



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Maak van maatwerk de regel: maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering

Esser, J.E.; Becker, R.G.

Citation

Esser, J. E., & Becker, R. G. (2021). Maak van maatwerk de regel: maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2021(4), 249-257. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278503>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278503>

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

Maak van maatwerk de regel

Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering

NTB 2021/106

1. Inleiding

Dat de 'responsivering' van het bestuursrecht momenteel volop in de belangstelling staat, kan de liefhebber moeilijk zijn ontgaan.² Naast instemming, wordt echter ook opgemerkt dat het begrip responsiviteit, in al zijn veelomvattendheid, maar beperkt grip biedt op wat er nu daadwerkelijk gebeuren moet.³ Dat geldt ook voor de rol van de rechter in een 'responsieve rechtsorde'. Dat de rechter de behoefte van de samenleving en haar individuele burgers centraal moet stellen, zal niemand ontkennen, maar de manieren waarop hij dat kan doen, kunnen wezenlijk verschillen. Zowel literatuur als rechtspraak richten zich daarbij al snel op de toetsing van de belangenafweging in de individuele beschikking. Zo wordt in de literatuur bijvoorbeeld in toenemende mate bepleit dat het bestuur ook bij gebonden bevoegdheden van de onderliggende regel kan en onder omstandigheden moet afwijken. In deze bijdrage betogen wij dat deze focus individuele burgers onder omstandigheden weliswaar verder kan helpen, maar dat de rechter, zeker waar het 'gebrek aan maatwerk' wordt veroorzaakt door wetgeving of door een systematische uitvoeringspraktijk, ook op dit niveau maatwerk moet kunnen vereisen.

In deze bijdrage analyseren wij daarom de verschillende vormen van toetsing die binnen een 'responsief bestuursrecht' passen: het toetsen van het individuele uitvoeringsbesluit, van de algemene uitvoeringspraktijk en exceptieve toetsing van de onderliggende regel. Deze vormen van toetsing kunnen elkaar in potentie goed aanvullen: in een responsieve rechtsorde geeft de wetgever algemene regels die zowel voldoende normstellend als flexibel zijn en voert het bestuur deze in het algemeen én in individuele gevallen op een evenredige wijze uit. Voor de verdeling van verantwoordelijkheid én de rechtsbescherming bij een gebrek aan maatwerk, is het echter wel van belang goed af te bakenen welke vorm van toetsing zich voor welke situatie leent. Door een analyse van de verschillende vormen van toetsing en de voor- en nadelen daarvan, komen wij uiteindelijk tot aanbevelingen voor de toetsingspraktijk van de rechter.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd: in paragraaf 2 bespreken we de responsivering van het bestuursrecht en de wijze waarop dat vorm krijgt in zowel het benadrukken van maatwerk als het mogelijk maken van een intensievere toetsing van regels. Paragraaf 3 betoogt dat deze ontwikkelingen soms onderling vervangbaar lijken, maar het de voorkeur verdient wanneer zij duidelijk van elkaar worden afgebakend. Paragraaf 4 geeft vervolgens handvatten voor een dergelijke afbakening. Paragraaf 5 sluit tot slot af met een conclusie. Deze bijdrage richt zich primair op de toetsingspraktijk bij de rechter. Dat neemt desalniettemin niet weg dat ook onzes inziens zowel wetgever als bestuur primair verantwoordelijk zijn voor een responsieve normstelling dan wel uitvoering.

2. Sturen op maatwerk: toetsing bij de rechter

2.1 Achtergrond

Beschouwingen over responsief recht of maatwerk beginnen vaak met de verzuchting dat onduidelijk blijft wat nu precies onder die begrippen moet worden verstaan.⁴ Hoewel wij die constatering delen, laten de algemene lijnen zich duidelijk opmaken. Als vertrekpunt vormt responsivering een reactie op en contrast met autonoom bestuursrecht.⁵ Dit autonome bestuursrecht, met als belangrijkste uitgangspunten rechtmatigheid, gelijkheid en rechtszekerheid, komt in de 21^e eeuw ten gevolge van een aantal factoren steeds meer onder druk te staan. Zo opereert het bestuur steeds minder aan de hand van direct democratisch gelegitimeerde wetten in formele zin en steeds meer door middel van een complex web van algemene maatregelen van bestuur (AMvB), ministeriële regelingen, richtlijnen en beleidsregels.⁶ Ook betekent steeds verdergaande automatisering dat de rechtspositie van de burger vaak wordt bepaald door de toepassing van systeemregels op een individu zonder menselijke tussenkomst. Hierdoor raakt de 'menselijke maat' steeds verder uit het zicht en worden burgers soms geconfronteerd met evident onbillijke besluiten.⁷ Daarmee wordt het voor burgers ook steeds ingewikkelder om nog te doorgronden waarop zij recht hebben en wat van hen verwacht wordt, of fouten te corrigeren.⁸ Ook is in de afgelopen jaren steeds duidelijker geworden dat veel

1 Mr. drs. J.E. Esser & mr. R.G. Becker zijn als promovenda respectievelijk Onderwijs & Onderzoeksmidwerker verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 Zie bijvoorbeeld de recente VAR-jaarvergadering en bijbehorende preadviezen: L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Rensen & S. van Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het Bestuursrecht* (VAR 164), Bju: Den Haag 2020, of het recente themanummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*: NTB 2020, afl. 6.

3 Zie bijvoorbeeld L. van den Berge, 'Responsief Bestuursrecht', in: Van den Berge e.a. 2020, p. 11; R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', NTB 2018/66, p. 426, die het begrip een 'universele kleefpasta' noemt.

4 Zo ook Van den Berge 2020, p. 11 en M.F. Vermaat, 'Garbage in? Garbage out! Maatwerk in het sociaal domein', in: Van den Berge e.a. 2020, p. 66-68.

5 Ze daarover Van den Berge 2020, p. 17.

6 W. Voermans, 'Besturen met regels, volgens de regels', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Bju 2017, p. 33 e.v.

7 Een schrijnend voorbeeld is de recente toeslagenaffaire. Zie daarover: A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', AA 2020, p. 393-399 en commissie-Donner, *Omzien in verwondering 2. Eindadvies Commissie Uitvoering Toeslagen*, Den Haag: 12 maart 2020 p. 72.

8 M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Tilburg: 2018.

burgers wel *weten* wat ze zouden moeten doen, maar als gevolg van een gebrek aan niet-cognitieve mentale vermogens, of in de woorden van de WRR: 'doenvermogen', niet in staat zijn dit ook daadwerkelijk te doen.⁹ In de literatuur wordt daarom een verschuiving gesignaleerd en bepleit naar de zogenaamde responsieve rechtsorde.¹⁰ Niet langer het systeem, maar juist de individuele behoefte van de burger moet richtinggevend zijn bij het nemen van besluiten. In deze meer responsieve rechtsorde is niet langer de gelijkheid of de rechtszekerheid, maar de evenredigheid de kernwaarde. Het sleutelwoord daarbij is daarom maatwerk: billijke besluiten die recht doen aan de persoonlijke omstandigheden en vermogens van de burger.

Deze ontwikkeling laat de bestuursrechter uiteraard niet ongemoeid. Als 'hoeder' van de individuele rechtsbescherming en belangrijke speler in de ontwikkeling van het algemene bestuursrecht, kan de rechter een belangrijke sturende rol spelen in het leveren van maatwerk.¹¹ De wijze waarop hij dat doet, kan echter in aanzienlijke mate verschillen, omdat de rechter op verschillende 'niveaus' kan sturen op het mogelijk maken van maatwerk. Wij onderscheiden daarbij het niveau van de individuele beschikking, de algemene uitvoeringspraktijk en de onderliggende wettelijke regeling. Hoewel de rechter op grond van de Awb formeel altijd het besluit als object van geschil heeft, kan hij door verschillende vormen van toetsing deze verschillende niveaus als materieel aanknopingspunt van de procedure nemen.

2.2 Individueel maatwerk: het uitvoeringsbesluit

Maatwerk en responsivering hebben, zowel in de literatuur als in de rechtspraak, als natuurlijke focus de individuele beschikking, zoals genomen door het uitvoerende bestuur.¹² Dat is als vertrekpunt logisch: responsivering gaat in essentie om het zoeken van aansluiting bij de individuele omstandigheden van het geval, en het uitvoerende bestuur is de 'overheidslaag' die daar met individuele besluiten het beste handen en voeten aan kan geven. Door het individuele besluit te toetsen aan de relevante wet- en regelgeving én aan algemene rechtsbeginselen als zorgvuldigheid en evenredigheid kan de rechter van het bestuur verwachten daadwerkelijk 'maatwerk' te leveren. Dat sluit ook goed aan bij de primaire taakstelling van de rechter sinds de invoering van de Awb, het bieden van individuele rechtsbescherming, en de naar aanleiding daarvan ingezette subjectivering van het bestuursprocesrecht.¹³

De mate waarin het bestuursorgaan maatwerk kan bieden, en de rechter dat via de toetsing van het individuele besluit kan vereisen, kan per type bevoegdheid behoorlijk verschillen.

2.2.1 Maatwerk bij discretionaire bevoegdheden

De ruimte voor maatwerk bestaat in het Nederlandse bestuursrecht vooral bij discretionaire bevoegdheden: daar vereisen het zorgvuldigheids-, evenredigheids- en motiveringsbeginsel dat het bestuursorgaan alle relevante omstandigheden goed in kaart brengt, de aanwezige belangen afweegt en de uitkomst begrijpelijk uitlegt aan burgers. Een responsieve rechter kan daarop sturen door bijvoorbeeld intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, zeker waar grote belangen of kwetsbare groepen burgers in het geding zijn.¹⁴ De rechter heeft in 2016 bovendien aanzienlijk bijgestuurd op individueel maatwerk, door van het bestuur te vereisen die discretionaire bevoegdheid ook bij de toepasselijkheid van beleidsregels daadwerkelijk uit te oefenen. Waar het bestuursorgaan van oudsher slechts hoefde te onderzoeken of toepassing van een beleidsregel tot een onevenredig resultaat zou leiden wanneer sprake was van niet verdisconteerde omstandigheden, kunnen tegenwoordig ook wel voorziene omstandigheden leiden tot een verplichte afwijking. Dat brengt goed tot uiting dat een discretionaire bevoegdheid ook daadwerkelijk een belangenafweging vereist.¹⁵

2.2.2 Maatwerk bij gebonden bevoegdheden

Als het bestuursorgaan niet over een algemene discretionaire bevoegdheid beschikt, kan er soms toch maatwerk worden geboden als er sprake is van een hardheidsclausule. De rechter kan dan toetsen of de hardheidsclausule terecht niet is toegepast en op die manier eventueel toch maatwerk bieden. Als er echter sprake is van een strikt gebonden bevoegdheid, is de traditionele opvatting dat artikel 3:4 lid 2 Awb niet van toepassing is. Het bestuursorgaan kan dan dus geen afweging van de individuele omstandigheden maken en er is dus geen ruimte voor maatwerk.¹⁶ Desalniettemin past bij de ontwikkeling naar responsiviteit en maatwerk om ook bij gebonden bevoegdheden nadruk te leggen op de mogelijkheid om uitzonderingen te maken. Algemene regels kunnen in algemene zin immers wel juist zijn, maar omdat een regelgever nooit alle concrete situaties kan voorzien, kunnen zij onder bijzondere omstandigheden toch onevenredig uitpakken.¹⁷ Dan past het om een uitzondering te maken, bijvoorbeeld op grond van het evenredigheidsbeginsel.¹⁸

9 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid*, (WRR 97): Den Haag 2017. Zie daarover: M.H. Ippel, 'De mens als maatstaf voor de regels van het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2018/63, p. 394 e.v.

10 Illustratief is M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24. Zie voor een overzicht J. Goossens & L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte', *NTB* 2018/28, afl. 5.

11 R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht zien en waarderen', *JBplus* 2020, afl. 4, par. 1.

12 Van den Berge duidt dit aan als 'handelingsresponsiviteit' of 'responsiviteit op microniveau', Van den Berge 2020, p. 12.

13 J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 13. e.v.

14 Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: 2020, p. 43-44.

15 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 45.

16 Zo ook de Awb-wetgever in *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3 (MvT), p. 67.

17 Zie over die ruimte tussen de wil van de wetgever, die nooit de hele toekomst kan voorzien, en de uitwerking in de praktijk uitgebreid M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht*, (preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021).

18 Zoals ook Aristoteles al zei. Zie over Aristoteles en de billijkheidsuitzondering F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 2.

De vraag of het op grond van algemene rechtsbeginselen is toegestaan af te wijken van een gebonden bevoegdheid is notoir lastig te beantwoorden en verzandt al snel in vrij technische details. Uit de klassieke doorbraakarresten blijkt dat het onder omstandigheden mogelijk is om rechtsbeginselen zoals het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel *contra legem* toe te passen.¹⁹ In dat geval toetst de rechter expliciet niet het onderliggende wettelijke voorschrift, dat op zichzelf rechtmatig, maar simpelweg niet van toepassing is. Uit het *Harmonisatiewet-arrest* blijkt echter dat hier op grond van artikel 120 Grondwet alleen ruimte voor is op grond van omstandigheden die door de wetgever niet zijn verdisconteerd.²⁰ Heeft de formele wetgever de uitkomst in deze omstandigheid voorzien, dan is het niet de uitvoering maar de regel zelf die de potentieel onevenredige uitkomst veroorzaakt, maar die mag nu niet aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst. Ook bij wetten in niet-formele zin geldt een zeker respect voor de wil van de (materiële) wetgever: blijkbaar heeft hij de uitkomst evenredig geacht. Deze wil kan zich echter niet uitstrekken tot gevallen die hij bij zijn beslissing niet heeft meegenomen, en dan kan dus een uitzondering worden gemaakt.²¹

Tot zover de stand van zaken met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel is minder overzichtelijk, nu dit beginsel is gecodificeerd in artikel 3:4 Awb en de *contra legem* problematiek in het licht van artikel 120 Grondwet daarmee mogelijkwerijs wordt voorkomen. Een belangrijke voorvraag is dan of artikel 3:4 Awb überhaupt wel van toepassing is bij gebonden bevoegdheden. Lid 1 van artikel 3:4 Awb vereist een belangenafweging voor zover geen beperking uit een wettelijk voorschrift voortvloeit en bij een gebonden bevoegdheid lijkt sprake te zijn van een dergelijke beperking. Bovendien lijken gebonden bevoegdheden uit sectorspecifieke wetgeving als *lex specialis* überhaupt voor te gaan op de Awb als *lex generalis*.²² Als dat zo is, dan is artikel 3:4 Awb niet van toepassing en kan het evenredigheidsbeginsel eventueel enkel als algemeen rechtsbeginsel en dus *contra legem* worden toegepast. Volgens met name Michiel Scheltema is lid 2 van artikel 3:4 Awb echter wel van toepassing bij gebonden bevoegdheden, ook die neergelegd in wetten in formele zin. Lid 2 spreekt immers niet over mogelijke wettelijke beperkingen, wat aansluit bij de algemene verwachting dat de wetgever zal willen dat wettelijke voorschriften altijd evenredig worden uitgevoerd (en indien hij dit niet wil, afwijking van de Awb zal moeten expliciteren). Is artikel 3:4 Awb wel van toepassing, dan is er sprake van twee conflicterende wettelijke voorschriften, en kan op grond van interpretatie het evenredigheidsbeginsel

prima voorgaan.²³ Ondanks deze analyse bepleit ook Scheltema een expliciete codificatie van deze verhouding tussen de Awb en gebonden bevoegdheden, eventueel in een artikel 3:4a Awb.²⁴

Gedreven door de kinderopvangtoeslagaffaire lijkt de interpretatie van Scheltema in een stroomversnelling te zijn geraakt. Waar de minister voor Rechtsbescherming in maart 2020 nog 'niet op voorhand onmiddellijk enthousiast' bleek te zijn voor een generieke hardheidsclausule in de Awb,²⁵ stelt het kabinet in de kabinetsreactie op het rapport 'Ongekend Onrecht' dat het evenredigheidsbeginsel een betere doorwerking moet krijgen in beleid- en regelgeving door een nadere regeling van de verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel en sectorale wetten.²⁶ De Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) is inmiddels aangevuld met artikel 13b waarmee aansluiting wordt gezocht bij artikel 3:4 Awb en dat volgens de memorie van toelichting een codificatie is van de huidige verhouding tussen de Awir en de Awb.²⁷ Ook de Tweede Kamer sloot zich hierbij aan, en nam met 149 stemmen een motie van de leden Jetten en Marijnissen aan waarin de regering wordt opgeroepen tot voorstellen om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in alle gevallen, en dus ook bij gebonden bevoegdheden, leidend te laten zijn.²⁸

Ook de rechter lijkt in de praktijk vaker afwijkingen van wet- en regelgeving op grond van onevenredigheid toe te staan. Een interessant voorbeeld is een uitspraak waarin het Hof het de belastinginspecteur niet toestaat om wettelijk voorgeschreven aanmaningskosten in rekening te brengen.²⁹ Belanghebbende had de aanslagen alleen ontvangen via de 'berichtenbox' van MijnOverheid. Hij had weliswaar zelf 'Ja, ik ga akkoord' voor deze manier van communiceren aangevinkt, maar volgens het Hof kan dit "verwarrend (...) zijn, nu door het aanvinken van één hokje een akkoordverklaring voor het ontvangen van digitale post wordt gegeven voor ca. 150-200 instellingen, welke keuze vervolgens (...) weer ongedaan moet worden gemaakt". De ambtenaar moet daarom "oog (...) hebben voor uitzonderlijke gevallen die nopen tot het loslaten van een strikte toepassing van de wet". Van een "dergelijk uitzonderlijk geval" was hier sprake, waardoor het in rekening brengen van de aanmaningskosten onredelijk en onbillijk zou zijn. Een

19 HR 12 april 1978 (ECLI:NL:HR:1978:AM4447).

20 HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*).

21 E.M.H. Hirsch Ballin, 'De harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en schendbaarheid van het rechtszekerheidsbeginsel', AA 1989, p. 578-592.

22 Zie S.E. Zijlstra tegen de parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, in: B.J. van Ettehoven, "Tussen wet en recht". Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend Onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, NJB 2021/101, p. 104.

23 Scheltema 2021, p. 19-23. In het verleden bepleitte Scheltema een expliciete codificatie van deze interpretatie in een artikel 3:4a Awb, zie Scheltema, *Regelmaat* 2018, afl. 3, p. 128. Mede ingegeven door het nieuwe artikel 13b Awir, lijkt deze wens in Scheltema 2021 niet terug te komen.

24 Scheltema 2021, p. 19.

25 T.C. Borman, 'Minister Dekker: geen generieke hardheidsclausule in de Awb', NTB 2020/77, p. 212.

26 Kabinetsreactie rapport *Ongekend onrecht*, p. 10.

27 Dit laatste valt onzes inziens te betwisten, nu de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State in haar uitspraken over artikel 26 Awir niet zozeer stelde dat de gebonden invorderingsbevoegdheid in individuele gevallen opzij werd geschoven door artikel 3:4 Awb, maar dat deze bevoegdheid in het geheel geen gebonden bevoegdheid was en dus sowieso een belangenafweging op grond van artikel 3:4 Awb vereiste.

28 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 15.

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

tweede voorbeeld is een uitspraak van de Afdeling, waarin belanghebbende haar huis had verkocht, waarna zij tijdelijk in haar eigen kantoorruimte had gewoond met haar dochter.³⁰ Ze had zich pas daarna ingeschreven bij de gemeente op het adres van haar nieuwe woning, waardoor zij volgens de basisregistratie personen tijdelijk had 'samengewoond' met de koper van haar oude huis en haar recht op kindgebonden budget verviel. Volgens de Afdeling is de toepassing van de Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, waaruit volgde dat de gegevens uit de basisadministratie leidend waren, in dit geval 'kennelijk onredelijk', en had de Belastingdienst/Toeslagen "de bepaling vanwege onevenredig nadelige gevolgen voor wederpartij buiten toepassing moeten laten".³¹ Ook hier spreekt de Afdeling van een "uitzonderlijk geval".

Met de woorden 'uitzonderlijk geval' lijken beide rechters echter aansluiting te zoeken bij de lijn van het Harmonisatiewet-arrest, op grond waarvan niet verdisconteerde omstandigheden *sowieso al* tot uitzonderingen konden leiden. Scheltema zelf lijkt dit daarentegen niet als vereiste te stellen, wat zou betekenen dat omstandigheden die de wetgever op zichzelf heeft voorzien toch tot afwijking kunnen leiden. Dat lijkt aan te sluiten bij de ontwikkeling op het terrein van beleidsregels, waar de 'bijzondere omstandigheid' nu kan bestaan in het enkele feit dat de uitkomst onevenredig is. Tegelijkertijd blijft ook voor Scheltema de wil van de wetgever een belangrijke rol spelen, nu juist het feit dat de wetgever niet kan voorzien hoe wetten uitpakken, de achtergrond van zijn voorstel vormt. De nadruk komt daarmee iets meer te liggen op de daadwerkelijke uitwerking in het individuele geval, in plaats van objectief voorgezette omstandigheden. Het blijft dan wel enigszins de vraag of onder die omstandigheden het huidige recht afwijking niet al toestaat.³²

2.3 Maatwerk in de algemene uitvoeringspraktijk

Bovenstaande ontwikkelingen laten zien hoe binnen het debat over responsief overheidshandelen steeds meer nadruk wordt gelegd op maatwerk in het individuele uitvoeringsbesluit, onder andere door het maken van uitzonderingen. Dat is primair de verantwoordelijkheid van het bestuur, maar de rechter vervult hier een belangrijke sturende rol, bijvoorbeeld door een daadwerkelijke afweging te vereisen, ook waar beleidsregels van toepassing zijn, of een uitzondering te verlangen. De rechter kan echter ook op een niveau hoger op maatwerk sturen, door maatwerk in de gehele uitvoeringspraktijk te vereisen. Als deze algemene praktijk is neergelegd in beleidsregels, kan de rechter die exceptief toetsen en zo maatwerk mogelijk maken. Zo

oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat een beleidsregel die de toepassing van een bij wet geregelde begunstigende bevoegdheid volledig uitsluit, de toets van een redelijke beleidsbepaling niet kan doorstaan.³³

Daarnaast kan de rechter ook sturen op een meer maatwerkgerichte algemene uitvoeringspraktijk door wettelijke voorschriften op een meer maatwerkgerichte wijze te interpreteren. Wij scharen de uitspraken van de ABRvS van 23 oktober 2019 over de Wet Kinderopvang en artikel 26 Awir expliciet onder deze categorie. In tegenstelling tot de *contra legem* toepassing van rechtsbeginselen, waarin een wettelijk voorschrift in een individueel geval niet wordt toegepast, maakt de Afdeling met een *algemene* lezing van het wettelijk voorschrift maatwerk in de gehele uitvoeringspraktijk mogelijk. Dat zal zich uiteindelijk door moeten vertalen in individuele maatwerkbeslissingen, maar het wezenlijke moment van rechterlijke sturing op responsiviteit ziet hier op de algemene uitvoeringspraktijk. Een laatste manier waarop de rechter de gehele uitvoeringspraktijk kan bijsturen, is door een individueel besluit te vernietigen met een zeer brede motivatie die op de gehele uitvoering van toepassing is. Een voorbeeld daarvan vormt de CRvB-jurisprudentie over resultaatgericht indiceren, waarin de CRvB oordeelde dat ondersteuningsbeschikkingen die geen concreet aantal uren bevatten per definitie in strijd zijn met het rechtzekerheidsbeginsel.³⁴ Dat leidde er uiteindelijk toe dat meerdere gemeenten hun verordeningen moesten aanpassen.

2.4 Maatwerk in de regelgeving?

Zowel bij het toetsen van het individuele besluit (en de onderliggende belangenafweging) als het toetsen van de algemene uitvoeringspraktijk legt de rechter de verantwoordelijkheid voor responsiviteit en maatwerk bij het uitvoerende bestuur. Toch kan de rechter nog één niveau omhooggaan, totdat hij bij de regelgever uitkomt. Ook een goede normstelling in wet- en regelgeving is immers essentieel voor een succesvol responsief bestuur.³⁵ Eigenlijk geldt zelfs andersom dat de *primaire* verantwoordelijkheid voor maatwerk bij de regelgever ligt, die niet de hele boel moet dichttimmeren en oog moet hebben voor het burgerperspectief.³⁶ Daarbij blijft een heldere normstelling, die desalniettemin voldoende flexibiliteit biedt, eveneens van belang, zowel om de democratische verantwoording van de belangrijkste materiële keuzes te verankeren als om daarmee zowel bestuur, burger als rechter houvast te geven en zo willekeur te voorkomen.³⁷

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

31 Ondanks de bewoordingen 'buiten toepassing laten' toetst de rechter hier niet zozeer de onderliggende Uitvoeringsregeling exceptief te toetsen, maar wegens bijzondere omstandigheden het evenredigheidsbeginsel voorrang te geven daarop.

32 Zie S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema', p. 1-2.

33 CRvB 11 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3387.

34 CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, USZ 2018/354, m.nt. M.F. Vermaat en I.M. Lunenburg; G. Boogaard, 'Resultaatgerichte indicaties vragen om een resultaatgerichte bescherming', *NJB* 2019/530.

35 Dit noemt Van den Berge stelselresponsiviteit, Van den Berge 2020, p. 13.

36 Kabinetsreactie *Ongekend Onrecht*, p. 10. Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, 618 e.v.; Damen *NTB* 2020/2, p. 6.

37 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 82.

Deze focus op de algemene regel sluit goed aan op de ontwikkeling in het bestuursrecht naar een intensievere exceptieve toetsing van regelgeving.³⁸ In de afgelopen jaren hebben de toenemende kwantiteit en complexiteit van gedelegeerde regelgeving, en afnemende democratische legitimatie daarvan, geleid tot een oproep aan de bestuursrechter om een stevigere invulling te geven aan de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Daarbij is enerzijds veel aandacht voor procedurele aspecten, zoals de kwaliteit van de adviezen en de wetenschappelijke gegevens die het bestuursorgaan bij het opstellen van de regel heeft betrokken. Anderzijds staat ook de materiële toets aan het evenredigheidsbeginsel volop in de belangstelling, waarbij bijvoorbeeld gewezen wordt naar de meer genuanceerde drietrapstoets van het Duitse bestuursrecht, waar naast proportionaliteit ook geschiktheid en noodzakelijkheid aan de orde komen.³⁹ Recentelijk hebben de verschillende hoogste bestuursrechters op advies van advocaat-generaal Widdershoven een belangrijke stap gezet door de willekeurssluis los te laten: voorheen konden alleen dusdanig ernstige schendingen van algemene rechtsbeginselen dat zij het willekeurverbod schonden tot onrechtmatigheid leiden.⁴⁰ Tegenwoordig kan schending van materiële beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel, direct tot ofwel onverbindendverklaring ofwel het buiten toepassing laten van het wettelijk voorschrift leiden.⁴¹

Ook exceptieve toetsing van regelgeving past goed in de gereedschapskist van een rechter die wil inzetten op meer maatwerk: zo kan hij gedelegeerde regelgeving onverbindend verklaren omdat die te weinig maatwerk mogelijk maakt. Een interessant voorbeeld is de *Alcoholslot*-uitspraak, waarin de Afdeling een artikel uit een ministeriële regeling onverbindend verklaarde, omdat deze een gebonden bevoegdheid bevatte die in een groot gedeelte van de gevallen onevenredig zou uitpakken en daarmee strijdig was met het evenredigheidsbeginsel.⁴² De regelgeving zelf is dan onevenredig, juist omdat deze geen ruimte voor differentiatie bevat.

3. Toetsing van regelgeving, algemene uitvoering en besluit: spanning of harmonie?

3.1 De verhouding tussen exceptieve toetsing en toetsing van de uitvoering

Het intensiveren van de exceptieve toetsing van regelgeving en het verdiepen van de maatwerkttoets bij de uitvoering vullen elkaar in potentie goed aan bij het bieden van maatwerk: wanneer de regelgeving te stringent is, heeft de rechter mogelijkheden die door exceptieve toetsing aan te pakken, wanneer de wet- en regelgeving in het algemeen te streng wordt uitgevoerd, kan hij de algemene uitvoeringspraktijk bijsturen en wanneer in een incidentele situatie de regel onbillijk uitpakt, kan hij in de individuele belangenafweging maatwerk vereisen. Dat lijkt een overzichtelijke gereedschapskist, maar in de praktijk is het nog best lastig vast te stellen wanneer welke vorm van toetsing het meest aangewezen is.

Zeker bij gebonden bevoegdheden is dat nog best een lastige vraag. De afbakening tussen de toetsing van de uitvoering in het individuele geval en de algemene regel vindt daar momenteel plaats aan de hand van het begrip 'niet-verdisconteerde' of 'bijzondere' omstandigheden. Heeft de wetgever de uitwerking van een wettelijk voorschrift onder bepaalde omstandigheden gewild, dan zal de rechter die desalniettemin maatwerk wil bieden ofwel dat voorschrift exceptief kunnen toetsen, ofwel (in het geval van formele wetgeving) tegen het toetsingsverbod aanlopen. Heeft de wetgever deze uitwerking *niet* voorzien (en dat zal, zoals Scheltema terecht aangeeft, in onze complexe maatschappij in toenemende mate het geval zijn), dan kan de rechter een uitzondering vereisen. De in paragraaf 2.2 beschreven ontwikkelingen laten echter zien dat het vereiste van bijzondere omstandigheden aan inflatie of zelfs aan potentiële afschaffing onderhevig is. Nog los van Scheltema's voorstel, dat in het geheel niet over onvoorziene omstandigheden spreekt, is dat ook het geval bij de jurisprudentievoorbelden. Het is immers maar de vraag of de wetgever inderdaad niet heeft (kunnen) voorzien dat iemand te licht een vinkje zet, of niet gelijk de basisregistratie personen op de hoogte stelt van een verhuizing.⁴³ Vergelijkbaar met de nieuwe koers ten aanzien van artikel 4:84 Awb (de toepassing van de beleidsregels en de inherente afwijkingsbevoegdheid) lijkt de bijzonderheid van de situatie vooral te liggen in de onevenredigheid van de uitkomst.

De vraag wanneer sprake is van bijzondere omstandigheden of een door de wetgever niet voorziene uitwerking, is grotendeels een kwestie van interpretatie. Door specifiekere omstandigheden centraal te stellen of het vereiste van verdisconteerde omstandigheden soepeler toe te passen, geeft de rechter zichzelf meer ruimte een uitzondering te maken en aldus specifiekere omstandigheden centraal te

38 Vgl. R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2019/30.

39 R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2019/30.

40 CrvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452. Zie verder conclusie A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

41 Hoewel bij zowel exceptieve toetsing als bij contra legem toepassing van algemene rechtsbeginselen gesproken wordt over 'buiten toepassing laten' van het wettelijk voorschrift, zijn dit toch twee wezenlijk verschillende vormen van toetsen. Bij exceptieve toetsing wordt het wettelijk voorschrift zelf onrechtmatig verklaard en daarom buiten toepassing verklaard. Bij contra legem toetsing zal alleen het individuele besluit onrechtmatig zijn, omdat daarin ten onrechte geen uitzondering is gemaakt door het wettelijk voorschrift in dit geval buiten toepassing te laten.

42 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

43 Zoals ook annotator Damen opmerkt bij Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11011, in par. 5.

stellen.⁴⁴ Hierdoor vervaagt de grens tussen de toetsing van de uitvoering en van de achterliggende regel: in de hierboven genoemde voorbeelden had de rechter immers ook de achterliggende regel voor onevenredig of onrechtmatig kunnen houden. Bezien vanuit de rechter is dat geen onlogische stap: hem wordt primair gevraagd individuele rechtsbescherming te bieden, en voor belanghebbende zal het object van toetsing vaak niet veel uitmaken. Daarbij heeft de rechter vaak niet of beperkt zicht op de achterliggende praktijk en andere gevallen die de regeling betreffen en is bij het vergaren van informatie over het algemeen afhankelijk van wat procespartijen aanvoeren. Daarnaast zijn bestuursrechters vanuit de trias-gedachte van oudsher huiverig om zomaar algemene regels te toetsen. De andere kant van deze medaille is echter dat de rechter het *uitvoeringsbesluit* kan vernietigen wegens strijd met artikel 3:4(a) Awb, terwijl de uitkomst evengoed als het resultaat kan worden gezien van de afweging die in de regel ligt, die verder niet getoetst wordt.⁴⁵ Hiermee lijkt de nadruk op de uitzondering de ontwikkeling naar een intensievere exceptieve toetsing wat op een zijspoor te zetten.

Ook bij de toetsing van de algehele uitvoeringspraktijk door bijvoorbeeld een brede motivering of een eigen interpretatie van het onderliggende wettelijke voorschrift, kan de grens met exceptieve toetsing flinterdun zijn. Zo had de CRvB bij het resultaatgericht indiceren ook de gemeentelijke verordeningen onverbindend kunnen verklaren die deze manier van beschikken mogelijk maakten. En zonder toetsingsverbod had de Afdeling in de kinderopvangtoeslagzaken ook kunnen zeggen dat artikel 26 Awir zelf onrechtmatig is, omdat het geen maatwerk mogelijk maakte.

Voor de individuele burger zal het uiteindelijk niet veel uitmaken voor welke vorm van toetsing gekozen wordt. Voor de bredere bestuurspraktijk maakt het echter wel degelijk uit of de rechter het onderliggende wettelijke voorschrift toetst, de algemene uitvoering daarvan of het uiteindelijke individuele besluit. Wij lichten hier twee relevante gevolgen toe: die voor de verdeling van verantwoordelijkheid en voor de rechtsbescherming van belanghebbenden.

3.2 Verantwoordelijkheidsverdeling in de trias

Het hierboven omschreven verschil in object van toetsing bepaalt in belangrijke mate de verantwoordelijkheidsverdeling voor de onrechtmatigheid en dus het gebrek aan maatwerk dat aan het vernietigde besluit kleefte. Dat betreft ten eerste de verantwoordelijkheidsverdeling tussen regelgever en uitvoerend bestuur. Ligt het gebrek in de uitvoering, dan is de 'verantwoordelijke partij' het bestuursorgaan. Ligt het gebrek echter in de algemene regel, dan zal het bestuursorgaan ondanks een vernietiging naar de regelgever kunnen wijzen. Dat lijkt een wat open deur, maar heeft

wel belangrijke gevolgen voor de uitvoeringspraktijk. Door van bestuursorganen te vereisen zelf te onderzoeken en af te wegen of sprake is van een uitzonderingssituatie of zelf bepaalde contra-intuïtieve interpretaties aan wetgeving te geven, verplaatst de juridische en politieke verantwoordelijkheid zich van de regelgever naar de uitvoerder.⁴⁶ Dat levert een aantal staatsrechtelijke knelpunten op. Zo stelt een ruime lezing van artikel 3:4 Awb enerzijds bestuursorganen in staat om ook bij gebonden bevoegdheden voorbij te gaan aan de wens van de wetgever en anderzijds de wetgever in staat om met de vinger naar het bestuur te wijzen, dat niet meer kan volstaan met 'ik deed wat mij opgedragen was', maar zelf een afweging moet maken.

Dat is deels inherent aan de ingezette 'responsivering'. In plaats van de democratische legitimatie, rechtszekerheid en gelijkheid die een autonome rechtsorde zo waardeert aan wettelijke voorschriften, waardeert de responsieve rechtsorde het juist als bestuursorganen niet passief naar wettelijke regelingen wijst, maar zelf actief zoekt naar oplossingen die in de geest van de wet liggen besloten. Die responsiviteit is zeker een belangrijke waarde in stelsels waar ook de democratische legitimatie en rechtszekerheid zelf op de achtergrond zijn geraakt, door complexe en gedelegeerde stelsels van regels. Waar sterke institutionele verschillen bestaan tussen de regelgever en de uitvoerder (bijvoorbeeld waar de eerste een democratisch verkozen volksvertegenwoordiger is of beschikking heeft over de financiering van de uitvoering), kan deze verantwoordelijkheidsverschuiving echter onwenselijk zijn. Zoals hierboven reeds aangegeven, is ook in een responsieve rechtsorde de wetgever primair verantwoordelijk voor een gedegen normstelling, die enerzijds voldoende sturing geeft en anderzijds voldoende ruimte voor flexibiliteit laat. Door een te sterke nadruk op de verantwoordelijkheid van de uitvoerder, kan die verantwoordelijkheid gemakkelijk naar de achtergrond geraken. Een bijzonder treffend voorbeeld is de kinderopvangtoeslagaffaire, die, zonder voorbij te willen gaan aan de misstanden in de uitvoering, in ieder geval gedeeltelijk ook veroorzaakt is door de sterk op fraudebestrijding gerichte wetgeving.⁴⁷ Hetzelfde zagen we gebeuren bij de ophef over de terugvordering van € 7.000 aan bijstandsgelden van een vrouw uit de gemeente Wijdmeren, die wekelijks boodschappen van haar moeder had ontvangen om rond te kunnen komen. 'Een masterclass hypocrisie', noemde Sanders de daaropvolgende parlementaire verontwaardiging, daarbij wijzend op de strenge wetgeving die gemeenten wel dwingt tot terugvordering.⁴⁸ De rechter zou er daarom voor moeten waken de 'billijkheidsuitzondering' te laten verworden tot een soort stoplap voor het gebrek aan responsiviteit in regelgeving, zeker waar uitvoeringsorganisaties

44 Bakker 2018, p. 62.

45 Zie N.W.A. Tollenaar & M. Feenstra, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2018, afl. 1, par. 4.4, die hetzelfde opmerken over het loslaten van het vereiste bijzondere omstandigheden bij beleidsregels.

46 Vgl. R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2019/30.

47 Commissie-Donner 2020, p. 72. Zie ook H.D. Tjeenk Willink, 'Kamer moet bij Toeslagen zelf in de spiegel kijken', *NRC* 13 januari 2021.

48 T. Sanders, 'Haagse verontwaardiging over strenge bijstandsregels is een masterclass hypocrisie', *FD* 1 januari 2021.

opgezaald worden met politiek netelige dossiers, torenhoge verwachtingen en een amper toereikend budget.⁴⁹

Naast de verantwoordelijkheidsverdeling tussen wetgever en bestuur, heeft inzetten op individuele 'uitzonderingen' ook belangrijke gevolgen voor de verantwoordelijkheid van de rechter. Inherent aan de beweging naar een meer responsief bestuursrecht is ook dat in toenemende mate van de rechter wordt verwacht in individuele gevallen rechtsbescherming te bieden in de vorm van maatwerk. Daarbij past dat de rechter zich bezint op uitspraken waarin hij bijvoorbeeld besluiten sanctioneert waarbij voor meer dan € 18.000 aan voorschotten kinderopvangtoeslag worden teruggevorderd, omdat de burger het voldoen van een bedrag van € 190 niet kan aantonen.⁵⁰ Toch is de vraag hoever die verantwoordelijkheid van de rechter strekt (mede gezien artikel 120 Grondwet), in grote mate afhankelijk van de vraag op welk niveau het gebrek aan maatwerk zich afspeelt, en in welke mate het Nederlandse bestuursrecht de rechter in staat stelt om op dit niveau rechtsbescherming te bieden. Zo merkt Jensma terecht op dat de hierboven genoemde motie Jetten en Marijnissen wel heel makkelijk de rechter verantwoordelijk maakt om bij strenge wetgeving in alle individuele gevallen een eigen afweging te kunnen maken, ook als de wetgever zelf die strengheid heeft beoogd.⁵¹ Dat plaatst de rechter ook in een kwetsbare positie, waarbij kritiek op onbillijke uitvoering al snel op hem wordt afgewenteld. Dat schuurt met de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de trias, waar de rechter niet primair verantwoordelijk is of kan zijn voor gebreken in algemene regels. Dat uit zich traditioneel in het toetsingsverbod en in de afwezigheid van de mogelijkheid algemene regels direct te appelleren. Paradoxaal genoeg kan deze verantwoordelijkheidsverdeling echter ook betekenen dat de rechter soms wél de algemene regel toetst, om zo te laten zien dat het de verantwoordelijkheid van de regelgever is het gebrek op te lossen, en niet de zijne.

3.3 Rechtsbescherming

De keuze voor het 'object van geschil' heeft daarnaast gevolgen voor de rechtsbescherming. Veel van de ontwikkelingen richting meer maatwerk zijn ingegeven door een wens naar meer individuele rechtsbescherming. Veel burgers hebben immers uiteindelijk behoefte aan besluitvorming en overheidsoptreden dat met hun individuele omstandigheden rekening houdt, en dat kan nu eenmaal het beste in een individuele beschikking. De ontwikkeling richting een bredere toepassing van artikel 3:4 Awb sluit daar helemaal bij aan: in individuele gevallen kan dan een uitzondering gemaakt worden op algemene regels. Die focus heeft echter ook een keerzijde, omdat het daarmee lastiger wordt vat te krijgen op de eventuele problematiek die zich wellicht meer in het achterliggende stelsel van algemene

regels bevindt.⁵² De rechtsbescherming voor de specifieke appellant neemt dan wellicht wel toe, maar die van belanghebbenden die door hetzelfde beleid worden geraakt en niet procederen neemt af.⁵³ Eigen aan het maken van een "uitzondering", bijvoorbeeld op grond van artikel 3:4 Awb, is immers dat het wettelijk voorschrift of de algemene uitvoeringspraktijk in principe rechtmatig zijn, maar op grond van de specifieke omstandigheden van dit individuele geval onevenredig uitpakken. Dat is waarom Ortlep 'precedentwerking' als argument tegen billijkheidsuitzonderingen verwerpt.⁵⁴ Als het individuele geval echter een normale uitwerking van de regel betreft, zullen er in de praktijk veel meer mensen tegen dezelfde problematiek aanlopen, en is precedentwerking juist gewenst.⁵⁵

Burgers worden door deze ontwikkeling dus meer verantwoordelijk gemaakt voor hun eigen rechtsbescherming. Hoewel een vernietiging op deze grond in zekere zin een algemeen signaal zal afgeven aan de uitvoering dat er meer naar individuele omstandigheden gekeken moet worden, staat niet vast dat het bestuur ook proactief zal bezien of maatwerk geboden is. In dat geval zal de burger deze individuele omstandigheden toch telkens zelf moeten aantonen. Deze verschuiving in verantwoordelijkheid is wat ons betreft vaak onwenselijk. Ten eerste is procederen duur, complex en tijdrovend. Bovendien is het voor individuele burgers vaak helemaal niet makkelijk om aan te tonen hoe hun geval zich nu tot de algemene uitvoeringspraktijk verhoudt. Verder geldt dat de onbillijke situatie pas na een rechterlijke uitspraak wordt hersteld, terwijl deze vaak verstrekkende gevolgen kan hebben. Een voorbeeld biedt de zaak waarin toeslaggegevens aantoonbaar niet klopten. Appellante is uiteindelijk in het gelijk gesteld, maar heeft met de nodige moeite moeten procederen en geruime tijd een schuld gehad. Dat lot is ook anderen die in een vergelijkbare situatie verkeren beschoren. Het meer algemene oordeel dat de Belastingdienst niet van evident foutieve gegevens moet uitgaan, verdient dan de voorkeur. Dat zagen we gebeuren bij de beleidsregel die exceptief onrechtmatig werd gevonden door de Centrale Raad van Beroep, omdat deze de toepassing van een begunstigende bevoegdheid geheel uitsloot. Voor appellanten was hetzelfde resultaat bereikt door deze beleidsregel in dit geval niet toe te passen, maar juist omdat de Raad voor een algemener oordeel koos, worden meer mensen geholpen.

Het is in dat opzicht opvallend dat juist naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire de discussie over artikel 3:4 Awb en gebonden bevoegdheden is opgelaaid, omdat deze affaire nu juist niet zozeer ging om uitzonderlijke gevallen,

49 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 50.

50 ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137.

51 F. Jensma, 'De Tweede Kamer is er uit, voortaan gelden alleen billijke wetten', *NRC* 6 februari 2021.

52 Dit sluit aan bij de meer algemene waarschuwing van Schreuder-Vlasblom dat subjectivering van het bestuursrecht het moeilijker maakt om in samenhang en evenwicht recht te spreken, zie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 45 e.v.

53 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 51.

54 Ortlep, *JBplus* 2020, afl. 4, par. 4.3.

55 Dat uit zich ook in het vereiste dat bestuursorganen een bestendige beleidslijn voeren, ook bij afwezigheid van beleidsregels.

maar om een zeer structureel probleem. Het meer algemene oordeel van de Afdeling dat artikel 26 Awir altijd een belangenafweging vereist, doet daar dan ook meer recht aan.

4. Aanbevelingen

In een responsieve rechtsorde gaan responsieve regels en uitvoering hand in hand. De wetgever is verantwoordelijk voor een democratisch verankerde normstelling, die enerzijds voldoende richting geeft en anderzijds voldoende flexibiliteit (en capaciteit!) overlaat voor het bestuur.⁵⁶ Het is vervolgens het uitvoerende bestuursorgaan dat 'met de poten in de modder' aandacht moet hebben voor de individuele omstandigheden van het geval. De rechter kan, ook in een responsieve rechtsstaat, niet meer dan een controlerende en aansturende rol daarbij spelen. Hoewel dit artikel zich primair richt op de toetsingspraktijk bij de rechter, en in dat kader hier tot een aantal aanbevelingen komt, moet daarbij die gedeelde verantwoordelijkheid van regelgever en uitvoerder steeds in het achterhoofd gehouden worden.

4.1 Een responsief stelsel van regels en uitvoering: aanbevelingen aan de rechter

De twee gezichten van een responsief bestuursrecht – responsieve algemene normstelling en individuele uitvoering – geven gezamenlijk vorm aan de taakstelling van de rechter. Enerzijds dient hij individuele rechtsbescherming te bieden wanneer bijzondere omstandigheden daarom vragen. Dat is echter dweilen met de kraan open als het de achterliggende regel in plaats van de uitvoering is die niet deugt. In een responsieve rechtsstaat is het dan ook de taak van de rechter het stelsel als geheel te controleren en eventueel bij te sturen. Hoewel deze functies samengaan en in elkaar kunnen overlopen, is het zaak ze goed gescheiden te houden. In deze paragraaf formuleren wij handvatten om de vraag te beantwoorden wanneer de rechter een meer algemeen oordeel moet geven en wanneer hij zich beter op de individuele omstandigheden kan richten.

Toetsing van het specifieke uitvoeringsbesluit zou zich onzes inziens moeten beperken tot die gevallen waarin de tekortkoming daadwerkelijk in de bevoegdheidsuitoefening in het individuele geval ligt. Dat zal doorgaans het geval zijn bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, bijvoorbeeld waar onzorgvuldig onderzoek is verricht of de individuele belangen onvoldoende zijn afgewogen. Ook bij gebonden bevoegdheden kan de rechter een belangrijke rol vervullen in gevallen waarin de 'normale' toepassing van de regel in bijzondere omstandigheden onevenredig uit zou pakken. Maakt de rechter in dergelijke gevallen een uitzondering om rechtsbescherming te bieden, dan valt dat vanuit oogpunt van responsiviteit toe te juichen, ook als hij daarbij beginselen of andere regels vergaand toepast. De hamvraag is natuurlijk hoe te bepalen of er sprake is van 'echt bijzondere omstandigheden'. Hoewel daarover in de literatuur

interessante opvattingen zijn te vinden,⁵⁷ valt uiteindelijk voor elk geval wel te wijzen op specifieke omstandigheden die van dit geval een uitzondering maken, of juist onder 'de normale bedoeling' van het wettelijk voorschrift doen vallen. Waar het om gaat, is dat de rechter zich bewust is van de gevolgen van zijn interpretatie voor de uitvoering en zijn relatie tot de regelgever.

Ligt het gebrek aan responsiviteit eerder in de onderliggende wet- en regelgeving, of in de algemene uitvoeringspraktijk daarvan, dan zou de rechter zich meer op een systematische oplossing moeten richten. Hij kan dit doen door het achterliggende voorschrift exceptief te toetsen, of door een "brede" uitspraak te doen over de vraag welke praktijken of interpretaties wel en niet toelaatbaar zijn. Wat ons betreft dient ook hier wel scherp onderscheiden te worden wanneer de rechter van welke wijze van een breder oordeel geven gebruikmaakt. Als besproken kunnen de gevolgen van "brede" motiveringen of interpretaties die van exceptieve toetsing dicht naderen. Dat betekent echter niet dat zij identiek zijn, omdat beide instrumenten de verantwoordelijkheid bij een andere partij leggen, namelijk de regelgever dan wel de uitvoering. Leidend bij de afbakening moet wat ons betreft dan ook de vraag zijn wat de onevenredigheid, of andere onrechtmatigheid, veroorzaakt. Exceptieve toetsing is aangewezen in gevallen waarin het gebrek voortvloeit uit de achterliggende regel. Op die manier kan via de algemene regel meer op maatwerk worden gestuurd. In gevallen waarin het voorschrift genoeg ruimte openlaat voor een billijke interpretatie, maar het gebrek wordt veroorzaakt door de uitvoeringspraktijk, is een brede motivering aangewezen, die de uitvoering bijvoorbeeld verplicht om wettelijke voorwaarden (veel) meer beginselconform op te vatten en uit te voeren.

De verschillende mogelijkheden lopen in de praktijk vanzelfsprekend in elkaar over. De zaken over de berichten-inbox en de invordering van huurtoeslag ten gevolge van het niet doorgeven van een verhuizing laten dat goed zien. Wiens 'schuld' is het dat wet- en regelgeving tot kafkaëske uitvoering leidt? Die van de regelgever, die bijvoorbeeld geen clause opneemt waarin burgers tegenbewijs voor computergegevens mogen leveren? Of die van de uitvoerder, die wetgeving in het algemeen veel te strikt toepast? Wat ons betreft kunnen twee handvatten van belang zijn. Ten eerste is, in navolging van Sillen, exceptieve toetsing aangewezen wanneer volgens de rechter geen enkele rechtmatige toepassing van de regel bestaat, of de onrechtmatige toepassing niet van het voorschrift kan worden afgesplitst.⁵⁸ In dergelijke gevallen kleeft het gebrek aan de

56 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 52 e.v.; Kabinetsreactie *Ongekend Onrecht*, p. 10.

57 Zie bijvoorbeeld Bakker 2018, p. 62; R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. RU), Kluwer: Deventer 2009, p. 187; HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, JB 2015/48, m.nt. R.J.B. Schutgens en F.S. Bakker, r.o. 3.7.3 en 3.7.5 en de annotaties van Legemaate (NJ 2015/344, par. 9) en van Rossem (AB 2015/278, par. 9) bij dit arrest; Hirsch Ballin AA 1989.

58 J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. RU), Kluwer: Deventer 2010, p. 245. Overigens beschrijft Sillen hierbij de gebruikelijke praktijk.

regel en het middel om die schrappen is onverbindendverklaring. Dat zal bij wetten in formele zin niet kunnen, maar dat is een inherent gevolg van het toetsingsverbod. Laat de regel naast de onrechtmatige (want te strikte) toepassing ook rechtmatige toepassingen open, dan blijft de vraag of het uiteindelijke gebrek aan maatwerk uit de regel, de algemene uitvoering daarvan, of de individuele toepassing volgt. Een aanknopingspunt daarbij is de vraag of de strikte toepassing uit een expliciete politieke afweging van de regelgever volgt. Dat was bijvoorbeeld het geval bij de terugvordering van het boodschappengeld in Wijdmeren, waar de regelgever expliciet op fraudebestrijding had ingezet. De vraag of die politieke afweging voor onevenredig gehouden moet worden, raakt aan allerlei institutionele vragen en dient daarom veel directer te worden beantwoord in de beoordeling van de wettelijke regeling. Dat zal bij wetten in formele zin wederom niet mogelijk zijn, maar ook dat is een inherent gevolg van het toetsingsverbod. Dat de rechter dan uit oogpunt van rechtsbescherming toch uitzonderingen zal willen vereisen, is logisch, maar doet aan de werkelijke verantwoordelijkheidsverdeling geen recht.

4.2 Aanpassingen procesrecht en toetsingsverbod?

Hoewel maatwerk en een focus op de individuele omstandigheden vaak positieve gevolgen hebben voor de rechtsbescherming, is ook toetsing van het achterliggende kader daarvoor onmisbaar. Paradoxaal genoeg kan de rechtsbescherming in een te sterk gesubjectieerd procesrecht soms juist naar de achtergrond raken, namelijk als burgers meer aan een bovenindividuele oplossing hebben. Dat de rechter daarentegen soms liever aan individuele dan bovenindividuele rechtsbescherming doet, is tegelijkertijd begrijpelijk. Deels is dit inherent aan de rol van de rechter: hij krijgt zijn input van partijen en is minder goed in staat dan een regelgever om de bredere gevolgen van beleid te overzien. Dat neemt niet weg dat wijzigingen in het procesrecht mogelijk zijn die de rechter beter in staat zouden stellen om zich op de achterliggende regel of uitvoeringspraktijk te richten.⁵⁹

Ten eerste kan het makkelijker worden gemaakt voor anderen dan de procespartijen om inbreng te leveren. Constateert een rechter een onbillijke situatie, dan zal het voor hem over het algemeen lastig zijn om te kijken of deze onbillijkheid vaker voorkomt – en daarmee wellicht aan een bredere praktijk toe te schrijven is – of dat hij een ongelukkige uitvoering voor zich heeft. Andere (belangen)organisaties weten dit mogelijk wel. Een *amicus curiae* procedure, die ook andere dan procespartijen in staat stelt inbreng te leveren, kan hem mogelijk informeren over het algemenere voorkomen van een probleem.⁶⁰ Daarnaast kan wederom

worden gekeken naar de belanghebbendheid van belangenorganisaties. Algemeen belangorganisaties zijn geen belanghebbende, wanneer de belangen waarvoor zij zich inzetten ook door een individu zelf kan worden aangekaart.⁶¹ Deze belangenorganisaties zullen vaak echter meer zicht hebben op de vraag of het gaat om een zaakoverstijgend probleem en de rechter op de achterliggende, meer algemene oorzaken wijzen.

Tot slot pakt het toetsingsverbod in sommige geschillen ongelukkig uit. Constateert een rechter dat een gebonden bevoegdheid gebaseerd op een wet in formele zin onevenredig uitpakt, dan kan hij immers alleen tot vernietiging overgaan wanneer sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden. In de praktijk zal een responsieve rechter ook wanneer goed te betogen valt dat de omstandigheden reeds verdisconteerd zijn, in echt schrijnende gevallen creatief genoeg willen zijn om alsnog individuele rechtsbescherming te bieden, waarmee de achterliggende regel dus wel onaangestast blijft.

Al deze punten vragen natuurlijk de nodige discussie en doordenking. Dat neemt niet weg dat het volgens ons de moeite waard is, om juist binnen een responsief bestuursrecht, na te denken welke rol de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure daarbij kan spelen.

5. Conclusie

Dat ook de bestuursrechter meer oog krijgt voor de individuele omstandigheden van de burger en zich actiever gevoelt onbillijke situaties tegen te gaan, is zonder meer een goede zaak. Het is daarbij wel van belang te beseffen dat hij dit op verschillende manieren kan doen: door te focussen op de individuele beschikking, de algemene uitvoeringspraktijk of de onderliggende wettelijke regelingen. Tussen deze vormen van toetsen bestaan wezenlijke verschillen, in het bijzonder ten aanzien van de toedeling van verantwoordelijkheid voor het gebrek aan maatwerk en het niveau waarop de rechter rechtsbescherming kan bieden. Het verdient daarom voorkeur primair in te zetten op een responsieve normstelling en algemene uitvoeringspraktijk, en beroepen op uitzonderingsgevallen te reserveren voor gevallen waarin daadwerkelijk sprake is van een uitzondering. Daarnaast kan de rechter beter in staat worden gesteld niet alleen de regel, maar ook de uitvoeringspraktijk die achter een concreet beleid ligt te overzien, bijvoorbeeld aan de hand van procesrechtelijke wijzigingen. Uiteindelijk kan de rechter zo in relatie tot zowel wetgever als uitvoerend bestuur op een verantwoordelijke wijze maatwerk bieden.

59 Zie ook J. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie?', *NTB* 2020/49.

60 Vgl. R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De *amicus curiae*: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2019, p. 9-19 en J. de Poorter, 'Responsief bestuursrecht en de *amicus curiae*', *NTB* 2018/34; De Poorter 2020, p. 112; een wetsvoorstel dat de hoogste bestuursrechter de mogelijkheid geeft anderen dan procespartijen opmerkingen te laten maken, wordt op dit moment voorbereid.

61 ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000/188, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom en HR 22 mei 2015, *JB* 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First*); De Poorter 2020; zie uitgebreid R. Stolk, 'De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties', in: R. Stolk, L. van der Meulen, M. Wolfrat & K. de Meulder (red.), *Strategisch procederen in het bestuursrecht. Preadviezen Jonge VAR-reeks*, nr. 16, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 19-20.