionaire bevoegdheden: Wettelijk invulverbod?*

Indien gekozen is voor een discretionaire bevoegdheid, zal het bestuursorgaan moeten afwegen in hoeverre beleidsregels moeten worden opgesteld. In hoeverre de uitvoeringspraktijk discretionaire bevoegdheid in mag vullen met beleidsregels is in het Nederlandse recht niet genormeerd. Zoals hierboven al uitgebreid aan de orde kwam, zijn beleidsregels ook niet onwenselijk, omdat algemene normstelling grip geeft op de uitvoeringspraktijk voor zowel burger, rechter als bijvoorbeeld de Ombudsman. Een algemeen wettelijk verbod voor bestuursorganen om de uitvoeringsruimte die wetgeving biedt in te vullen met beleidsregels of bedrijfsregels laat zich dan ook lastig denken. De gedachte past ook lastig bij de strekking van de artikelen 1:3 lid 4 en artikel 4:81 Awb. Zelfs bij gebonden bevoegdheden kan het bestuursorgaan beleidsregels opstellen, omdat de wettelijke termen nadere precisering vergen, of de feitenvaststelling op verschillende wijzen plaats zou kunnen vinden, maar een bepaalde methode als hoofdregel de waarheidsvinding bevordert. Wet- en regelgeving is nu eenmaal vaak te globaal om de uitvoering werkelijk vorm te geven. Gepubliceerde beleidsregels verdienen vanuit rechtsbeschermingsperspectief sterk de voorkeur, omdat ze de burger (en later de rechter) handvaten geven om zijn of haar juridische positie te duiden. Van belang is vooral dat er een stelsel van beleidsregels bestaat dat enerzijds zelf voldoende normstelling biedt en responsief is, en anderzijds voldoende ruimte laat voor een situatieve beoordeling in de uitvoeringspraktijk.

Geautomatiseerde besluitvorming

Vanuit meer praktisch perspectief verdient doordenking wat de vraag naar een wettelijk verbod op beleidsinvulling betekent voor geautomatiseerde individuele besluitvorming. Een groot deel van de besluitvorming bij grote bestuursorganen als de belastingdienst, het UWV, de SVB of DUO vindt plaats met inzet van geautomatiseerde systemen. Die systemen werken aan de hand

¹⁴⁹ Zie o.a. Aanwijzing 7.5 en 9.5.

¹⁵⁰ Zie ook kritisch Scheltema, *Regelmaat* 2018, p. 122, waarin hij suggesties van de WRR aanhaalt om het burgerperspectief in de uitvoeringstoets te incorporeren.

¹⁵¹ Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 618-619.

van geprogrammeerde beslisregels, algoritmes (wat ook zogenaamde bedrijfsregels zijn). Zou het bestuursorganen worden verboden uitvoeringsruimte met bedrijfsregels in te vullen, dan houdt dat praktisch gezien een verbod op geautomatiseerde individuele besluitvorming in. Dat lijkt weinig reëel. “Het droevige imago in eigen land van Overheid en ICT gaat voorbij aan de enorme automatiseringsgraad die uitvoeringsorganisaties in de laatste decennia hebben bereikt. (...) Voor de uitvoeringsorganisaties van vandaag is het ondenkbaar dat je de opgedragen werkzaamheden nog zonder inzet van digitale technologie zou kunnen uitvoeren. Digitalisering zit in het hart van de primaire en secundaire processen. Het is de motor achter de uitvoering.”¹⁵²

Nu leidt die geautomatiseerde besluitvorming in de praktijk regelmatig tot maatwerkproblemen,¹⁵³ maar de oplossing daarvan moet niet zonder meer te worden gezocht in de afschaffing van automatisering.¹⁵⁴ Een deel van het probleem ligt in de niet-transparante beslisregels waarvan geautomatiseerde systemen gebruik maken, en die doorgaans niet door (juristen van) het bestuursorgaan worden opgesteld, maar door de software-leverancier. In het licht van rechtsbescherming bepleit Van Eck de beslisregels de status van ‘recht’ te geven, net als beleidsregels. “Daar waar beleidsregels als pseudo-wetgeving in geschillen een rol spelen, is dat niet het geval voor de algoritmen. Bij beleidsregels kan door de bestuursrechter inhoudelijk een oordeel worden gegeven over interpretatie door het bestuur van wetgeving, de redelijkheid van de wijze van uitvoering geven aan een bevoegdheid, de interpretatie van de beleidsregels (taal), de bevoegdheid van het bestuur en een discussie gevoerd worden over de vraag of er gebruik moest worden gemaakt van de inherente afwijkingsbevoegdheid.”¹⁵⁵ Dat kan allemaal nauwelijks bij de huidige veelal intransparante geautomatiseerde beslisregels. De open normen van de Awb zouden explicieter betrokken moeten worden bij het opstellen en toetsen van de beleidsregel.¹⁵⁶

Ruimte voor professionals

Bij sommige discretionaire bevoegdheden is de uitvoering niet aan geautomatiseerde systemen, maar grotendeels aan professionals overgelaten, wat tot juist een meer kritische benadering van uitvoerende regelstelling en alomvattende beleidsregels moet leiden.

Vergt de feitenvaststelling en belangenafweging daadwerkelijk een deskundigenbeoordeling, dan moet die beoordeling niet in de weg worden gezeten met over-precieze en bureaucratische regels.¹⁵⁷ Bestuursorganen moeten deze open professionele bevoegdheden vervolgens ook niet dichtregelen met allerlei beleidsregels. Juist als een professionele beoordeling vereist is, zal artikel 4:84 Awb het ook minder snel toestaan het besluit

¹⁵² ABDtopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse* 2020, p. 51.

¹⁵³ Adriaansz, *NTB* 2020/100, p. 240-249; De Poorter & Goossens, *NJB* 2019/2777, p. 3303-3312.

¹⁵⁴ Zie nader par. 2.2.2.

¹⁵⁵ Van Eck 2018, p. 429.

¹⁵⁶ Van Eck 2018, p. 427.

¹⁵⁷ Zie par. 2.2.1.

af te doen met een verwijzing naar een beleidsregel. Een professionele beoordeling vereist immers bij uitstek een situatieve beoordeling van de bijzondere omstandigheden van de situatie.

Tegelijk moet worden voorkomen dat ongenormeerde machtsuitoefening ontstaat. De wetgever zou bij de keuze voor maatwerk in regelgeving expliciet aandacht moeten geven aan de benodigde professionaliteit bij bevoegdheden en de randvoorwaarden die daaraan worden gesteld. Het is vervolgens de bestuursrechter die bij individuele besluitvorming in de gaten moet houden of de nadere normen daadwerkelijk vanuit professionele waarden, met bijbehorende kwaliteitsmechanismen zijn gesteld. Zo ja, dan zijn minder juridische instrumenten nodig om de besluitvorming te beoordelen. Zo nee, dan vergt een toetsing aan beginselen als zorgvuldigheid, evenredigheid en motivering al snel meer uitleg van de professional.

Fettering of discretion

Zoals hierboven aangegeven, is een wettelijk verbod op het invullen van discretionaire ruimte met beleidsregels moeilijk denkbaar in het Nederlandse bestuursrecht. Veel meer gaat het erom dat bestuursorganen bij de uitvoering zich niet blindstaren op de beleidsregel, maar waar nodig een afweging maken van de individuele omstandigheden. De rechter kan daar een belangrijke rol in spelen, zoals we ook zagen bij de jurisprudentie over de inherente afwijkingsbevoegdheid. In Nederland gebeurt dat vooral over de band van het evenredigheidsbeginsel, maar ook andere juridische beginselen zijn denkbaar.

In de *common law*-traditie benadert men deze problematiek over de band van het legaliteitsbeginsel.¹⁵⁸ Heeft de wetgever het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid toebedeeld, dan kan het bestuursorgaan in strijd met het legaliteitsbeginsel handelen als het deze bevoegdheid met strikt beleid omvormt tot een gebonden bevoegdheid. Dat leerstuk noemt men ook wel het verbod op ‘fettering of discretion’ of ‘fettering by rigidity’.

“Public decision-makers are expected to develop and to apply policies, precedents and guidelines, provided of course that these are in keeping with the empowering legislation. But if policies or previous decisions inevitably determine the outcome of decisions, one loses the benefits of individualized decision-making. Thus blind or rigid adherence to policies or guidelines is unacceptable in law, for it may preclude the person exercising the discretion from bringing his mind to bear in a real sense on the particular circumstances of each and every individual case coming up for decision.”¹⁵⁹

Het idee hierachter is dat een wetgever voor verschillende wijzen van uitvoering kan kiezen. Geeft hij het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid tot het nemen van individuele beschikkingen, dan impliceert dat een wil van de wetgever om de bevoegdheid op een flexibele manier aan te laten wenden. Een bestuursorgaan moet zijn beslissingsruimte dan ook benutten om een individuele afweging te maken. Het moet elk geval met een open houding benaderen,

¹⁵⁸ Voor deze paragraaf is dankbaar gebruik gemaakt van de masterscriptie van L. Mitsinga; Mitsinga 2020. Het leerstuk houdt ook verband met meer praktische noties; een verbod op rigide uitvoering moet ook voorkomen foutieve besluiten worden genomen.

¹⁵⁹ Hoexter 2012, p. 319.

met aandacht voor de relevante, individuele omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd mag een bestuursorgaan beleidsregels opstellen over de manier waarop hij zijn discretionaire bevoegdheid aanwent. Het beleid mag echter niet blindelings worden gevolgd, want dan veronachtzaamt het zijn wettelijke taak.¹⁶⁰

Uiteraard speelt bij de toepassing van dit leerstuk het materiële recht en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis een grote rol. Maakt de wetgever duidelijk dat hij een strenge uitvoering voor ogen heeft, bijvoorbeeld om bepaalde zwaarwegende algemene belangen in de samenleving te beschermen, dan zal strikt beleid eerder door de beugel kunnen. Heeft het besluit voor de burger weinig ingrijpende gevolgen, of vergt de besluitvorming maar zeer beperkt een individuele afweging, dan doorstaat meer rigide beleid eerder de rechterlijke toets.¹⁶¹ Staan daarentegen grote belangen voor de burger op het spel, waaronder fundamentele rechten, dan dient beleid voldoende flexibel te zijn, omdat de concrete omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Procedurele aspecten kunnen overigens ook een rol spelen. Worden er veel aanvragen ingediend die onderling weinig van elkaar verschillen, dan kan een beleid meer de vorm van een algemeen verbindend voorschrift aannemen en meer rigide zijn. Andersom wordt er een grotere mate van flexibiliteit vereist in gevallen waarin minder aanvragen worden ingediend, waarbij de onderliggende feiten onderling ook sterk uiteenlopen.¹⁶²

“De rechter beoordeelt bij het leerstuk van fettering niet alleen de bewoordingen van de beleidsregel. De omstandigheid dat een beleidsregel in theorie flexibel kan worden toegepast wil nog niet zeggen dat hij in de praktijk daadwerkelijk op deze manier wordt toegepast. (...) De rechter kijkt dan ook verder dan de letterlijke bewoordingen van een beleidsregel, en zoekt naar aanknopingspunten ter bevestiging van de stelling dat de regel daadwerkelijk flexibel wordt toegepast.¹⁶³ Bijvoorbeeld door gegevens op te vragen over de mate waarin in het verleden van een beleidsregel is afgeweken. Indien daaruit blijkt dat er nooit van een beleidsregel is afgeweken, is dit een sterke indicatie voor het oordeel dat de toepassing ervan onrechtmatig is.¹⁶⁴ Het kan ook zijn dat er een afwijkingsmogelijkheid in een beleidsregel is opgenomen die in de praktijk betekenisloos is, omdat daar in de meest schrijnende situaties geen gebruik van wordt gemaakt.”¹⁶⁵

Deze korte uitstap naar het *common law*-bestuursrecht laat zien dat ook zonder wettelijke verboden meer inhoud kan worden gegeven aan de toetsing van de rechtmatigheid van beleid, dat discretionaire bevoegdheden nader invult. Dat sluit goed aan bij de beweging naar een meer beginselgeleide toets aan artikel 4:84 Awb, waar het vertrouwens-, rechtszekerheids-, gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel gezamenlijk invulling geven aan de toepassing van beleidsregels.

¹⁶⁰ Perry, *Cambridge Law Journal* 2017, p. 375-398.

¹⁶¹ Mcharg, *Current Legal Problems* 2017, p. 267-303.

¹⁶² Wade & Forsyth 2014, p. 276; Woolf, De Smeth e.a. 2007, p. 491.

¹⁶³ Knight, *Judicial Review* 2009, p. 73-80, m.n. p. 78; Woolf, De Smith e.a. 2007, p. 490; Elliot & Varuhas 2017, p. 178.

¹⁶⁴ Knight, *Judicial Review* 2009, p. 78.

¹⁶⁵ Mitsinga 2020, par. 4.3.1.

Wettelijke plicht tot maatwerk?

Ook de wetgever kan een belangrijke rol spelen: hij kan niet alleen met verboden sturen, maar ook met wettelijke plichten en taken. Zijn er mogelijkheden om het bestuur in de Awb nader tot maatwerk aan te zetten? Wij zien daartoe ruimte. Zo is denkbaar dat artikel 4:84 Awb wordt geherformuleerd. Waar momenteel de navolging van de beleidsregel voorop staat en alleen onder bijzondere omstandigheden wordt afgeweken, kan dit ook worden omgedraaid. Bijvoorbeeld naar: 'Bij het afwegen van de bij het besluit betrokken belangen in de zin van artikel 3:4 Awb lid 1, betreft het bestuursorgaan de beleidsregel'. Daarmee wordt uiting gegeven aan de belangenafweging die bij elke discretionaire bevoegdheid plaats moet vinden, en aan de beginselgeleide interpretatie van artikel 4:84 Awb.

Ook is voorstelbaar dat de wens van de wetgever uitdrukking krijgt met een meer aspiratieve positieve opdracht aan het bestuur, zoals voor de rechter in artikel 8:41a Awb is gebeurd. Dat artikel draagt de bestuursrechter op het aan hem voorgelegde geschil zoveel als mogelijk definitief te beslechten. Te overwegen valt om in hoofdstuk 4 Awb een bepaling op te nemen met een taakopdracht aan het bestuursorgaan: het bestuursorgaan verricht bij het nemen van beschikkingen zoveel mogelijk maatwerk in het belang van de burger.

3.1.4. Formele rechtskracht

3.1.4.1. Achtergrond

In het Nederlandse bestuursrecht geldt het leerstuk van de formele rechtskracht: als de bezwaar- of beroepstermijn van een besluit is verlopen (en het niet vernietigd is), dan geldt dat besluit onherroepelijk als rechtsgeldig.¹⁶⁶ De formele rechtskracht vervult op zich een belangrijke rol: zij beschermt de rechtszekerheid van burgers (die op basis van vaststaande besluiten kunnen handelen) en van de overheid (die op een gegeven moment de dossiers en boekjaren kan sluiten). Tegelijkertijd staat de formele rechtskracht vaak haaks op het bieden van maatwerk: dat vereist dat de overheid reeds genomen besluiten eerlijk onder de loep durft te nemen en verandert als blijkt dat omstandigheden of behoeften zijn veranderd, of als er een fout gemaakt blijkt te zijn. Een strikte hantering van de formele rechtskracht leidt ertoe, zeker in geautomatiseerde besluitvorming, dat eenmaal gemaakte fouten jaren kunnen doorwerken. Bij de zoektocht naar een meer responsief bestuursrecht past dan ook dat ook de formele rechtskracht onder druk staat en op allerlei punten uitzonderingen worden aangenomen.¹⁶⁷ Tegelijkertijd maakt dit het leerstuk, dat uit zichzelf al notoir ingewikkeld is, soms nog complexer, terwijl de complexiteit van het onderwerp op zichzelf een belangrijk obstakel voor maatwerk is.

Meer maatwerk vereist dan ook niet alleen technische versoepelingen van aspecten van de formele rechtskracht, maar ook een andere kijk op het leerstuk. De formele rechtskracht is geen natuurwet, maar een uiting van bepaalde belangrijke principes van het recht, die soms

¹⁶⁶ Sanders 2019, p. 82 e.v. In dit rapport gaan we niet in op de betekenis van de formele rechtskracht bij schadevorderingen uit onrechtmatige overheidsdaad.

¹⁶⁷ Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 616-617; Barkhuysen, *NJB* 2019/2415.

meer of minder tot uiting komen. Daar past bijvoorbeeld bij dat in tweepartijengeschillen de formele rechtskracht minder streng kan worden toegepast, omdat daar geen concrete derdenbelanghebbenden zijn.¹⁶⁸ Tegelijkertijd betekent dat weer niet dat het gehele leerstuk moet worden afgeschaft, omdat daarmee onvermijdelijk de uitvoeringspraktijk in de knel kan komen (die moet dan immers oneindig heroverwegen).

Daarbij is het goed om in het achterhoofd te houden dat de vraag wanneer de formele rechtskracht door het bestuursorgaan mag worden tegengeworpen, een hele andere is dan de vraag wanneer het dat ook moet doen. Veel literatuur en jurisprudentie ziet met name op de eerste vraag. Daarmee lijkt het soms alsof de formele rechtskracht altijd moet worden toegepast, tenzij; maar dat is zeker niet altijd het geval. Sterker nog, wil men tot een meer responsief bestuur komen, dan zal het idee moeten worden losgelaten dat de formele rechtskracht bestuursorganen zou verhinderen om eerdere fouten te herstellen. De beginselen waar de formele rechtskracht een uiting van is, namelijk het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, doen dat soms wel, maar zeker niet categorisch. Voor de benutting van de ruimte om fouten te herstellen geeft het recht soms wel aanknoppen, maar veel zal ook afhangen van de keuzes die het bestuursorgaan zelf maakt: is het beleid om kritisch naar onherroepelijke besluiten te kijken, en bij de constatering van fouten een nieuw besluit te nemen? Investeert het bestuursorgaan daarvoor de benodigde capaciteit om fouten op te sporen en te verbeteren?

3.1.4.2. *Het herstellen van fouten*

Het recht kan het belang van een burgervriendelijke mentaliteit niet vervangen, maar speelt wel een belangrijke rol in zowel het bevorderen als beperken van de mogelijkheden voor een responsieve omgang met onherroepelijke besluiten. In deze paragraaf komen daarom de ruimte en plicht om gemaakte fouten te herstellen aan bod. Daarvoor moet goed uit elkaar gehouden worden in hoeverre het foutieve besluit zelf hersteld kan worden en in hoeverre de fout kan doorwerken in andere besluiten.

Herstellen van het foutieve besluit zelf

Soms komt het bestuur erachter dat er een fout is gemaakt in een besluit, bijvoorbeeld omdat er is uitgegaan van foutieve gegevens, en dat de burger daarom niet heeft gekregen waar hij wel recht op had.¹⁶⁹ Dat kan uit eigen onderzoek blijken, maar ook op aandragen van de burger, die ofwel zelf verbeterde gegevens aandraagt, of de overheid op een fout wijst. In tweepartijengeschillen zal er in principe niet veel aan in de weg staan voor bestuursorganen die zelf tot wijziging willen overgaan, om dit ook daadwerkelijk te doen. Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak bevestigt dit beeld in een uitspraak over de herhaalde aanvraag van artikel 4:6 Awb. Tot 2016 was het de lijn van de Afdeling dat bestuursorganen een herhaalde aanvraag, waarbij geen nieuwe informatie is, in principe wel in behandeling kan nemen, maar dat de

¹⁶⁸ Zie daarover Damen *NTB* 2020/2.

¹⁶⁹ Dit rapport gaat niet in op het ten nadele wijzigen van besluiten. Zie daarover De Kam 2016, p. 21 e.v. & p. 123 e.v.

rechter het nieuwe besluit vervolgens niet hoeft te toetsen. Na 2016 kiest de Afdeling echter een nieuwe lijn: het bestuursorgaan mag een herhaalde aanvraag weliswaar afwijzen, maar als het de aanvraag toch in behandeling neemt, dan zal de rechter het nieuwe besluit als een volwaardig nieuw besluit toetsen. In deze uitspraak overweegt de Afdeling expliciet: “Uitgangspunt is dat een bestuursorgaan in het algemeen bevoegd is om een herhaalde aanvraag inhoudelijk te behandelen en daarbij het oorspronkelijke besluit in volle omvang te heroverwegen. Het bestuursorgaan kan zo'n aanvraag inwilligen of afwijzen. Hetzelfde geldt, als een rechtzoekende het bestuursorgaan verzoekt terug te komen van een besluit.”¹⁷⁰ Analooq daaraan staat er ook niet veel aan in de weg om uit eigen beweging tot een nieuw besluit te komen, hoewel het bestuursorgaan dan wel goed zal moeten bekijken of het nieuwe besluit daadwerkelijk gunstiger is voor de belanghebbende.

Deze ruimte wordt wel door een aantal belangrijke beginselen beperkt. De meest in het oog springende zijn uiteraard het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, die met name gelden als er eventuele derden-belanghebbenden in het spel zijn. In dat geval zal hun belang expliciet moeten worden meegewogen, en kan een eventuele wijziging ten nadele van hen leiden tot een schadevergoedingsplicht.¹⁷¹ Een ander belangrijk beginsel dat niet uit het oog moet worden verloren is het gelijkheidsbeginsel. Voorkomen moet worden dat het al dan niet wijzigen van foutieve besluiten geheel afhankelijk wordt van de ‘goodwill’ van de handelend ambtenaar. Het is dus wenselijk dat bestuursorganen beleid voeren op het al dan niet in behandeling nemen van herhaalde aanvragen of verzoeken tot heroverweging. Ook wenselijk is dat de constatering en herstel van een fout leidt tot onderzoek of daar in meer gevallen sprake van is geweest, en tot herstel van deze besluiten in gelijke mate.

Hoewel er dus vaak best wat ruimte is om op foutieve besluiten terug te komen, zijn bestuursorganen in principe niet verplicht om eenmaal vastgestelde en onherroepelijk geworden besluiten te herstellen. Dat blijkt impliciet uit artikel 4:6 Awb lid 2: herhaalde aanvragen waarbij geen nieuwe feiten of omstandigheden worden aangedragen, mogen worden afgewezen onder de enkele verwijzing naar de eerdere afwijzing. Fouten die voor het besluit zijn gemaakt, kunnen als nieuw worden aangemerkt als de belanghebbende die niet bij de eerdere besluitvormingsprocedure kon of had behoren te achterhalen en tijdens eventuele eerdere procedures had kunnen aanvoeren.¹⁷² Zeker als fouten door toedoen van de overheid zijn ontstaan, bijvoorbeeld door verkeerd gebruik van gegevens in complexe beslissystemen, kan de ontdekking daarvan aanleiding geven tot een verplichting tot heroverweging (al zal het voor de burger moeilijk zijn hier uit eigen beweging achter te komen). Ook als zich geen nieuwe feiten voordoen, kan er een verplichting zijn om terug te komen op het foutieve besluit: bestuursorganen mogen een herhaalde aanvraag of een verzoek om terug te komen van een besluit niet afwijzen als dat evident onredelijk is.¹⁷³ In principe mogen bestuursorganen zelf

¹⁷⁰ ABRvS 23 november 2016, ECLI: NL:RVS:2016:3131, r.o. 3.3.

¹⁷¹ Zie De Kam, 142 e.v.

¹⁷² De Poorter 2019, *Tekst & Commentaar Awb* op artikel 4:6 Awb.

¹⁷³ ABRvS 23 november 2016, ECLI: NL:RVS:2016:3131, r.o. 3.6.

beleid voeren op de invulling van dat criterium (en is dat vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel zelfs wenselijk) en zal de rechter toetsen of het besluit voldoet aan dat beleid. Het bestuursorgaan zal echter geen beleid mogen voeren waaruit blijkt dat herhaalde aanvragen nooit in behandeling worden genomen: dan kan de rechter dat beleid zelf als onrechtmatig verklaren.¹⁷⁴

Wanneer het niet terugkomen op foute besluiten evident onredelijk is, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn als er richting belanghebbende is geïmpliceerd dat een conflict zal worden opgelost als zij een nieuwe aanvraag indient.¹⁷⁵ In ieder geval kan het enkele feit dat de eerdere beschikking wellicht onjuist is niet tot een heroverwegingsplicht leiden, aangezien dat feitelijk een extra rechtsgang voor appellant opent en daarmee de bezwaar- en beroepstermijnen van de eerdere beschikking irrelevant maakt. Uit een klein onderzoekje van annotator Marseille bleek dat in 2018 nog maar weinig beroepen op de ‘evidente onredelijkheid’ slaagden.¹⁷⁶ Dat kan anders zijn als het besluit onmiskenbaar onjuist is, hoewel ook dan het feit dat belanghebbende eerder geen rechtsmiddelen heeft aangevoerd een rol mag spelen.¹⁷⁷ In het algemeen zal de balans eerder richting de burger mogen uitvallen indien het de overheid is die de fout heeft gemaakt of als de belangen aan de kant van de burger uiterst zwaarwegend zijn. Interessant is ook de overweging van de Centrale Raad van Beroep waarbij het niet heroverwegen van het besluit wel kennelijk onredelijk was, omdat “niet [is] onderbouwd waarom het uit een oogpunt van uitvoeringslasten bezwaarlijk zou zijn om [het besluit] te herzien, terwijl het voor appellante om een aanzienlijk verschil [...]” gaat.¹⁷⁸

Dat de juridische verplichting tot het herzien van foutieve besluiten bij elkaar genomen niet bijzonder groot is, betekent natuurlijk niet dat bestuursorganen dat niet zouden moeten doen. Soepel omgaan met de ruimte tot herziening sluit goed aan bij een beweging naar meer maatwerk. In hoeverre bestuursorganen gebruik maken van de ruimte, hangt in grote mate af van de invulling daarvan door uitvoerder zelf, die daarvoor overigens wel over voldoende capaciteit moet beschikken.

Doorwerking in onafhankelijke besluiten

In latere besluiten die qua rechtsgevolg onafhankelijk zijn van vorige besluitvorming, zal de formele rechtskracht van eventuele vorige besluiten geen rol spelen. Eventuele relevante feitenvaststellingen en juridische oordelen uit het vorige besluit verkrijgen evenmin formele rechtskracht.¹⁷⁹ Dat betekent dat het bestuursorgaan in principe opnieuw een feitenvaststelling zal moeten verrichten. Daarbij zal de eerdere feitenvaststelling natuurlijk vaak wel een rol

¹⁷⁴ CRvB 31 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:363, AB 2018/308, m.nt. A.T. Marseille.

¹⁷⁵ CRvB 16 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1465, AB 2018/248, m.nt. L.J.A. Damen.

¹⁷⁶ Annotatie bij AB 2018/308.

¹⁷⁷ Zie annotator Stoepker bij CBB 15 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:20, m.nt. G.J. Stoepker.

¹⁷⁸ CRvB 16 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1465, AB 2018/248, m.nt. L.J.A. Damen.

¹⁷⁹ Polak 2019, p. 35.

spelen. Zeker bij geautomatiseerde besluitvorming, wordt zwaar geleund op informatieketens tussen verschillende bestuursorganen.¹⁸⁰ Dan kan de foutieve vaststelling van feiten grote gevolgen hebben. De oplossing daarvoor moet echter niet over de band van het leerstuk van de formele rechtskracht gevonden worden.

Herstellen foutieve gegevens in besluit later in de keten

Bij ketenbesluitvorming is er sprake van opeenvolgende zelfstandige besluiten binnen dezelfde rechtsverhouding, waarbij de latere besluiten afhankelijk zijn van de eerdere besluiten.¹⁸¹ Zeker bij ketenbesluitvorming kan het probleem van de formele rechtskracht een grote rol spelen: is de belanghebbende niet opgekomen tegen eerdere besluiten, dan kan dat later niet meer. Als de burger bijvoorbeeld niet is opgekomen tegen een lager vaststellingsbesluit van een toeslag waarvoor hij een voorschot heeft ontvangen, dan staat de hoogte van dat bedrag vast bij het invorderingsbesluit. Tegelijkertijd is dat vaak pas het moment dat de burger wordt 'wakker geschud' met het besef dat hij gaat moeten betalen en dus goed naar de besluitvorming gaat kijken.¹⁸²

In principe staat er in tweepartijengeschillen juridisch niet veel aan in de weg om in het latere besluit opnieuw onderzoek te doen naar de feitelijke gegevens en een ander besluit te nemen. Daarbij moet wel in aanmerking worden genomen dat het rechtsgevolg van het vorige besluit, bijvoorbeeld het vaststellingsbesluit, nog vaststaat. Dat betekent dat het bestuursorgaan oftewel een nieuw vaststellingsbesluit kan nemen (zoals hierboven besproken), of in het nieuwe besluit uit moet gaan van bijvoorbeeld het vaststaan van de geldschuld, maar besluit om op basis van de nieuwe gegevens niet tot invordering over te gaan. Ook hier moet het gelijkheidsbeginsel in acht worden genomen.

Maar zijn bestuursorganen daar nu ook toe verplicht? In principe ziet de formele rechtskracht van besluiten enkel op het rechtsgevolg van besluiten, en niet op de feitelijke gegevens en rechtsoordelen die daarin zijn gegeven. In ketenbesluitvorming ligt dat vaak wat genuanceerder: juist omdat het besluit voortbouwt op het vorige, lijken niet alle rechters aan te nemen dat belanghebbende bij elk nieuw besluit de feiten en juridische oordelen die in vorige besluiten zijn neergelegd kan bestrijden.¹⁸³ Dit leerstuk is sterk in beweging: met name de Centrale Raad van Beroep benadrukt dat de formele rechtskracht niet op de feitenvaststelling en de juridische oordelen ziet.¹⁸⁴ Dat betekent dat, zeker als het dossier of argumenten van de burger daar aanleiding toe geven, bestuursorganen 'gewoon' weer een onderzoeksplicht hebben om onderzoek te doen naar de feiten.

¹⁸⁰ Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018, p. 13-15, Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb*, p. 19.

¹⁸¹ Sanders 2019, p. 79.

¹⁸² Sanders 2019, p. 74-76.

¹⁸³ Hierover bestaat discussie: vergelijk Polak 2019, p. 41-44 met Sanders 2019, p. 103-105.

¹⁸⁴ Zie bijvoorbeeld CRvB 7 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1827, AB 2018/321, m.nt. M. de Witte-van den Haak. Zie hierover uitgebreid Polak 2019, p. 41. e.v.

Blijkt daaruit dat er sprake is van een onjuiste feitenvaststelling, dan staat desalniettemin het rechtsgevolg van het vorige besluit nog vast. Dat vorige besluit heeft formele rechtskracht, dus zal er in principe tot invordering overgegaan mogen gaan. Toch is ook hier het leerstuk in beweging. In sommige gevallen zal het gebruikmaken van de bevoegdheid tot het nemen van het latere besluit (zoals een invorderingsbesluit), onevenredig zijn, als duidelijk is dat het eerdere besluit ‘kennelijk onjuist’ was.¹⁸⁵ Ook hier geldt dat de invulling van de ruimte om eerdere besluiten te herstellen of om latere besluiten daar niet geheel op te baseren veelal af zal hangen van de bedrijfsvoering van het uitvoeringsorgaan.

3.1.4.3. Termijnen

De problematiek rondom de formele rechtskracht wordt in ieder geval gedeeltelijk veroorzaakt door burgers die er pas achter komen dat het besluit onjuist is nadat de bezwaar- en beroepstermijn zijn verstreken, of simpelweg dan pas in actie komen. Het soepeler omgaan met de formele rechtskracht van dat besluit is niet de enige manier om aan deze problematiek tegemoet te komen: dat kan ook door te sleutelen aan de bezwaar- en beroepstermijnen, zodat het besluit minder snel daadwerkelijk formele rechtskracht verkrijgt.

In de literatuur wordt daarom breed gepleit voor langere beroepstermijnen in het tweepartijenbestuursrecht.¹⁸⁶ Waar bijvoorbeeld in het ruimtelijke ordeningsrecht snel duidelijkheid nodig is over wie waar mag bouwen, is in het financiële bestuursrecht vaak vooral de rechtszekerheid van de overheid in het geding.¹⁸⁷ En juist in de complexe wereld van de toeslagen en uitkeringen sluiten de korte termijnen niet altijd aan bij de belevingswereld van de burger, en zijn of haar doenvermogen.¹⁸⁸ Bovendien steekt de zes-weeken termijn wat schril af bij de verjaringstermijn van vaak wel 5 jaar in het civiele recht.¹⁸⁹

Ook de rechter kan bijdragen aan een meer responsieve omgang met termijnen. Op basis van artikel 6:11 Awb kan een bezwaar- of beroepsschrift dat te laat is ingediend toch ontvankelijk worden verklaard als die termijnoverschrijding verschoonbaar is. De huidige jurisprudentielijn is echter bijzonder streng: niet veel argumenten kwalificeren als een goede reden voor overschrijding, en daarna moet de belanghebbende doorgaans binnen twee weken alsnog zijn bezwaar of beroep indienen. Door flexibeler om te gaan met deze bepaling, kan de rechter een signaal afgeven aan het bestuursorgaan dat het zich niet altijd blind moet staren op de termijn, maar ook oog moet hebben voor de individuele omstandigheden van het geval: maatwerk bieden dus.¹⁹⁰ Een meer open invulling van artikel 6:11 Awb kent overigens wel als nadeel dat de procedurele voorschriften van het eigenlijke geschil minder duidelijk worden en

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:1929, AB 2019/396.

¹⁸⁶ Damen, *NTB* 2020/2, p. 10-11; Scheltema, *Regelmaat* 2018, p. 124. Zie ook Verheij 2005, p. 2-3; Polak 2019, p. 62; Sanders 2019, p. 125-126 evenals de annotaties van Ortlep (*AB* 2018/258) en Modderman (*AB* 2019/472).

¹⁸⁷ Damen, *NTB* 2020/2, p. 10.

¹⁸⁸ Scheltema, *Regelmaat* 2018, p. 125.

¹⁸⁹ Damen, *NTB* 2020/2, p. 11.

¹⁹⁰ Damen, *NTB* 2020/2, p. 11.

er dus meer geprocedeerd zal gaan worden over de vraag of er überhaupt geprocedeerd kan worden. Dat is vanuit maatwerkperspectief minder aantrekkelijk. Dat betekent dat de rechter hoogstwaarschijnlijk nog steeds algemene regels zal blijven formuleren, maar dat neemt niet weg dat daarin meer ruimte geboden kan worden.

Waar de lengte van termijnen en de verschoonbare termijnoverschrijding vooral gaan over de vraag wanneer bestuursorganen burgers alsnog in staat *moeten* stellen het besluit aan te vechten, is een minstens zo belangrijke vraag of zij dat ook nog *kunnen* doen, ook al zijn ze daar niet toe verplicht. Termijnen, in wat voor vorm dan ook, zullen immers altijd nodig blijven om de uitvoeringspraktijk in algemene zin behapbaar te houden; maar dat betekent niet dat responsieve bestuursorganen niet zelf zouden kunnen besluiten om in bepaalde gevallen toch nog in te gaan op besluiten. Een groot struikelblok daarvoor is echt wel dat bestuursrechters momenteel ambtshalve aan termijnen toetsen.¹⁹¹ Dat betekent dat beslissingen op bezwaar, die zijn genomen naar aanleiding van een te laat ingediend bezwaarschrift, standaard worden vernietigd. Dat blijkt echter nergens uit de Awb.¹⁹² Door toe te staan dat bestuursorganen te late bezwaarschriften toch in behandeling nemen, kan de rechter ruimte creëren voor responsieve bestuursorganen die buiten de minimumeisen van het recht rechtsbescherming willen creëren.¹⁹³ Een dergelijke lijn zou ook goed aansluiten bij de vergelijkbare ontwikkeling die de omgang met artikel 4:6 Awb heeft doorgemaakt.¹⁹⁴

¹⁹¹ Schreuder-Vlasblom, p. 355 e.v., 366 e.v.

¹⁹² Koenraad noemt het 'rechtersrecht', zie annotatie bij ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1107, AB 2019/241.

¹⁹³ Zie het pleidooi van Jue, *NJB* 2020/184 om deze jurisprudentielijn aan te passen.

¹⁹⁴ Zie annotator Koenraad bij ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1107, AB 2019/241.

Oplossingsrichtingen “Maatwerk in regelgeving, beleid en uitvoering”

Wetgever

- Houd de Aanwijzingen voor de regelgeving tegen het licht en versterk het burgerperspectief in de uitvoeringstoets
- Overweeg een maatwerkopdracht voor het bestuur in hoofdstuk 4 Awb
- Een verbod op invulling door beleids-/bedrijfsregels maakt de burger nog afhankelijker van het bestuur en verzwakt zijn rechtsbeschermingspositie
- Geef algoritmes de status van beleidsregels
- Bezie de voor- en nadelen van het openstellen van beroep tegen beleidsregels (artikel 8:3 Awb).
- Overweeg een herformulering van artikel 4:84 Awb
- Overweeg in het tweepartijenbestuursrecht langere bezwaar- en beroepstermijnen in te voeren

Bestuur

- Een discretionaire bevoegdheid vereist op grond van het evenredigheidsbeginsel een individuele afweging: beleidsregels kunnen daar invulling aan geven, maar kunnen die nooit vervangen
- Geef een beginselgeleide invulling aan artikel 4:84 Awb: weeg het rechtszekerheids-, vertrouwens-, gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel contextueel af.
- Het evenredigheidsbeginsel verplicht onder omstandigheden tot afwijken van de (letterlijke tekst van) gebonden bevoegdheden
- Overweeg een ruimhartiger beleid inzake het herstellen van foutieve besluiten; de formele rechtskracht staat hier niet categorisch aan in de weg

Rechter

- Geef meer materiële invulling aan het evenredigheidsbeginsel
- Geef de toetsing van de rechtmatigheid van beleidsregels in abstracto vorm
- Overweeg daarbij een leerstuk als *fettering of discretion* als onderdeel van het legaliteitsbeginsel te zien
- Herzie ambtshalve toetsing van de bezwaartermijn

3.2. Maatwerk in bezwaar

II.1 Is het passend de PCMO-aanpak meer dwingend voor te schrijven, bijvoorbeeld door het wijzigen van procedures met een formaliserend karakter of het inbouwen van oplossingsgericht informeel contact (bv 4:12 Awb)?

II.2 Op welke wijze kan worden bevorderd dat een goede invulling wordt gegeven aan de bezwaarfase?

3.2.1. Prettig contact: regel of cultuur?

De afgelopen jaren is veel onderzoek gedaan naar het functioneren van de bezwaarfase. Het conflictoplossend vermogen van de huidige bezwaarfase is momenteel al behoorlijk sterk. Uit empirisch onderzoek blijkt dat voor de meeste rechtsgebieden 90% van de geschillen wordt opgelost in de bezwaarfase.¹⁹⁵ ‘Een goede invulling’ van de bezwaarfase in het kader van maatwerk incorporeert inzichten vanuit procedurele rechtvaardigheid. Hoe dat uitwerkt voor het bestuursrecht – en meer in het bijzonder de bezwaarfase – is voor het eerst uitgewerkt in het kader van de derde evaluatie van de Awb. Laemers e.a. geven aan dat het voor burgers belangrijk is daadwerkelijk door het bestuursorgaan te worden gehoord, dat ze invloed willen kunnen uitoefenen op het verloop van de procedure (zoals gelegenheid hebben om argumenten en bewijsstukken naar voren te brengen), dat zij geïnformeerd willen worden over het verloop van de procedure en dat zij eerlijk, open en met respect behandeld willen worden. Deze inzichten vallen echter lastig naar een uniforme regeling te vertalen:

“Uit de wel in empirisch onderzoek vastgestelde behoefte van burgers om van de overheid toelichting en motivering te krijgen en zelf hun zegje te kunnen doen, kan worden afgeleid dat er behoefte is aan maatwerk ten aanzien van de inhoudelijke behandeling. De Awb is zodanig ruim geformuleerd dat niet de Awb zelf, maar de wijze van omgang ermee door beslissers bepalend is voor de ervaringen van burgers.”¹⁹⁶

Die bevinding komt ook in latere onderzoeken vele malen naar voren, zoals recent nog in de onderzoeken van Wever en Mein & Marseille. Wever verrichtte promotieonderzoek naar de kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures. Door middel van een web-enquête onder 194 professionele rechtshulpverleners onderzocht hij of verschillende variabelen (zoals interne of externe procedure, formeel of informele aanpak) de ervaren kwaliteit beïnvloeden. Ook hij concludeert dat “de ervaren kwaliteit van de bezwaarbehandeling veel sterker samenhangt met de *opstelling* van de persoon die de hoorzitting of het informele gesprek leidde dan met de wijze waarop de procedure is *vormgegeven*.”¹⁹⁷ Variabelen als een formele of informele procedure of een interne dan wel externe procedure leverden geen significante verschillen op. Legt een bestuursorgaan in beleid vast dat een informele, oplossingsgerichte aanpak in bezwaar de regel

¹⁹⁵ Boekema 2015, p. 49.

¹⁹⁶ Laemers e.a. 2007, p. 74-75.

¹⁹⁷ Wever 2020, p. 214.

is, dan nog zien we dat de praktijk zich maar beperkt naar dat beleid vormt. Mein & Marseille deden onderzoek naar de factoren die bepalen of het oplossingsgerichte werken daadwerkelijk van de grond komt. “Drie factoren – die alle drie verband houden met de cultuur binnen de betreffende overheidsorganisatie – lijken een belangrijke rol te spelen: de inzet van de bezwaarbehandelaars, de steun van hun leidinggevend en de relatie met de vakafdeling.”¹⁹⁸ De bezwaarbehandelaar kan meer of minder oplossingsgericht zijn, waarbij de mate waarin hij of zij door de leidinggevende wordt aangemoedigd én de vakafdeling mee wil denken en werken aan oplossingen, bepalend zijn. Het recht – ook het procesrecht van de Awb – heeft op die factoren beperkte invloed.

Moet PCMO meer dwingend worden voorgeschreven? Uit het bovenstaande blijkt dat een oplossingsgerichte aanpak allesbepalend is voor een burgervriendelijke bezwaarprocedure en dat de Awb daar alle ruimte voor geeft; er hoeven geen procesrechtelijke barrières te worden weggenomen. Tegelijk moeten we concluderen dat het recht maar beperkt de cultuur binnen bestuursorganen vormt. Dat laat onverlet dat met een positieve taakopdracht kan worden gewerkt, zoals voor de bestuursrechter is opgenomen in artikel 8:41a Awb en wij in de vorige paragraaf suggereerden voor het bestuursorgaan in hoofdstuk 4 Awb. Een door de wetgever uitgesproken taakopdracht heeft de potentie de cultuur te veranderen van een defensieve juridische verdediging van het bestreden besluit naar een meer oplossingsgerichte aanpak in bezwaar. Zo zou in het begin van hoofdstuk 7 Awb kunnen staan dat het bestuursorgaan onderzoekt of het tot een bevoegdheidsuitoefening kan komen die voor belanghebbenden aanvaardbaar is. Wever deed recent dit voorstel, onder verwijzing naar en reflectie op eerdere voorstellen om PCMO meer dwingend voor te schrijven.¹⁹⁹ Ook zou men de bevoegdheidsuitoefening minder centraal kunnen stellen en het bestuursorgaan een plicht kunnen toebedelen om te onderzoeken of het door de bezwaarmaker naar voren gebrachte probleem in bezwaar kan worden opgelost. Een andere mogelijkheid is om de plicht tot volledige heroverweging in bezwaar in artikel 7:11 Awb hernieuwd te interpreteren, zodat deze ook de plicht omvat om de bezwaren van belanghebbende zorgvuldig in kaart te brengen en te onderzoeken of meer aan zijn belangen tegemoet kan worden gekomen.

3.2.2. Procedurele rechtvaardigheid en het belang van procedureel recht

Verschillende onderzoeken naar het zelfstandige belang van procedurele rechtvaardigheid op het procesgedrag van burgers, zetten aan tot het nog eens kritisch doordenken van het gerelativeerde belang van besluitvormingsprocesrecht. De tendens de afgelopen jaren was om procedures meer ‘effectief’ te maken, gericht op een definitieve beslechting van het geschil. Procedures kunnen onrechtmatig zijn verlopen, maar als uiteindelijk blijkt dat die gebreken de inhoud van het besluit niet raken, dan kan het besluit overeind blijven, ofwel door toepassing van artikel 6:22 Awb, dan wel door in stand lating van de rechtsgevolgen. Ook de introductie

¹⁹⁸ Mein & Marseille, *NTB* 2019, p. 371.

¹⁹⁹ Wever 2020, p. 222-225. Eerdere voorstellen werden o.a. gedaan door Brenninkmeijer & Marseille, *NJB* 2011/1586 en Allewijn, *NTB* 2007.

van het relativiteitsvereiste draagt bij aan de relativering van het belang van goede procedures. De rechter beziet of eiser een beroep kan doen op het materiële recht, omdat dat zijn belang beoogt te beschermen; besluitvormingsprocesrecht heeft geen zelfstandig beschermingsbereik. Deze ontwikkeling zet alle peilen op distributieve rechtvaardigheid en lijkt een negatief effect te hebben op het belang van procedurele rechtvaardigheid. Als de bestuursrechter gebreken in het besluitvormingsprocesrecht niet corrigeert, kan dit bij bestuursorganen leiden tot een gebrek aan externe motivatie om toch te voldoen aan bepaalde procedurele vereisten. Dit wordt wel schaduwwerking van het recht genoemd.²⁰⁰ Paradoxaal genoeg kan zo de wens tot zoveel mogelijk definitieve geschilbeslechting op de lange termijn meer geschillen genereren, omdat bestuursorganen onvoldoende belang zien in het optimaliseren van bevredigende procedures waarin de burger zich rechtvaardig behandeld voelt.

3.2.3. Hoorplicht in bezwaar

Schending van de hoorplicht in bezwaar kan op grond van artikel 6:22 Awb worden gepasseerd als aannemelijk is dat de belanghebbende daardoor niet is benadeeld. Een bestuursorgaan dat in strijd met artikel 7:2 Awb verzuimt de indiener van het bezwaar te horen, zal daar regelmatig geen juridische consequenties van ondervinden. Vaak hebben belanghebbenden inmiddels in beroep aan het woord kunnen komen, waardoor ze alsnog hun zegje hebben kunnen doen en niet zijn ‘benadeeld’. Deze jurisprudentielijn stimuleert niet om ruimhartig te horen in bezwaar.

Deze lijn lijkt in het concrete geval ‘efficiënt’, maar het is de vraag of deze dat ook op macroniveau is. Zo deed Sanders onderzoek onder indieners van bezwaarschriften. Burgers die tijdens een bezwaarprocedure werden gehoord door het bestuursorgaan gingen minder vaak in beroep dan degenen die niet werden gehoord. De groep die was gehoord bleek vaker overtuigd van de correctheid van de beslissing van het bestuursorgaan dan degenen die niet waren gehoord.²⁰¹ Vanuit een meer realistisch burgerbeeld kan vaak lastig worden gezegd dat een burger niet benadeeld is door het achterwege laten van de hoorzitting. Uit studies naar procesgedrag blijkt hoe belangrijk een mondelinge en op maat gesneden toelichting is voor de voorlichting van burgers én hoe belangrijk het is dat een bezwaarde zich gehoord voelt. De ‘benadeling’ zit er in ieder geval in dat het zogenaamde ‘fair process effect’ uitblijft. Horen in bezwaar kan onnodig doorprocederen voorkomen.

Vanuit eenzelfde procedurele rechtvaardigheidsgedachte stelt Scheltema voor artikel 7:3 Awb nog eens kritisch tegen het licht te houden. Dat artikel maakt het onder andere mogelijk de hoorzitting in bezwaar achterwege te laten in het geval het bezwaar ‘kennelijk ongegrond is’:

“De bepaling is ingegeven door de gedachte dat het horen nauwelijks nog relevant kan zijn voor de beslissing op bezwaar: het is al direct duidelijk dat het bezwaar nergens op slaat. Maar vanuit de gedachte van procedurele rechtvaardigheid kan men tot de tegenovergestelde conclusie komen: de betrokken burger is kennelijk zo slecht op de hoogte van zijn rechtspositie dat juist

²⁰⁰ Nijmeijer e.a., *Evaluatie 8:69a & 8:22 Awb 2015*, p. 18. De onderzoekers concluderen op basis van een empirisch onderzoek dat schaduwwerking van het relativiteitsvereiste aannemelijk is, Nijmeijer e.a. 2015, p. 68.

²⁰¹ Sanders 1999, p. 194-195.

*met hem een gesprek nodig is om het vertrouwen te geven of te herstellen dat de overheid serieus met zijn belangen omgaat.*²⁰²

Uiteraard voorziet Scheltema de voor de hand liggende reactie vanuit uitvoeringsorganisaties dat een dergelijke hoorplicht al snel tot overbelasting van de organisatie leidt. Maar ook hij vraagt om een macro-perspectief op geschilbeslechting: “Naarmate dat vertrouwen [in de overheid] slinkt, zal de burger naar andere bronnen omzien, en sneller zijn toevlucht zoeken in allerlei formele procedures. Het zou daarom goed kunnen zijn dat de overheid die de toegang tot geschilbeslechting bemoeilijkt en formaliseert meer conflicten uitlokt dan de overheid die vanaf een vroeg stadium serieus openstaat voor hetgeen de burger naar voren wil brengen.”²⁰³

3.2.4. Zorgplicht in bezwaar

Recent trok A-G Niessen dit burgerperspectief door naar de opstelling van de belastinginspecteur, waaronder de opstelling in bezwaar. Niessen schetst het debat in het algemene bestuursrecht en de zorgplichten die voor verschillende machtige partijen bestaan (aanbieders van financiële producten, werkgevers) om meer kwetsbaren in de samenleving voor te lichten over hun juridische positie en de door hen te maken keuzes bij complexe producten / regelgeving.²⁰⁴ Bekend is dat het fiscale recht zeer complex is en voor vele burgers niet te begrijpen zonder hulp van een adviseur. “Evenmin bestaat bijvoorbeeld een app waarop een belastingplichtige met een druk op de knop informatie zou kunnen krijgen over fiscaal ‘riskante’ voornemens.” Nu belastingaanslagen niet op aanvraag worden genomen en de gemiddelde burger geen vooroverleg krijgt, is de ruimte die de belastinginspecteur heeft om tijdig voorlichting te geven beperkt. De bezwaarfase moet dat compenseren. “De vraag die aan het begin is gesteld, te weten of de overheid een zorgplicht heeft voor gevallen waarin belastingplichtigen in problemen geraken door een tekort aan zelfredzaamheid in verband met gecompliceerde fiscale regelgeving, moet dan ook in beginsel bevestigend worden beantwoord. (...) Van de medewerkers van de Belastingdienst kan worden verwacht dat zij ernaar streven om waar dat mogelijk is belastingplichtigen die onnodig en kennelijk onbewust handelingen verrichten die voor hen onbedoelde en onverwachte substantiële fiscale nadelen brengen, daarop te attenderen, informatie te verstrekken en te bespreken of en hoe zij deze nadelen kunnen vermijden.”²⁰⁵ Een meer volwaardige invulling van de bezwaarfase, waar het bestuur invulling geeft aan zorgplichten en minder aan de vraag of het besluit houdbaar is in rechte, is duidelijk het devies. Het idee van een bijzondere zorgplicht voor de overheid als zij zelf complexe systemen ontwikkelt, waarin een burger gemakkelijk vast kan lopen, komt ook in onderzoeken naar algoritmische besluitvorming naar voren.²⁰⁶ De eisen die het

²⁰² Scheltema, *Regelmaat* 2018, p. 130.

²⁰³ Scheltema, *Regelmaat* 2018, p. 130.

²⁰⁴ Ook Damen 2018, i.h.b. p. 33 wijst op de vergaande zorgplichten ten behoeve van consumentenbescherming en de wenselijkheid die door te trekken naar burgerbescherming.

²⁰⁵ Conclusie A-G Niessen van 15 mei 2020, ECLI:NL:PHR:2020:486.

²⁰⁶ Drouen & Van Eck, *TvT* 2020, p. 32-35.

zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) aan het bestuursorgaan stelt, kunnen worden opgeschroefd.

Niet alleen technische financiële regelgeving of algoritmische analyses zouden een bijzondere zorgplicht moeten kunnen entameren. Er zijn meer situaties denkbaar waarin de burger in de bestuursrechtelijke uitvoering knel komt te zitten, mede door handelen van het bestuur. Daarbij kan gedacht worden aan vertrouwen dat door ambtenaren is gewekt, waarbij later blijkt dat aan de gewekte verwachtingen geen gevolg kan worden gegeven. Vooral in uitvoeringspraktijken waarin vooroverleg gebruikelijk is, de problemen rond nakomen van gewekte verwachtingen bekend zijn én er voor de burger grote investeringsbeslissingen op het spel staan, zou een bijzondere zorgplicht passen binnen een responsief bestuursrecht. Het omgevingsrecht biedt daar een goed voorbeeld van.²⁰⁷ Zo zou een bijzondere zorgplicht eruit kunnen bestaan dat bij voor de burger ingrijpende beslissingen de juiste mensen aan tafel zitten, er afstemming met bevoegde organen plaatsvindt en zo nodig een schadevergoedingsplicht volgt.

3.2.5. Taakopdracht of sanctie

Op verschillende wijzen kan worden bevorderd dat een goede invulling wordt gegeven aan de bezwaarfase. De ervaringen van burgers lijken met name afhankelijk van de opstelling van degene die hun bezwaar behandelt. Die opstelling kan worden beïnvloed door scholing (zowel in de mogelijkheden van de Awb als in inzichten in conflictgedrag) en vaardighedentrainingen. Ook de cultuur binnen bestuursorganen, waarin ambtenaren in een veilige omgeving eigen verantwoordelijkheid kunnen nemen, is van belang.

De wetgever die met het recht wil sturen, staan verschillende mogelijkheden ter beschikking. Wij suggereerden ook in bezwaar een wettelijke taakopdracht op te nemen, die het bestuursorgaan aanzet responsief te handelen. Aanpassingen in artikel 6:22 of 7:3 Awb kunnen bestuursorganen daarnaast het signaal geven dat procesrechtelijke bepalingen een zelfstandige waarde hebben, met een eigen beschermingsbereik. Ook is mogelijk om het voorstel tot wijziging van het Besluit proceskosten bestuursrecht aan te grijpen.²⁰⁸ In internetconsultatie is voorgesteld de bestuursrechter ruimere mogelijkheden te geven om bestuursorganen in de proceskosten te veroordelen. De bestuursrechter kan het forfaitaire bedrag aan proceskostenvergoeding verhogen 'bij kennelijk onredelijk handelen van het bestuursorgaan'. Dit voorstel is gedaan in lijn met een aanbeveling van de Commissie evaluatie puntentoekenning gesubsidieerde rechtsbijstand (commissie Van der Meer). De commissie wijst op de rol van de overheid als veroorzaker van een deel van de vraag naar rechtsbijstand. Bestuursorganen zouden soms te weinig oog hebben voor de kosten van rechtsbijstand voor burgers en voor hun eigen aandeel in de noodzaak voor burgers om te procederen, bijvoorbeeld door hen lang in onzekerheid te laten verkeren. De toelichting op het wijzigingsvoorstel van het

²⁰⁷ Zie ook Damen 2018, p. 52-54.

²⁰⁸ <https://www.internetconsultatie.nl/proceskostenvergoeding>.

Besluit proceskosten bestuursrecht zou ook aandacht kunnen vragen voor de situatie waarin het bestuursorgaan zich onvoldoende heeft ingespannen om het conflict vroegtijdig op te lossen of geen zorgplicht heeft vervuld, terwijl dat in die omstandigheden wel van het bestuur had kunnen worden verlangd.

Oplossingsrichtingen “Maatwerk in bezwaar”

- Overweeg een taakopdracht voor het bestuursorgaan in hoofdstuk 7 Awb op te nemen
- Herwaardeer het belang van procedurele voorschriften; zij brengen een procedure die als procedureel rechtvaardig wordt beleefd dichterbij
- Besteed bij voorstellen voor ‘efficiënte procedures’ meer aandacht aan het macro perspectief
- Overweeg sub b uit artikel 7:3 Awb te laten vervallen
- Leg ‘benadeling’ in artikel 6:22 Awb anders uit, met aandacht voor het burgerperspectief
- Ontwikkel een bijzondere zorgplicht voor het bestuur bij complexe regelgeving en uitvoering (inclusief algoritmische besluitvorming)
- Grijp het voorstel tot wijziging van het Besluit proceskosten bestuursrecht aan om bestuursorganen ertoe aan te zetten geschillen vroegtijdig op te lossen

3.3. Maatwerk aan de voorkant

III.1 In hoeverre kunnen bestuursorganen worden verplicht om bij de toepassing van beleidsregels of bedrijfsregels de beslissing te motiveren door het tonen van de feiten en de stappen waarop de beslissing is gebaseerd (nadere invulling motiveringsbeginsel)?

III.2 Op welke andere wijze zouden in het primaire proces gevallen kunnen worden herkend, waarbij aanleiding bestaat te onderzoeken of maatwerk aan de orde is, zonder dat de uitvoeringspraktijk in het geding komt.

III.3 Kunnen beschikkingen zo worden vormgegeven, dat ze bijdragen aan voorkoming of vroegtijdige oplossing van geschillen?

3.3.1. Motiveringsplicht

Bestuursorganen dienen hun besluiten te motiveren, zo verlangt het motiveringsbeginsel. Dat motiveringsbeginsel bevat zowel een formele als een materiële component, neergelegd in de artikelen 3:46 en 3:47 Awb. Allereerst moet de motivering kenbaar zijn. De burger moet uit de gegeven motivering kunnen afleiden waarom het bestuursorgaan een bepaald besluit heeft genomen. Hij of zij kan vervolgens bepalen of die motivering hem of haar overtuigt en of hij of zij rechtsmiddelen aan wil wenden. Daarnaast moet de motivering het besluit inhoudelijk kunnen dragen. Alle relevante argumenten moet het bestuur bij de beoordeling hebben betrokken en alle irrelevante factoren moeten daarbuiten zijn gebleven.

Deze motiveringsplicht is in artikel 4:82 Awb verlicht. Is een beschikking genomen in lijn met algemeen beleid, dan kan het bestuursorgaan ter motivering van die beschikking volstaan met verwijzing naar dat beleid (hoewel alleen als dat is neergelegd in de vorm van een beleidsregel). “Dit betekent, dat de bij de totstandkoming van het beleid *in algemene zin* gemaakte keuzen niet steeds opnieuw behoeven te worden gemotiveerd.”²⁰⁹ De wetgever heeft destijds in de memorie van toelichting al aangegeven dat dat niet betekent dat het bestuursorgaan helemaal niets hoeft te zeggen over de vraag of dit individuele geval onder de toepassing van de beleidsregel valt of dat aanleiding bestaat om af te wijken. “Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat ook indien een beleidsregel is toegepast, het bestuursorgaan, bijvoorbeeld bij verschil van mening over de kwalificatie van de feiten, zo nodig zal moeten motiveren waarom de beleidsregel in het concrete geval van toepassing is geacht. Bovendien zal het bestuursorgaan in voorkomende gevallen moeten aangeven, waarom geen of juist wel bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel [4:84], die tot afwijking van de beleidsregel nopen, aanwezig zijn geacht.”²¹⁰

De vraag is of in de Awb bestuursorganen kunnen worden verplicht om niet alleen in ‘voorkomende gevallen’, maar in alle gevallen te motiveren hoe de beleidsregel op de individuele casus past. Het moet dan aangeven van welke feiten het uitgaat en via welke stappen tot het

²⁰⁹ PG Awb III, p. 295-296.

²¹⁰ PG Awb III, p. 295-296.

besluit is gekomen. Bovenstaande vraag beantwoorden wij bevestigend. Wij zien niet in welke rechtsregel de wetgever zou verhinderen de plichten die het bestuursorgaan bij de uitvoering heeft te vervullen te verzwaren. Dat het bestuursorgaan een motiveringsplicht heeft, volgt uit zowel nationale als Europese en internationale jurisprudentie. Het huidige artikel 4:82 Awb geeft een verlichting van die motiveringsplicht voor de *algemene* belangenafweging, niet voor de *individuele* belangenafweging. Dat zou in artikel 4:82 expliciet tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Artikel 3:47 Awb kan worden aangevuld met een plicht om de vastgestelde feiten en de beoordelingsstappen te vermelden. Bij geautomatiseerde besluitvorming zal die motivering veelal ook geautomatiseerd uit het systeem rollen. Een aangezette motiveringsplicht zou dan in ieder geval bestuursorganen dwingen om de ‘berekeningen’ door het algoritme in *natural language* beschikbaar te stellen. In de literatuur is al vaker bepleit juist bij geautomatiseerde besluitvorming het motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren, zodat het besluit daadwerkelijk kan worden gecontroleerd.²¹¹ Technologie kan daarbij ook een deel van de oplossing zijn, omdat deze burgervriendelijke communicatie op maat kan faciliteren.²¹²

Een belangrijke vervolgvraag is of de aangezette motiveringsplicht tot meer maatwerk leidt. Het is voorstelbaar dat een aangezette motiveringsplicht ten aanzien van de individuele feiten én belangen de beslisambtenaar aanzet om zich af te vragen of individuele omstandigheden afwijking van het beleid vergen. Naar psychologische inzichten vertaald: een ambtenaar die moet specificeren wat de kenmerken van het individuele geval zijn, triggert zijn ‘system 2’ waarin hij of zij beredeneert of de algemene uitgangspunten voor de standaardoplossing ook opgaan in dit concrete geval.²¹³ Materieel maatwerk komt dan eerder binnen handbereik. Of die verwachting werkelijkheid wordt, hangt in grote mate af van de aard van het gevoerde beleid, de organisatiecultuur en de werking van ondersteunende software. Als het betreffende bestuursorgaan een strikt beleid hanteert of de uitkomst van het geautomatiseerde systeem klakkeloos overneemt, zal een aangezette motiveringsplicht weinig doen voor de inhoud van het besluit.

3.3.2. Procedurele rechtvaardigheid

Dat wil niet zeggen dat een meer geïndividualiseerde motivering zonder zin is. Zij heeft potentie om bij te dragen aan de acceptatie van het besluit en het vertrouwen dat de burger in het bestuur heeft. Zoals in paragraaf 2.1.4 aan bod kwam is het lastig een bepaalde procedure te ontwerpen die optimaal als procedureel rechtvaardig wordt beleefd; het gaat steeds om een contextafhankelijke, subjectieve beleving. Toch gaat men er in het algemeen vanuit dat participatie (*voice & consideration*), neutraliteit en betrouwbaarheid van de beslisser, een respectvolle bejegening en informatie over procedure en mogelijke uitkomst (*explanation*) leiden tot een grotere rechtvaardigheidsbeleving bij de burger. Een motivering waaruit blijkt

²¹¹ Vgl. Advies Afdeling advisering Raad van State van 31 augustus 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557; Adriaansz, *NJB* 2020/100, p. 244 e.v.

²¹² De Poorter & Goossens, *NJB* 2019/2777, p. 3308; Van Heukelom-Verhage 2020, p. 213.

²¹³ Zie voor een populair wetenschappelijke ontsluiting Kahneman 2011.

dat het bestuursorgaan zicht heeft op de individuele feiten en omstandigheden en uitlegt waarom het bestuursorgaan tot een bepaald besluit is gekomen, investeert in consideratie en uitleg. Bij de beantwoording van de onderzoeksvragen moet worden bedacht dat de beschikking een bron vormt aan de hand waarvan de burger zich laat informeren, maar dat de wijze van vormgeven van de beschikking niet allesbepalend is voor zijn beleving van procedurele rechtvaardigheid.

Het element 'voice' kan er bij primaire besluitvorming wat bekaaid vanaf komen. Een aanvrager van het besluit heeft via het invullen van een aanvraag- of webformulier de mogelijkheid om eigen informatie en bewijsstukken in te brengen. Een complicatie kan zijn dat het formulier alleen die feiten en omstandigheden uitvraagt waarmee het bestuursorgaan bij het opstellen van beleid al rekening heeft gehouden. Er is dan beperkt ruimte om het beslissysteem te voeden met informatie waaruit blijkt dat de aanvrager in een bijzondere positie verkeert die afwijking van het beleid vergt. Dat is gelijk de zwakte van de oplossing om steeds een hardheidsclausule op te nemen bij geautomatiseerde besluitvorming. Hoe komt het systeem aan de data waaruit de noodzaak tot afwijken zou kunnen blijken? Van Heukelom bepleit om in softwareprogramma's steeds een 'stop knop' of 'ik pas niet in het systeem knop' in te bouwen, zodat er ruimte ontstaat voor andersoortig contact én andersoortige informatie. Meer in het algemeen beveelt zij aan om de burger al in het ontwerp van de applicaties centraal te stellen, waarbij voldoende maatwerk als een ontwerpeis wordt geformuleerd.²¹⁴ Dat zou het element 'voice' zeker doen versterken.

3.3.3. Hoorplichten in primo

'Voice' – en de beleving van procedurele rechtvaardigheid in haar vele facetten - kan ook worden versterkt door in primo meer ruimhartig te horen. Uit de vele studies naar de werking van de bezwaarfase blijkt dat de hoorzitting van groot belang is voor het geschiloplossend vermogen van die procedure. De hoorzitting vormt bij uitstek het moment om zorg te tonen voor het verhaal en het belang van de burger, blij te geven van een respectvolle bejegening en informatie op maat te verstrekken over procedure en mogelijke uitkomst. Die inzichten rechtvaardigen de hypothese dat horen van de burger al bij de voorbereiding van het primaire besluit een positief effect heeft op zijn acceptatie van het besluit, wat in experimenten bij bestuursorganen zou kunnen worden getoetst. Uiteraard vraagt ook dit een forse investering van het bestuursorgaan, die lang niet altijd mogelijk is. Bij de beoordeling van die investering zouden resultaten uit eerdere empirische studies moeten worden betrokken, zoals het *sunk cost effect* (eenmaal geïnvesteerd in juridische procedures zet men eerder door om de kosten 'terug te verdienen') en de kennis dat tot aan de rechter procederende burgers vaak repeatplayers zijn.²¹⁵ Wederom heeft de investering in zorgvuldige procedures de potentie om zich op macro-niveau terug te verdienen.

²¹⁴ Van Heukelom-Verhage 2020, p. 211.

²¹⁵ Zie par. 2.2.1..

Deze analyse vraagt om kritische doordenking van de regeling van de plicht tot horen van de belanghebbende bij het primaire besluit in de artikelen 4:7 en 4:8 Awb. Kort gezegd dient een belanghebbende alleen te worden gehoord als het bestuursorgaan daar zelf behoefte aan heeft. Een meer precieze voorwaarde is dat het voorgenomen, voor de burger negatieve, besluit steunt op gegevens over feiten en belangen die hem betreffen en de gegevens niet zelf door hem zijn verstrekt of daarvan afwijken. De nadruk ligt sterk op de feitenvaststelling en de informatievergaringsbehoefte bij het bestuur, niet op het belang voor de burger. Zo noemt de toelichting op artikel 4:7 Awb dat niet hoeft te worden gehoord als de aanvrager een beroep doet op een hardheidsclausule.²¹⁶ In dat geval hebben burger en bestuur geen geschil over de feiten, maar over het beleid en is er geen informatiebehoefte bij de overheid.

In artikel 4:12 Awb is vervolgens een ruimhartige uitzondering op de hoorplicht gemaakt voor financiële beschikkingen. De massaliteit van veel financiële beschikkingen maakt een ruime hoorplicht lastig uitvoerbaar. Bovendien kunnen de nadelige financiële gevolgen van het besluit ongedaan worden gemaakt in bezwaar. Ook speelt mee dat deze besluiten vaak berusten ‘op eenduidige regels en gemakkelijk vast te stellen feiten’.²¹⁷ Wie de recente crisis in de Toeslagenproblematiek in gedachten heeft, zal moeite hebben zich door deze overwegingen te laten overtuigen. De Awb van 1994 gaat sterk uit van het idee dat een burger de gegevens over zichzelf verschaft die nodig zijn voor een beschikking. Inmiddels weten we door ketenbesluitvorming en datakoppeling dat die burger zeer weinig regie heeft over die gegevens, een flinke bewijslast draagt om onjuistheden aan te tonen en data lastig gecorrigeerd kunnen worden. Juist bij financiële besluiten is de regie van de burger door het verstrekken van gegevens in veel procedures verdwenen. Daarnaast is veel financiële wetgeving allesbehalve ‘eenduidig’ (en als het dat wel is, wordt nu juist door velen bepleit meer ruimte te maken voor maatwerk).

“Ook op andere manieren draagt de overheid bij aan de complexiteit van financiële planning. De Nationale ombudsman concludeerde in 2013 dat overheidsregelingen zo complex zijn en vaak zo onoverzichtelijk en onvoorspelbaar in hun uitwerking, dat er meer probleemschulden ontstaan. Er zijn zo veel regelingen dat veel mensen niet meer weten waarop zij recht hebben, en financiële planning bijna onmogelijk is (Actal 2014). Onderzoeksbureau Deloitte telde voorjaar 2014 in totaal 27 verschillende inkomensregelingen waarop een huishouden in potentie aanspraak kan maken. Bij de berekening waarop iemand volgens die regelingen recht heeft, worden in totaal zeven verschillende definities voor inkomen en vermogen gehanteerd. Zo moet de burger onderscheid weten te maken tussen inkomensbegrippen als verzamelinkomen, toetsingsinkomen, besteedbaar inkomen en netto-inkomen. En voor het aanvragen van bijvoorbeeld kwijschelding van gemeentelijke belastingen moeten soms wel vijftien bewijsstukken worden overlegd. Bovendien veranderen de regels nogal eens.”²¹⁸

Alleen voor subsidiebesluiten maakt artikel 4:12 Awb een uitzondering en moet het bestuur wel vaak horen, omdat een ingetrokken subsidie tot ontslagen kan leiden en de gevolgen dus niet zomaar op een later moment zijn terug te draaien. Wat het verlies van inkomsten in het

²¹⁶ PG Awb I, p. 250-254.

²¹⁷ PG Awb I, p. 258-260.

²¹⁸ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, p. 41.

algemeen voor burgers betekent, is destijds niet onder ogen gezien. Inmiddels weten we hoe ingrijpend schuldenproblematiek in het leven van mensen is. Armoede heeft een grote impact op het welbevinden, waarbij langdurige (financiële) stress tot verminderde mentale prestaties leidt, waarbij de schuldenproblematiek gemakkelijk verergert.²¹⁹ Herroeping van een onjuist besluit in bezwaar of een vernietiging van een besluit in beroep draait weliswaar de rechtsgevolgen van het financiële besluit terug, maar wil niet zeggen dat ‘de nadelige gevolgen volledig ongedaan kunnen worden gemaakt’.

In 2020 kan niet anders dan worden geconcludeerd dat het beeld dat ten grondslag ligt aan artikel 4:12 Awb veel te simplistisch is voor de huidige maatschappij. De ruime uitzondering op de hoorplicht voor financiële besluiten verdient naar ons oordeel heroverweging. Uiteraard is tijdige besluitvorming in een complexe verzorgingsstaat óók een reëel belang, kan niet bij elk besluit in primo worden gehoord en zal een burger daar niet steeds op zitten te wachten. We geven in overweging een financiële grens op te nemen (waarboven moet worden gehoord), dan wel de uitzonderingen in het tweede lid van 4:12 Awb uit te breiden naar beschikkingen die aanzienlijke invloed hebben op de inkomenspositie van natuurlijke personen. Wij realiseren ons dat die laatste categorie interpretatie vergt, terwijl de Awb sterk hangt op uniformiteit en vereenvoudiging door algemeen recht. Algemene eenduidige procesregels kunnen echter ook maatwerk in de weg zitten.²²⁰

3.3.4. Handhaving procedurele rechten in primo

Bij bovenstaande aanbevelingen moet onder ogen worden gezien dat de rechtspraak geen grote rol speelt bij de handhaving van procedurele rechten van de burger bij de totstandkoming van besluiten. Procesrechtelijke bepalingen rond de voorbereiding van het primaire besluit sturen het bestuursorgaan, maar spelen in beroep nagenoeg geen rol. Steken die het bestuursorgaan mogelijk heeft laten vallen, kunnen in de bezwaarfase gemakkelijk worden opgehaald; de rechter kijkt met name naar de zorgvuldigheid van die procedure. De burger dient aannemelijk te maken daadwerkelijk in zijn rechtspositie te zijn benadeeld door een ontbrekende motivering van ‘de feiten en de stappen’ bij het primaire besluit of een achterwege gelaten hoorzitting, artikel 6:22 Awb. Alleen als die omissie daadwerkelijk de burger in zijn rechtspositie heeft geraakt, komt een rechterlijke sanctiëring in zicht. Procedurele waarborgen bij het besluit in primo moet het bestuur vooral uit eigen beweging nakomen; naleving is meer een zaak voor prestatieafspraken met de opdrachtgever, dan een element van beoordeling door de bestuursrechter.

²¹⁹ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, p. 100.

²²⁰ In sommige rechtsstelsel wordt ‘variability’, ook in procesrecht, juist als hét instrument gezien om tot legitieme besluitvorming te komen, zie Schuurmans, *RM Themis* 2020, m.n. p. 107.

3.3.5. Herkennen van maatwerkgevallen

Op welke andere wijze zouden in het primaire proces gevallen kunnen worden herkend, waarbij aanleiding bestaat te onderzoeken of maatwerk aan de orde is, zonder dat de uitvoeringspraktijk in het geding komt? Dat is een onderzoeksvraag die in nog weinig publicaties centraal heeft gestaan en beperkt via desktop studie kan worden beantwoord. Als toekomstscenario ziet Van Heukelom-Verhage dat AI een rol speelt bij het detecteren van maatwerkgevallen. Algoritmes gaan op zoek naar gegevens over de kenmerken die volgens wet- en regelgeving aanwezig moeten zijn. “Het moet in die situatie ook mogelijk zijn om kenmerken die níet bij de ontwikkeling van het algoritme zijn betrokken – dus andere dan de kenmerken om te komen tot een negatief of positief besluit – te identificeren.”²²¹ De potentie van zelflerende algoritmes is inderdaad groot en interessant om nader te onderzoeken. Algoritmes kunnen echter alleen analyses uitvoeren aan de hand van data die in het betreffende systeem zijn ingevoerd. En dat blijft een lastig punt in bestuursrechtelijke context: de potentie van zelflerende algoritmes komt alleen goed tot haar recht bij gebruik van omvangrijke data (big data), terwijl het privacy-recht vraagt dat het bestuur bij de uitoefening van de publieke taak dataminimalisatie in acht neemt. Een afgebakende dataset beperkt dus de potentie van zelflerende AI. Hierbuiten zijn nog weinig voorstellen gedaan om maatwerkgevallen vroegtijdig te signaleren. De grondige probleemanalyse bij beschikkingenfabrieken in het project ‘Werk aan uitvoering’ moet op korte termijn resulteren in een werkagenda met verschillende handelingsperspectieven. Het is interessant om te bezien of bottom-op initiatieven vanuit de uitvoeringspraktijk kunnen worden vertaald naar algemeen inzetbare instrumenten voor de identificatie van maatwerkgevallen.

3.3.6. Vroegtijdig voorkomen van geschillen

Door goed informatie uit te vragen in de voorbereiding van het primaire besluit kan worden voorkomen dat later geschillen ontstaan. Alleen is de voorbereidingsfase soms al een stap te laat, omdat problemen eerder zijn ontstaan door onjuiste dataregistratie. Dit probleem speelt met name bij ketenbesluitvorming, waarbij data tussen een groot aantal instanties worden uitgewisseld en de datakwaliteit regelmatig onvoldoende is. “Als informatie niet correct is of niet tijdig wordt aangeleverd is het voor de uitvoeringsorganisatie lastig en voor een burger haast ondoenlijk dit te corrigeren. Omdat deze fouten onvoldoende en niet snel hersteld kunnen worden, hebben deze fouten een ongewenst grote negatieve impact voor burgers en bedrijven. De foutgevoeligheid in de dienstverlening is mede door de onderlinge afhankelijkheid toegenomen.”²²² (...) “In de dagelijkse praktijk van onze samenleving kunnen burgers en overheidsorganisaties veelal moeilijk inzicht verwerven welke gegevens precies door wie worden gebruikt of hoe daar consequenties aan worden verbonden. Gegevensuitwisseling heeft een wereld gecreëerd waarin beslissingen van de overheid in steeds mindere mate herleidbaar

²²¹ Van Heukelom-Verhage 2020, p. 218.

²²² ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse* 2020, p. 63.

zijn.²²³ De wetgever moet in het denken over rechtsbescherming onder ogen zien dat ‘het besluit’ niet langer steeds het centrale punt is. Het besluit kan met nog zoveel waarborgen zijn omkleed, maar als de data als grondstof is vervuild en dat vrijwel niet te corrigeren is, dan blijft rechtsbescherming uit. De overheid die proactief bestuursrechtelijke geschillen wil voorkomen, moet werk maken van die datakwaliteit en van mechanismen voor de burger om onjuist geregistreerde data over zijn persoon te corrigeren.²²⁴ Als de datakwaliteit meer op orde is, loopt een burger daarna ook minder snel vast in de machine van geautomatiseerde besluitvorming. Datakwaliteit is de grondstof die nodig is voor maatwerk in geautomatiseerde systemen.

Oplossingsrichtingen “Maatwerk aan de voorkant”

- Overweeg in artikel 4:82 Awb te expliciteren dat slechts voor de motivering van de algemene belangenafweging kan worden verwezen naar de beleidsregel
- Overweeg artikel 3:47 Awb aan te vullen met een plicht om de feitenvaststelling en de beoordelingsstappen te vermelden
- Versterk de mogelijkheden van de burger om bij de primaire besluitvorming informatie in te brengen waaruit blijkt dat hij een bijzonder geval is: a) door burgervriendelijke software te ontwikkelen, inclusief stopknop en b) vaker in primo te horen
- Houd de artikelen 4:7, 4:8 en in het bijzonder 4:12 Awb tegen het licht van de wens tot meer maatwerk met aandacht voor het burgerperspectief
- Maak de naleving van besluitvormingsprocesrecht onderdeel van prestatieafspraken
- Creëer volwaardige rechtsbescherming tegen dataregistratie

²²³ ABDTopconsult, *Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse 2020*, p. 64.

²²⁴ Zie nader Van Eck 2018 en Van Heukelom-Verhage 2020, par. 6.2.2.

4. Slotbeschouwing

4. Slotbeschouwing

In het streven naar een meer responsieve rechtsorde neemt de discussie over maatwerk een centrale plaats in. Dit is logisch, want hoe anders dan door individuele belangen *echt* mee te nemen in haar handelen, kan de overheid nastreven dat zij met haar beleid de burger daadwerkelijk van dienst is? Bij het bieden van maatwerk wordt vaak in eerste instantie gedacht aan de besluitvorming door het bestuur, al dan niet naar aanleiding van bezwaar. Maar maatwerk is meer: het gaat over responsieve regelgeving, procedures waarin een burger zijn visie naar voren kan brengen en het zien van de mens achter het probleem of de aanvraag.

In hoofdstuk 2 van dit rapport is maatwerk bekeken vanuit een breder perspectief. Hier stonden wij stil bij zowel meer algemene als concrete vraagstukken die voor de beantwoording van de vraag ‘hoe kan op een goede manier meer maatwerk worden geboden?’ relevant zijn. Zo kent de overgang van autonoom naar responsief bestuur ook enkele kanttekeningen, en kan deze ontwikkeling niet op grote schaal plaatsvinden zonder dat daarbij overwegingen van legitimiteit van overheidshandelen worden betrokken. De reeds omvangrijke macht van het bestuur vergroot door maatwerk, wat om passende checks-and-balances vraagt. De impact die mensenrechtennormen tegenwoordig hebben, vraagt dat we ook bekijken wat vanuit dat perspectief over maatwerk valt te zeggen. Besluitvorming die recht doet aan het perspectief van de burger stelt ook eisen aan de procedure, waarbij studies naar procedurele rechtvaardigheid inzichten bieden voor verbetering. Maatwerk vraagt niet alleen om een juridische inbedding, maar ook om een professionele uitvoering, waarin niet alleen wordt gestuurd op efficiency en rechtmatigheid, maar ook op uitvoering in de geest van de regel, waarbij de professional voldoende ruimte toekomt. Tot slot vormt digitalisering een belangrijk achterliggend vraagstuk van dit onderzoek naar maatwerk. Digitalisering is een realiteit en in plaats van te zoeken naar alternatieven is dan ook de vraag hoe maatwerk binnen digitale besluitvorming, of in combinatie daarmee, vorm kan krijgen.

In hoofdstuk 3 zijn vervolgens aan de hand van de in de offerteaanvraag geformuleerde onderzoeksvragen verschillende oplossingsrichtingen gepresenteerd. Deze vragen gaan in de kern over de juridische mogelijkheden voor het bieden van (meer) maatwerk, binnen het bestaande kader maar ook in het licht van mogelijke aanpassingen daarvan. De kennis opgedaan in de eerste fase van dit onderzoek, waarin de knelpunten bij het bieden van maatwerk zijn geanalyseerd, tezamen met de (interdisciplinaire) inzichten die volgen uit hoofdstuk 2, zijn de verschillende onderzoeksvragen gegroepeerd beantwoord. Om te beginnen is ingegaan op maatwerk in regelgeving, beleid en uitvoering. Vervolgens kwamen suggesties voor meer dan wel beter maatwerk in de bezwaarfase aan bod. Tot slot van dit hoofdstuk werd ingegaan op maatwerk aan de ‘voorkant’, dat wil zeggen de primaire besluitvormingsfase.

De verschillende paragrafen van hoofdstuk 3 werden steeds afgesloten met een opsomming van de concrete oplossingsrichtingen. Deze zullen in deze slotbeschouwing dan ook niet worden herhaald. Wat hier wel op zijn plaats is, is een bespreking van een aantal overkoepelende conclusies die op basis van dit onderzoek kunnen worden meegegeven aan de

wetgever, het bestuur, de rechter, of de professional, of wie dan ook aan de slag gaat met maatwerk als onderdeel van de wens te komen tot een meer responsieve overheid. Deze zijn samen te vatten onder de noemers ‘differentiatie’, ‘responsieve regelgeving’, ‘een burgerperspectief op de procedure’ en ‘de mens belicht’. Daarna volgt een puntsgewijze uiteenzetting van denkrichtingen om meer maatwerk in het bestuursrecht te realiseren.

Onder het belang van **differentiatie** kan om te beginnen worden verstaan dat in de zoektocht naar meer maatwerk niet enkel moet worden gekeken naar *hoe* dat maatwerk moet worden geboden, maar vooral ook naar de vraag *wanneer, waar, en voor wie* maatwerk bijzonder relevant kan zijn. Onze ver ontwikkelde verzorgingsstaat met een doorgaans hoog serviceniveau in snelheid van besluitvorming kan niet overal en altijd maatwerk leveren.

Daarbij komt dat er verschillende aanknopingspunten zijn voor differentiatie afhankelijk van de belangen en (groepen) personen die betrokken zijn. Deze volgen al uit een mensenrechtelijk perspectief of maatwerk, maar ook uit een analyse van de ratio van responsiviteit: wanneer het gaat om fundamentele belangen en regels of besluiten die een grote impact hebben op iemands leven, is maatwerk belangrijker dan in andere gevallen. En ook als het überhaupt gaat om kwetsbare personen die hun weg in het web van overheidsregelingen niet altijd weten te vinden, terwijl ze nu juist wel vaak van die regelingen afhankelijk zijn, moet maatwerk prioriteit zijn. Dit kan in de vorm van begrijpelijke, burgervriendelijke procedures of de mogelijkheid om fouten te herstellen, maar ook door in die gevallen te horen of afwijking van de regel waar nodig aan te moedigen. Ook de ‘overige’ aan de orde zijnde belangen spelen hier een rol: zijn tevens belangen van derde partijen in het geding, of zwaarwegende maatschappelijk belangen, dan is het maken van een uitzondering minder voor de hand liggend; als dit niet zo is, dan is daar minder op tegen dan vaak wordt gedacht.

Bij maatwerk in besluitvorming moet wel worden bedacht dat de last en verantwoordelijkheid die dit voor de burger met zich kan brengen, bijvoorbeeld doordat veel (privacy)gevoelige informatie nodig is, niet te groot mag zijn. Dit herhalen wij mede vanuit het besef dat juist de niet zo mondige burger die niet ‘op de juiste knoppen’ weet te drukken, zo misschien niet zal profiteren van het maatwerk waar nu juist hij of zij bij gebaat is. Dit hangt samen met een breder punt, namelijk dat maatwerk in individuele besluiten niet altijd als *non plus ultra* mag gelden, maar dat ook maatwerkvriendelijke, oftewel **responsieve regelgeving** een steentje heeft bij te dragen.

In de ‘bestuursstaat’ heeft het bestuur een dikke vinger in de pap. Via gedelegeerde regelgeving komen niet direct democratisch gelegitimeerde normen tot stand, die worden aangevuld met een veelheid aan beleidsregels. Bestaat binnen die normstelling ook in toenemende mate ruimte voor maatwerk, dan wordt de vrijheid van het bestuur, of van de ambtenaar, nog groter. De andere kant van de medaille is dat de uitvoering deze uitgebreide taken niet zelf naar zich toetrekt en ook maar tot op zekere hoogte verantwoordelijk kan worden gehouden voor de goede uitvoering ervan. De uitvoering staat onder druk, en een eis van meer

maatwerk doet deze druk waarschijnlijk toenemen. Als dit niet gepaard gaat met voldoende investeringen, om ICT, mankracht maar ook scholing en (daardoor) daadwerkelijke mogelijkheden tot mens- en oplossingsgericht denken te kunnen realiseren, zal desillusie het resultaat zijn. Ook aan de kant van de burger, die niet het beeld voorgeschoteld moet krijgen dat het bestuur ‘vanaf nu zijn belangen serieus gaat nemen’, als dat in feite betekent dat dat bestuur met dezelfde middelen binnen meer ruimte zijn weg moet zien te vinden en uiteindelijk wellicht alleen voor de burger die zijn zaak echt hard weet te maken, een individuele oplossing kan bieden. Daar komt bij dat de rechter, op het moment dat het bestuur los van beleid afwegingen maakt, zichzelf lang niet altijd in staat zal achten die afweging onder de loep te nemen.

De wet- en regelgever mogen in dit kader dan ook niet buiten schot blijven. De wetgever dient die kaders te bieden die handvatten bevatten voor het uit te voeren maatwerk. Daarnaast blijven ook voor het direct bieden van responsieve oplossingen goede regelgeving en beleid van cruciaal belang en zal daarin moeten worden geïnvesteerd.

Naast het afzien van een op de belangen van de overheid afgestemde regelgeving, kan ook het belang van **een burgerperspectief op de procedure** binnen de maatwerkketen niet genoeg worden benadrukt. Een burger die zich gehoord voelt en de procedure als rechtvaardig ervaart, zal zich eerder in de uitkomst kunnen vinden en vertrouwen blijven houden in de overheid. Dit wordt doorgaans erkend en heeft geresulteerd in aanpakken zoals PCMO, maar een burgerperspectief kan ook nog aanvullende initiatieven en aanpassingen verlangen. Zo kan de verplaatsing van maatwerk naar de voorkant zorgen voor minder procedures – ook omdat eenmaal gestarte procedures eerder worden ‘doorgevoerd’ en als iemand eenmaal heeft geprocedeerd de kans groter is dat hij of zij dit nogmaals doet.

Meer in het algemeen verdient het belang van de burger bij de omgang met procedurele bepalingen meer aandacht. Procesrecht is niet enkel ‘formeel recht zonder zelfstandig beschermingsbereik’. Het bevat bepalingen die de procedure zo vormgeven dat de burger kan participeren en hem doen ervaren dat er zorgvuldig met zijn belangen wordt omgegaan. Bij de vraag of al dan niet moet worden gehoord bij de besluitvorming in primo (of bij een kennelijk ongegrond bezwaar) gaat het thans voor een flink gedeelte om de behoefte daaraan bij het bestuursorgaan. Wij pleiten ervoor om vanuit een responsief bestuursrecht meer de behoefte van de burger centraal te stellen. Een voorbeeld van het niet (genoeg) denken in termen van procedurele rechtvaardigheid voor de burger is de ver doorgevoerde wens tot definitieve geschilbeslechting. Alle aandacht gaat uit naar de distributieve rechtvaardigheid van het besluit, waarbij de rechter er niet al te zwaar aan tilt als wat losjes is omgesprongen met procedurele waarborgen en de belangenbreng door de burger. Efficiëntievoordelen ten spijt, kan dit bij de burger wel tot de beleving leiden dat zijn of haar belang er niet toe deed en er dus mindert sprake was van rechtvaardigheid.

In het tussenrapport kwamen wij al tot de conclusie dat de knelpunten bij het bieden van maatwerk niet kunnen worden opgelost door enkel aan *juridische* knoppen te draaien. Het daarin geïdentificeerde verschil tussen ruimte voor maatwerk en de normering ervan, geeft aan dat waar de uitvoering (de ambtenaar, de professional) discretionaire mogelijkheden heeft tot oplossingsgericht handelen, dit slechts de eerste stap is. Regels en rechters kunnen het gebruik van die ruimte sturen, maar slechts tot op zekere hoogte. Veel hangt uiteindelijk af van cultuur binnen de uitvoeringsorganisatie, de capaciteiten van haar medewerkers en de mate waarin zij worden geholpen bij het centraal stellen van de burger. Daarvoor is voldoende informatie nodig, zodat de **burger** (en zijn problemen en belangen) **belicht** worden. Hij of zij moet worden gezien – om een gevoel van rechtvaardigheid te genereren maar ook om een echte afweging überhaupt mogelijk te maken.

Dit kunnen we ook heel letterlijk nemen. De burger die niet meer is dan een nummer op een computerscherm, zal de ambtenaar die een enorme som aan toeslagen moet terugvorderen geen strobreed in de weg leggen. Hij of zij die, juist ook omdat grote belangen op het spel staan, zijn situatie telefonisch of tijdens een hoorzitting kan toelichten, kan doen voelen waar de eventuele onevenredigheid zit en hoe de situatie allesbehalve aansluit bij wat de wetgever voor ogen had. Menselijk contact is dus niet alleen voor de burger, maar ook voor een goed functionerend bestuur, een noodzakelijke voorwaarde voor wederzijds vertrouwen. Responsief houdt immers in ‘afgaand op signalen’, ‘aanpassend aan’ en ‘reagerend op’. In de context van een overheid die meer voor haar burgers wil betekenen, moeten de burger en diens signalen dan ook wel zichtbaar zijn. Dit wil wederom niet zeggen dat algoritmische besluitvorming of een snelle afhandeling zonder te horen of te bellen per definitie niet in lijn is met maatwerk. Het betekent wel dat daarnaast ook gevallen moeten bestaan waarin van mens tot mens wordt beoordeeld wat maatwerk inhoudt.

Om wetgever, bestuur en rechter meer concreet richting te geven bij het doordenken van maatwerk en haar implicaties, geven we afsluitend een puntsgewijze opsomming van de kern van de aanbevelingen.

Denkrichtingen Bestuursrecht op Maat

1. Een ontwikkeling richting meer maatwerk vergt een **sterkere materiële waardenoriëntatie** in het bestuursrecht, ter voorkoming van willekeur. Materiële normstelling kan voortvloeien uit wet- en regelgeving, professionele beroepsnormen en materiële beginselen van behoorlijk bestuur.
2. Materiële waardenoriëntatie en **mensenrechtenbescherming** sluiten goed op elkaar aan. Mensenrechten kunnen een *juridische plicht* tot maatwerk inhouden en geven daarvoor inhoudelijke criteria. Hoe sterker inmenging in de kern van een mensenrecht plaatsvindt en hoe kwetsbaarder de burger is, hoe meer de overheid de proportionaliteit van de inmenging in het *concrete geval* moet verantwoorden.
3. Maatwerk vraagt om een zekere omarming van **variabiliteit**. Een onderscheid in twee- en meerpartijen-bestuursrecht kan een oplossing zijn voor ‘strengere’ procesrechtelijke instrumenten zoals de formele rechtskracht of een onderdelenfuik. Maar maatwerk vergt meer dan een soepel procesrecht; het vraagt om een benadering waarin de overheid dienstbaar is aan de belangen van haar bevolking en dat in al haar handelen centraal stelt. Een sterke categorisering binnen bestuursrecht dreigt al snel een vrij ‘autonome’ invulling van maatwerk te worden.
4. Maatwerk vraagt om een meer **beginselgeleide uitvoering**. Dat kan resulteren in contra-legen toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden besluiten, tot een afwijkingsplicht van beleid en tot een relativering van de formele rechtskracht.

5. Maatwerk geeft het bestuur meer ruimte om bij de uitvoering recht te doen aan het concrete geval. De grote macht van het bestuur is al een zorg in de huidige *administrative state*. Wetgever en rechter dienen te waken voor **voldoende waarborgen**, door zorgvuldig tot stand gekomen materiële normstelling en indringende rechterlijke toetsing.
6. **Procedurale normen** verdienen een herwaardering, omdat zij bestuursorganen aanzetten procedures zorgvuldig vorm te geven, waarbij waarden als *voice, consideration & explanation* zijn geborgd. Die inzichten uit de procedurele rechtvaardigheid zijn nodig om burgers overheidshandelen als vertrouwenwekkend en rechtvaardig te laten *ervaren*. Meer concreet:
 - a. Zet bij hoorplichten minder de behoefte van het bestuur, maar de behoefte van de burger centraal (art. 4:7, 4:8, 4:12, 7:3, sub b Awb).
 - b. Vul 'benadeling' van de burger (art. 6:22 Awb) en de mogelijkheid om 'nadelige gevolgen' weg te nemen (art. 4:12 Awb) meer responsief in (met aandacht voor de gevolgen op iemands positie, niet enkel voor de *rechtsgevolgen*).
 - c. Vul de motiveringsplicht zo in dat een burger begrijpt welke stappen zijn genomen (dus geen kale verwijzing naar beleid en regelgeving of geautomatiseerd systeem), art. 3:47 en 4:82 Awb.
7. Maatwerk kan de proceslast van de burger vergroten, waarmee niet iedereen even goed kan omgaan. Borg dat maatwerk een **inclusief instrument** is; zorg dat de burger daar niet steeds zelf het initiatief toe moet nemen en de volledige bewijslast krijgt toebedeeld. Bedenk hoeveel privéinformatie voor maatwerk nodig is en of die inmenging in het privéleven in evenredige verhouding staat tot het rechtsgevolg van het besluit.
8. Maatwerk vraagt om **randvoorwaarden**, zoals een responsieve cultuur binnen het bestuursorgaan, voldoende kundig personeel, uitvoeringsbudget, datakwaliteit en deugdelijke ICT.

Bibliografie

Literatuur

- Adriaansz, NTB 2020/100**; C. Adriaansz, 'De rechtmatigheid van algoritmische besluitvorming in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel', *NTB 2020/100*, p. 240- 249.
- Van Amerongen & Schuurmans 2019**; N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of een algoritme? De toetsing van 'black-box'-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, Den Haag: IBR 2019, p. 175-196.
- Allewijn, NTB 2007**; D. Allewijn, 'Naar eenprobleemoplossend systeem van rechtsbescherming', *NTB 2007*, p. 154-156.
- Allewijn, NTB 2016/29**; D. Allewijn, 'Het rapport "De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht": een stap in de richting van responsieve bestuursrechtspraak?', *NTB 2016/29*, afl. 7, p. 222-227.
- Allewijn 2016**; D. Allewijn, *De transitie van autonoom naar responsief bestuursrecht* (PCMO Conferentie Amsterdam 26 april 2016), zoals vastgelegd door L. van der Velden.
- Bakker 2018**; F. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele omstandigheden* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- Barkhuysen, NJB 2019/2415**; T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB 2019/2415*, afl. 39, p. 2415.
- Barkhuysen, NJB 2018/819**; T. Barkhuysen, 'Het recht om fouten te maken', *NJB 2018/819*, afl. 17, p. 1185.
- Barkhuysen, NJB 2018/445**; T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB 2018/445*, afl. 9, p. 603.
- Barkhuysen e.a. 2007**; T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007.
- Van den Berge 2020**; L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het Bestuursrecht* (VAR Preadviezen 164), Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 7-62.
- Van den Berge, NJB 2018/820**, L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming. Groninger gas, sociaal domein en de ongrijpbare overheid', *NJB 2018/820*, afl. 17, p.-1186-1190.
- Boekema 2015**; I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep – Een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken* (diss. Groningen), Den Haag: Bju 2015.
- Van den Bos e.a. 2017**; K. van den Bos e.a., *Procedurele en distributieve rechtvaardigheid*, Den Haag: Bju 2017.
- Van den Bos, Van der Velden & Lind, ULR 2014, p. 1-26**; K. van den Bos, L. van der Velden & E.A. Lind, 'On the Role of Perceived Procedural Justice in Citizens' Reactions to Government Decisions and the Handling of Conflicts', *Utrecht Law Review* 2014 (10), afl. 4, p.1-26
- Brenninkmeijer e.a., NJB 2019/2051**; A. Brenninkmeijer e.a., 'De januskop van rechtmatigheid van bestuur', *NJB 2019/2051*, afl. 3, p. 2426-2433.
- Brenninkmeijer & Marseille, NJB 2011/1586**; A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, 'Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften', *NJB 2011/1586*
- Bruin 2018**; G.J. Bruin, 'Zelf- en coregulering bij beroepsorganisaties', *rechtenoverheid.nl* 2018
- Corder 2020**; H. Corder, 'A right to administrative justice. 'New' or Just Repackaging the Old?', in: A. von Arnould et.al. (ed.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 493-506.
- Damen, NTB 2020/2**; L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht!', *NTB 2020/2*, afl. 1, p. 3-18.
- Damen 2019**; L.J.A. Damen, 'Van Awbmens naar responsieve burger?', in B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 113-122.
- 18.
- Damen 2018**; L.J.A. Damen, 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij *lost in translation*?', in: *Vertrouwen in de Overheid* (VAR-reeks 160), Den Haag: Bju 2018, p. 7-104.

Doornbos 2019; N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 567-578.

Drouen & Van Eck, TvT 2020; T.L.J. Drouen & B.M.A. van Eck, 'Toezicht op het gebruik van algoritmen door de overheid. Tijd voor een zorgplicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2020, afl. 1, p. 32-35.

Van Eck 2018; B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Tilburg: 2018.

De Poorter & Goossens, NJB 2019/2777; B.M.A. Van Eck; J.C.A. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, p. 3303-3312.

algoritmen door de overheid. Tijd voor een zorgplicht', *TvT* 2020/1.5.

Eliot & Varuhas 2017; M. Elliot & J.N.E. Varuhas, *Administrative law. Text and materials*, Oxford: Oxford University Press 2017

Gerards 2007; J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

Gerards & Brems 2017; J.H. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Giezeman & Jak, NJB 2020/572; K. Giezeman & N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet', *NJB* 2020/572, afl. 9, p. 616-620.

Harlow & Rawlings 2009; C. Harlow & R. Rawlings, *Law and Administration*, derde druk, Cambridge University Press 2009.

Harrits 2019; G.S. Harrits, 'Street-level bureaucracy research and professionalism', in: P. Hupe (ed.), *Research Handbook on Street-Level Bureaucracy. The Ground Floor of Government in Context*, Edward Elgar Publishing 2019

Van Heukelom-Verhage 2020; S. Van Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving: #HoeDan?', in: *Maatwerk in het Bestuursrecht* (VAR-preadvies 164), p. 185-232.

Hirsch Ballin 2015; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

Hoexter 2012; Cora Hoexter, *Administrative law in South-Africa*, 2nd ed., Claremont: Juta 2012.

Huisman & Jak, NTB 2019/20; P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, afl. 5 p. 212-221.

De Jong 2017; T. de Jong, *Procedurale waarborgen in materiele EVRM-rechten* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2017.

Jong 2004; P.O. de Jong, *Beroep op tijd. Een onderzoek naar het tijdsbeslag van beroepsprocedures in eerste aanleg in het bestuursrecht*, Den Haag: BJU 2004.

Jorna 2009; F.B.A. Jorna, *De autobureaucratie. Informatisering en leren van uitvoering* (diss. Leiden), Delft: Eburon 2009.

Jue, NJB 2020/184; R.J. Jue, 'Maatschappelijk effectiever rechtspreken', *NJB* 2020/184, afl. 3, p. 200-204.

Julicher, NTB 2019/44; M.M. Julicher, 'Hoe behoorlijk is de Grondwet?', *NTB* 2019/44, p. 441-449.

Kahneman 2011; Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York: FSG 2011.

De Kam 2016; B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Kegge, JBplus 2018/4; R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBplus* 2018/4.

Klap 2019; A.P. Klap, 'Beleidsregels: een terecht verguisde rechtsfiguur?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 385-392.

Klap 1994; A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Knight, Judicial Review 2009; C. J. S. Knight, 'A Framework for Fetters', *Judicial Review*, vol. 14, no. 1 (2009), p. 73-80

Koenraad, NTB 2020/52 2020; L.M. Koenraad, 'De welwillende overheid. Een reactie op de voorstellen van Leo Damen in NTB 2020/2', *NTB* 2020/52, afl. 3, p. 121-124.

Koenraad 2017; L.M. Koenraad, 'Deskundigen in het Nederlands bestuursrecht. Rechterlijke controle van bestuursoptreden dat op deskundigenadvisering is gebaseerd.', in: I. Opdebeek e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - preadviezen 2017*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Van Kreveld 1985; J.H. van Kreveld, 'Het verkleinen van de juridische verschillen tussen beleidsregels en daarmee verwante wettelijke voorschriften', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Staatkundig Jaarboek 1985*, Amsterdam: Kobra 1985, p. 293-320.

Van Kreveld 1983; J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss. Groningen) Groningen: 1983.

Kromhout & Marseille, NTB 2018/60; D.M. Kromhout & A.T. Marseille, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte. Verslag van een op 15 juni 2018 gehouden VAR-studiemiddag', *NTB 2018/60*, afl. 8, p. 374-381.

Leijten 2019; A.E.M. Leijten, 'The Right to Minimum Subsistence and Property Protection under the ECHR: Never the Twain Shall Meet?', *European Journal of Social Security* 2019, pp. 307-325

Leijten 2017; A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat. Bestuursrechtelijke toetsing vanuit grondwettelijk perspectief', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2017, p. 49-54.

Lind & Tyler 1988; E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum Press 1988.

Lipsky 1980; M. Lipsky, *Street-level bureaucracy: Dilemmas of the individual in public service*, New York: Russel Sage Foundation 1980

Loenen 2009; M.L.P. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Bju 2009.

Majone, West European Politics 1994; G. Majone, 'The Rise of the Regulatory State', *Western European Politics* 1994, p. 77-101.

Marseille, JV 2016; A.T. Marseille, 'Hoe de bezwaarprocedure bij de overheid kan profiteren van inzichten uit empirisch onderzoek', *Justitiële Verkenningen* 2016-6, p. 79-94.

Marseille 1993; A.T. Marseille, *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen. Een onderzoek naar rechtsregels en beslissingen over het volgen van scholing met behoud van uitkering*, Deventer: Kluwer 1993.

Marseille, De Waard & Wever; A.T. Marseille, B.W.N. de Waard & M. Wever, 'Horen in bezwaar: intern of extern?', *NTB 2017/35*, afl. 9, p. 316-325.

Mcharg 2017, Current Legal Problems 2017; A. Mcharg, 'Administrative Discretion, Administrative Rule-making, and Judicial Review,' *Current Legal Problems* 2017(70), afl. 1, 267-303.

Mein, Gst. 2019/70, 'U vraagt wij draaien? Veranderingen in de plaats en rol van de jurist binnen de gemeente', *Gst. 2019/70*, afl. 7488, p. 342-345.

Mein & Marseille, NTB 2019/36; A.G. Mein & A.T. Marseille, 'Responsieve bezwaarbehandeling in theorie en praktijk', *NTB 2019/36*, p. 365-371.

Mitsinga 2020; L. Mitsinga, *Naar een responsieve rechtsstaat. Een onderzoek naar de principle against fettering of discretion ten behoeve van responsiviteit en maatwerk bij de opstelling en toepassing van beleidsregels door bestuursorganen* (Masterscriptie Staats- en Bestuursrecht), Leiden 2020 (te verschijnen).

Van Montfoort 2019; A. van Montfoort, *Professionele oordeelsvorming in het sociaal domein*, Uitgeverij de viervenster 2019.

Molander, Grimen & Eriksen 2012; A. Molander, H. Grimen & E.O. Eriksen 2012, 'Professional Discretion and Accountability in the Welfare State', *Journal of Applied Philosophy* 2012, afl. 3, p.214-228

Munneke 2016; S.A.J. Munneke, 'Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap', in G.J. Vonk (red.), A.M. Klingenberg, S.A.J. Munneke, A. Tollenaar, *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*. Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2016, p. 63-98.

Mureinik, Acta Juridica 1993; Etienne Mureinik, 'Reconsidering Review: Participation and Accountability', *Acta Juridica* 1993, p. 35-46.

Nonet & Selznick; Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper Row 1978, 73-74.

Den Ouden 2019; W. den Ouden, 'Rede van de voorzitter (Kan het dienstbaarheidsbeginsel bijdragen in vertrouwen in de overheid?)', in: *Vertrouwen in de overheid: Verslag van de algemene vergadering gehouden op 18 mei 2018 ter beraadslaging van de adviezen van L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann, R.F.B. van Zutphen* (VAR-reeks 161), Den Haag: Bju 2019, p. 7-11.

Ortlep 2020; R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Ouwehand 2019; I.S. Ouwehand, 'Deskundigenadvisering in de bestuurlijke fase - het toetsingskader van de bestuursrechter onder de loep', *www.rechtenoverheid.nl* 2019, p. 1-53.

Perioni & Timmer; L. Perioni & A.S.H. Timmer, 'Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Law', *International Journal of Constitutional Law* 2013, 1056-1085.

Perry, Cambridge Law Journal 2017; A. Perry, 'The Flexibility Rule in Administrative Law', *Cambridge Law Journal* 2017(76), afl. 2, p. 375-398.

Polak 2019; J.E.M. Polak, 'De toekomst van de formele rechtskracht', in: *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-adviezen 162), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 7-71.

De Poorter & Goossens, NJB 2019/2777; J.C.A. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, p. 3303-3312.

Sanders 2019; T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht', in: *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-adviezen 162), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 71-134.

Sanders 1999; K.H. Sanders, *De heroverweging getoetst. Een onderzoek naar het functioneren van bezwaarschriftprocedures* (diss. Groningen), Groningen: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde 1999.

Scheltema, NTB 2019/24; M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, afl. 6, p. 246-253.

Scheltema, Regelmaat 2018; M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018(33), afl. 3, p. 120-131.

Scheltema, NTB 2015/37; M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat', *NTB* 2015/37, afl. 9, p. 287-289.

Schlössels, Gst. 2016/20; R.J.N. Schlössels, 'Service Principle', *Gst.* 2016/20, afl. 7434, p. 101.

Schlössels & Zijlstra 2017; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schreuder-Vlasblom 2017; M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017.

Schueler, Regelmaat 2015; B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *Regelmaat* 2015, afl. 6, p. 422-436.

Schulmer e.a. Gst. 2019/154; F.M.E. Schulmer, G.J. Stoepker & C.W.C.A. Bruggeman, 'De omgekeerde toets getoetst', *Gst.* 2019/154, afl. 7497, p. 780-785.

Schuermans, RM Themis 2020; Y.E. Schuermans, 'De goede hoop – op constitutionele verankering van het bestuursrecht', *RM Themis* 2020, p. 105-108.

Tollenaar & Feenstra, JBplus 2018; N.W.A. Tollenaar & M. Feenstra, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2018, afl. 1.

Tyler 1990; T.R. Tyler, *Why people obey the law: Procedural justice, legitimacy, and compliance*, New Haven, CT: Yale University Press 1990.

Van Velthoven, RM Themis 2011; B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011, p. 7-16.

Verburg 2019; A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in Balans. Bejegening, beslechting en bewijs* (Diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2019.

Verheij 2005; N. Verheij, *Relatief onaantastbaar* (oratie Maastricht), Universiteit Maastricht 2005.

Voermans 2017; W.J.M. Voermans, 'Besturen met regels, volgens de regels', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (adviezen VAR); VAR-reeks nr. 158, Den Haag: Bju 2017, p. 7-94.

De Waard 1994; B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Wade & Forsyth 2014; H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Wever 2020; M. Wever, *De bezwaarprocedure. Een onderzoek naar verbanden tussen de inrichting van de procedure en de kwaliteit van bezwaarbehandeling* (diss. Groningen), WLP: Nijmegen 2020

Wever, NTB 2016/2289; M. Wever, 'Bezwaarbehandeling door de overheid anno 2016. Vooral vernieuwing op papier?', *NTB* 2016/2238, afl. 44, p. 3238-3246.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014; H.D. Van Wijk (bewerkt door W. Konijnenbelt & R. Van Male), *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Woolf, De Smith e.a. 2007; H. Woolf, S.A. De Smith, J.L. Jowell, A.P. Le Sueur & C.M. Donnelly, *De Smith's Judicial Review*, London: Sweet & Maxwell 2007.

Zoontjens 1990; P.J.J. Zoontjens, 'Hardheidsclausules in wetgeving', in: H.A.M. Backx (red.), *Recht doen door wetgeving. Opstellen over wetgevingsvraagstukken aangeboden aan mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Yeung 2010; K. Yueng, 'The Regulatory State', chapter 4, in: R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 64-83.

Rapporten

ABDTopconsult, Regels en Ruimte 2019; R. Kerstens, *Regels en Ruimte. Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte*, Den Haag: ABDTopconsult 2019.

ABDtopconsult, Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse 2020; H. Van der Vlist en D. Heerschop, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse*, Den Haag: ABDTopconsult 2020.

Commissie Donner, Omzien in Verwondering 2 2020; Commissie Donner, *Omzien in verwondering 2. Eindadvies Commissie Uitvoering Toeslagen*, Den Haag: 12 maart 2020.

Laemers e.a. 2007, Derde Evaluatie Awb; Laemers e.a., *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger* (derde evaluatie Awb), Den Haag: Bju 2007

Meeuwese & Wolswinkel, Maatwerk en bijzondere wetgeving 2020 (concept); A. Meeuwese & C.J. Wolswinkel *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij 2020 (concept)*.

Nationale Ombudsman, Zorgen voor burgers 2018; A. Tuzgöl-Broekhoven e.a., *Zorgen voor burgers. Onderzoek naar knelpunten die burgers ervaren bij de toegang tot zorg*, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2018.

Nijmeijer e.a., Evaluatie 8:69a & 8:22 Awb 2015; A.G.A. Nijmeijer e.a., *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb*, Den Haag: WODC 2015.

PCMO 2 2010; L. van der Velden, C. Koetsenruijter & M. Euwema, *Prettig Contact met de Overheid 2. Eindrapportage pioniertraject mediationvaardigheden resultaten, analyses & aanbevelingen*, Den Haag: Ministerie van BZK 2010.

PCMO 4 2013; K van den Bos en L. van der Velden, *Prettig Contact met de Overheid 4. Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten en ervaren procedurele rechtvaardigheid*. Den Haag: Ministerie van BZK 2013.

Pels Rijcken, Maatwerk met de Awb 2019; S. Van Heukelom-Verhage & F. Van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn 2019.

Pels Rijcken, Praktische experimenten 2020; Pels Rijcken, *Voorstel praktische experimenten voor het bieden van maatwerk (vervolg op advies 'Maatwerk met de Awb')* 2020.

PG Awb I; E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993

PG Awb III; E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Derde tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1998

Raad van State, *Effecten van Digitalisering 2018*; *Kamerstukken II 2017/18*, 26 643, nr. 557 (Ongevraagd advies Afdeling Advisering Raad van State over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen).

Raad van State, *Jaarverslag 2000*; Raad van State, *Jaarverslag 2000*, Den Haag: 2000.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010, *Geschilbeslechtingdelta 2009*; B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: BJU 2010.

WRR, *Weten is nog geen doen 2017*; WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (WRR rapport nr. 97), Den Haag 2017.