



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Reactie op preconsultatieversie wetsvoorstel “Wet versterking waarborgfunctie Awb”

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

Citation

Esser, J. E., & Becker, R. G. (2023). *Reactie op preconsultatieversie wetsvoorstel “Wet versterking waarborgfunctie Awb”*. Leiden: Universiteit Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3762437>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3762437>

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

Reactie op wetsvoorstel “Versterking waarborgfunctie Algemene wet bestuursrecht”

J.E. (Joyce) Esser & R.G. (Roel) Becker

1. Introductie

Voor ons ligt een wetsvoorstel waar zowel door de politiek, de uitvoering als de bestuursrechtwetenschap reikhalzend naar wordt uitgekeken. Het Nederlandse bestuursrecht lijkt momenteel op een kruispunt te staan, waarbij de breed gedragen wens is dat er betere aansluiting bij de menselijke maat wordt gevonden. Wij spreken daarom onze bewondering uit voor de voortvarendheid waarmee dit wetsvoorstel concrete handvaten aanreikt in deze richting, en voor de samenwerkingsbereidheid tussen partijen die daaruit blijkt.

Naar onze mening zet het wetsvoorstel flinke stappen in de richting naar een mensgericht bestuursrecht, en versterkt het daarmee deels de waarborgfunctie van de Awb. Wel zijn wij van mening dat die waarborgfunctie breder moet worden opgevat dan het bieden van maatwerk of individuele rechtvaardigheid, maar ook gevonden moet worden in het versterken van institutionele verantwoordelijkheid en tegenmacht, zowel binnen de trias als vanuit de samenleving. Met name de voorstellen inzake het evenredigheidsbeginsel hebben onzes inziens nog onvoldoende oog voor deze laatste functie van het bestuursrecht.

Ons is gevraagd te reflecteren op het wetsvoorstel vanuit onze expertise. Als promovendi op het snijvlak van het staats- en bestuursrecht ligt die in het kritisch reflecteren op het praktische bestuursrecht vanuit onze kennis over de staats- en bestuursrechtelijke theorie. Onze reflectie is daarom op punten abstract en theoretisch van aard. Wij laten daarom graag alle ruimte voor de beoordeling van de meer praktische merites van het wetsvoorstel aan actoren die met beide benen in de praktijk staan.

Onze inbreng is als volgt opgebouwd. Eerst gaan wij in op de waarborgfunctie van de Awb, en de visie op de relatie tussen overheid en burger en tussen de staatsmachten onderling die daaraan ten grondslag zou moeten liggen (§2). Vervolgens passen wij dit toe door uit te werken wat dit volgens ons voor het voorstel ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel betekent §3. Tot slot staan wij stil bij enkele wat meer concrete punten van kritiek op het wetsvoorstel (§4). We sluiten af met een conclusie en enkele concrete aanbevelingen (§5).

2. Waarborgfunctie Awb: méér dan maatwerk

Het wetsvoorstel beoogt de ‘waarborgfunctie’ van de Awb te versterken. Wij proberen uit de voorstellen en de toelichting dat die waarborgfunctie voornamelijk wordt gezien in het beschermen van de individuele burger, door het bestuur in staat te stellen, en soms ook te verplichten, meer te kijken naar persoonlijke omstandigheden en of behoeften. De afgelopen jaren is gebleken, met als dieptepunt de toeslagenaffaire, maar ook de gaswinning in Groningen en andere verhalen van mensen die in de knel komen in hun contact met de overheid, dat dat broodnodig is. Tegelijkertijd is de waarborgfunctie van het bestuursrecht breder: ook het

faciliteren van macht en tegenmacht, van het verdelen van institutionele verantwoordelijkheid en het faciliteren van maatschappelijke participatie en tegenspraak vallen daaronder. Het organiseren van een *stelsel* van verantwoorde bevoegdheidsuitoefening en controle hierop noemen wij de ‘institutionele waarborgfunctie’ van de Awb. Deze twee perspectieven (individueel en institutioneel) spreken elkaar niet tegen, maar versterken elkaar juist, nu goede besluitvorming voor de individuele burger uiteindelijk gewaarborgd kan worden in een goed functionerend stelsel van bestuursrecht.

Het wetsvoorstel beoogt aan te sluiten bij de roep om en ontwikkeling naar een ‘meer responsief bestuursrecht’. Dat begrip wordt tegenwoordig vaak gebruikt, al blijft soms wat in het midden wat deze ‘responsiviteit’ nu precies inhoudt. Het wetsvoorstel kijkt vooral naar het vermogen van het bestuur aan te sluiten bij de concrete omstandigheden van de *individuele* burger. Dat betekent dat minder nadruk wordt gelegd op algemene regels en meer op de individuele uitkomst. Het verbaast daarom niet dat er momenteel veel wordt gepleit voor individueel maatwerk in de vorm van discretionaire bevoegdheden en de mogelijkheid om af te wijken van algemene regels. Als regels daadwerkelijke hulp tegenzitten, kan dat gunstig uitpakken, maar tegelijkertijd blijft steeds de vraag hoe de rechtspositie van de burger daadwerkelijk *gewaarborgd* kan blijven door het recht, juist als de burger in een afhankelijkheidsrelatie tot de overheid staat. Meer discretionaire ruimte leidt immers al snel tot minder concrete aanspraken voor burgers. Het loslaten van meer formele waarborgen uit de ‘autonome rechtsorde’ (waar de responsieve rechtsorde vaak tegen wordt afgezet), zoals het legaliteitsbeginsel of rechtszekerheid, vereist dus het versterken van materiële maatstaven waaruit de positie van de burger kan worden afgeleid. Dat is lastig, omdat het Nederlandse bestuursrecht met zijn grote focus op beginselen geen cultuur kent van beslissen en toetsen op basis van materiële rechtsaanspraken of rechten van burgers, afkomstig uit de grondwet dan wel uit sectorspecifieke wetgeving.

Met het versterken van het evenredigheidsbeginsel wordt een stap gezet in het verbeteren van de materiële bescherming van de rechtspositie van de burger. Het evenredigheidsbeginsel krijgt echter pas betekenis in een stelsel van algemene regels dat de individuele afweging doel en zin verschaft. De belangen van burgers staan immers nooit op zichzelf, maar zijn ingebed in een complex systeem, namelijk de samenleving, waarin allerlei private en algemene belangen moeten worden afgewogen op een algemene en transparante wijze. De individuele rechtspositie is daarin vaak afhankelijk van politieke keuzes én de manier waarop die worden omgezet binnen de uitvoeringspraktijk. Zoals het wetsvoorstel zelf op meerdere plekken terecht benadrukt, kan goede individuele besluitvorming uiteindelijk slechts plaatsvinden op basis van goede wet- en regelgeving én een goed ingericht en uitgerust uitvoeringsapparaat. Veel problemen in de uitvoering, waaronder uitdrukkelijk ook de Kinderopvangtoeslagaffaire, hebben dan ook eerder een systematisch karakter dan dat zij een gebrek aan individueel maatwerk uitdrukken. Bovendien kan zelfs in een goed functionerend systeem niet iedereen zijn gelijk halen, nu schaarste en conflicterende belangen een inherent onderdeel zijn van de samenleving. Individuele rechtvaardigheid vereist een normatief kader, waaruit volgt wat wel en niet kan, en welke ‘hardheden’ het gevolg van ongewenste (uitvoerings)-problematiek zijn, en welke van een politieke keuze.

Wie de individuele burger wil helpen, moet daarom ook vat kunnen krijgen op de achterliggende systeemkeuzes of – problematiek. Waar in de huidige discussie wel eens de indruk ontstaat dat de ‘responsiviteit’ er om draait dat het bestuur individuele burgers “helpt”, draait het begrip in de internationale literatuur dan ook meer om het vermogen van het recht maatschappelijke behoeften en aspiraties door (politieke) participatie te kunnen omzetten in doelgerichte beleidsontwikkeling. Interessant genoeg is responsief recht in het toonaangevende werk van Nonet en Selznick dus veel meer gericht op de mobilisatie en participatie van groepen burgers, dan op de individuele burger. “If there is a paradigmatic function of responsive law, it is regulation, not adjudication. ... Regulation thus conceived is a mechanism for clarifying the public interest.”¹ Dat betekent uiteraard niet dat er geen aandacht is voor individuele burgers – substantive justice is het einddoel van de responsieve rechtsorde. Maar, zo zeggen Nonet en Selznick: “The burden of correcting unlawfulness or injustice should not fall on the individual claimant.”² ‘Responsief’ zijn betekent dan het faciliteren van inspraak in en tegenspraak op bestuurlijke beleidsvorming, waarin maatschappelijke signalen worden omgezet in waarborgen in het recht. In het Nederlandse bestuursprocesrecht kan hierbij worden gedacht aan regels voor het opstellen van regels, het (verder) versterken van het stelsel van openbaarheid van overheidsinformatie en het verder doordenken van de rol van belangenorganisaties bij het bestuur of bij de rechter.

Het faciliteren van transparante beleidsvorming en controle is des te belangrijker in een veranderend speelveld tussen de verschillende staatsmachten. Die ontwikkeling wordt doorgaans geduid als de opkomst van de ‘administrative state’, een vorm van overheidsbestuur waarin het uitvoerend bestuur ten opzichte van de samenleving en de andere staatsmachten steeds meer taken én bevoegdheden verkrijgt.³ Het bestuur is daarmee vaak in staat om beleidsdoelen te stellen, regels te ontwerpen, uit te voeren en de individuele rechtpositie van burgers vast te stellen. Dat doet het vaak met een goede intentie, namelijk het uitvoeren van beleidsdoelen in het algemeen belang, maar het waarborgen van democratische legitimatie en effectieve controle wordt hierdoor complex. Nonet en Selznick noemen de responsieve rechtsorde, waarin eisen van legaliteit en rechtszekerheid worden losgelaten ten bate van meer ruimte voor doelmatig werken aan probleemoplossingen, dan ook een ‘high risk strategy’.⁴ De overheid zuigt snel veel taken aan, terwijl institutionele verantwoordelijkheid en de legitimerende rol van het recht makkelijk vervagen. Het voorliggende wetsvoorstel loopt, met name met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel, tegen een zelfde soort paradox aan: de uitvoering functioneert momenteel niet goed – denk aan de Belastingdienst in de Toeslagenaffaire, maar de enige oplossing hiervoor lijkt te zijn om meer discretionaire ruimte toe te kennen aan datzelfde bestuur.

Dat zet de verhoudingen in de trias onder druk. Hoewel maatwerk een zekere afstand van de wet en wetgever vereist, laat bijvoorbeeld juist de Kinderopvangtoeslagaffaire zien dat

¹ Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law & Society in Transition. Toward Responsive Law. With a new introduction by Robert A. Kagan*, New Brunswick: Transaction Publishers (2. Ed.) 2005, p. 108-109.

² Ibid, p. 109.

³ W.J.M. Voermans, ‘Besturen met regels, volgens de regels,’ in *Algemene Regels in het Bestuursrecht* (VAR-preadviezen 158), Den Haag: Bju 2017, p. 36-37.

⁴ Nonet & Selznick 2005, p. 7.

een duidelijke taakstelling (inclusief beschikbaarstelling van voldoende middelen) en effectieve controle en bijsturing door de wetgever daarmee juist belangrijker worden. Ook het wetsvoorstel benadrukt terecht dat het primair de verantwoordelijkheid van de (bijzondere) wetgever is de randvoorwaarden voor correcte besluitvorming te scheppen. De afgelopen jaren hebben ons echter laten zien dat de wetgever niet altijd in staat is deze taak te vervullen. Dat plaatst steeds meer druk op de rechter. De rechter wordt, ook in het wetsvoorstel, steeds meer verantwoordelijk gemaakt voor het bieden van rechtsbescherming, maar waar deze het gevolg zijn van ondeugdelijke wetgeving of systematische problemen in de uitvoeringspraktijk, zal hij er niet aan kunnen ontkomen ook hier bij te sturen. Dat brengt de rechter al snel in politiek vaarwater, waarbij het de vraag is of het huidige bestuursprocesrecht voldoende waarborgen biedt om deze rol te vervullen.

Het versterken van de positie van de individuele burger moet onzes inziens dus samengaan met het versterken van de institutionele waarborgpositie van de Awb door een meer fundamentele heroverweging van het Nederlandse bestuursrecht en de institutionele verantwoordelijkheidsverdeling hierin. Dat vergt tijd. Terecht is er nu gekozen voor een wetsvoorstel waar binnen de beperkte tijd en mogelijkheden concrete knelpunten worden opgelost. Wel is het interessant op te merken dat we met deze beweging richting individueel maatwerk internationaal gezien enigszins uit de pas komen. In de rechtsvergelijkende literatuur wordt opgemerkt hoe stelsels van bestuursrecht grofweg genomen een ontwikkeling doormaken van individuele rechten en individuele besluitvorming, naar het faciliteren van transparantie en participatie in processen van ‘rulemaking’ door bestuursorganen naar het ontwikkelen van ‘netwerken van beleidsvorming.’⁵

De voorgaande (abstracte) overwegingen houden op zichzelf geen kritiek in op de concrete wetsvoorstellen. Wel kan een te grote focus op de individuele besluitvorming er toe leiden dat de institutionele functie van het bestuursrecht op de achtergrond raakt. Dat risico speelt met name met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel, waar wij de rest van onze inbreng aan wijden.

3. Algemene opmerkingen over evenredigheid/beleidsregels

3.1. Inleiding

Een van de belangrijkste onderdelen van het voorstel is de voorgestelde wijziging van het evenredigheidsbeginsel, zoals gecodificeerd in artikel 3:4, tweede lid Awb.

Voor het bereiken van individuele rechtvaardigheid is het evenredigheidsbeginsel onmisbaar, omdat het bij uitstek focust op de daadwerkelijke gevolgen van een besluit in het leven van de burger. Op die manier kan het toch tot een rechtvaardige uitkomst komen, ook als de ‘systeemwereld’ iets anders voorschrijft. Zo’n mogelijkheid tot het maken van ‘billijkheidsuitzonderingen’ is juist in een administrative state van onmisbaar belang. De

⁵ Javier Barnes, ‘Towards a Third Generation of Administrative Procedure’, in: Susan Rose-Ackerman e.a. (ed.) *Comparative Administrative Law*, Elgar 2010, p. 688 e.v.

moderne bureaucratie leidt onvermijdelijk aan de paradox waarbij goedbedoelde intenties steeds leiden tot het gedetailleerder en complexer worden van regels. De individuele burger raakt daar snel in verstrikt. Bovendien kan de wetgever lang niet altijd voorzien in wat voor situaties zijn regels worden toegepast en hoe dat uitpakt.⁶ Waar de toepassing de bedoeling van de regel voorbijstreeft, moet ruimte voor ingrijpen zijn.

Tegelijkertijd vereist een ‘responsieve rechtsorde’ niet alleen individuele rechtvaardigheid, maar, zoals hierboven uiteengezet, ook een goed functionerend stelsel van algemene regels en controle op de kwaliteit en naleving hiervan als. Het evenredigheidsbeginsel vervult ook daarin een sleutelrol. Zowel de regels en het beleid, als de individuele toepassing daarvan, moeten immers evenredig zijn. De voorgestelde aanpassing aan het evenredigheidsbeginsel versterkt vooral de tweede functie. Het biedt een ‘vangnet’ voor te strenge regelgeving. Terecht wordt ingezien dat het daar niet bij kan blijven: de toelichting benadrukt ook dat een ‘feedbackloop’ van belang is voor het oplossen van onderliggende problemen (‘solve’ en niet slechts ‘fix’).^{7,8} Daarnaast wordt meermaals benadrukt dat het wetsvoorstel niet beoogt dat bestuur of rechter de keuzes van de wetgever ‘overdoen’.⁹

Het is echter de vraag of het wetsvoorstel voldoende aanknopingspunten biedt deze beide wensen te bereiken. Onzes inziens creëert het wetsvoorstel, zeker met betrekking tot afwijken van gebonden bevoegdheden uit formele wetgeving, het risico op een onwenselijke verschuiving van de verantwoordelijkheid van de regelgever naar de individuele besluitvormingspraktijk. Die stelling lichten wij als volgt toe. Eerst staan we stil bij de mogelijkheden op evenredigheidstoetsing onder het huidige recht en het wetsvoorstel. Daarna staan we stil bij de verhouding tussen toetsing van de regel zelf en toetsing van de toepassing.

3.2. Evenredigheidstoetsing onder huidig en voorgesteld recht

Om de effecten van het wetsvoorstel te beoordelen, is het goed scherp voor ogen te hebben wat nu niet kan, maar straks wel zou kunnen.

Het huidige artikel 3:4 Awb schrijft voor dat bestuursorganen de bij een besluit betrokken belangen moet afwegen en dat de uitkomsten daarvan evenredig moeten zijn. Dat beginsel geldt zowel voor individuele beschikkingen als het opstellen van beleidsregels of algemene verbindende voorschriften. Volgens het huidige recht is het niet mogelijk toepassing aan het beginsel te geven bij gebonden bevoegdheden. Het geschreven evenredigheidsbeginsel is volgens de tekst van, toelichting bij en jurisprudentie over artikel 3:4 lid 1 Awb, niet van toepassing op gebonden bevoegdheden. Voor gebonden bevoegdheden uit wetten in formele zin volgt dit bovendien uit het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Volgens het *Harmonisatiewetarrest* geldt dit verbod immers niet alleen voor het toetsen van de wet zelf aan

⁶ M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht*, (preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021).

⁷ Deze terminologie ontleen wij aan *Kamerstukken II*, 35510, nr. 102, p. 13.

⁸ Nota p. 4, 6-7

⁹ Zie onder meer Nota p. 4, 9-10.

Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen (waaronder het evenredigheidsbeginsel), maar ook voor het toetsen van de individuele toepassing daarvan.¹⁰ Als de wet een uitkomst dwingend voorschrijft, dan zou toetsing van die uitkomst betekenen dat de achterliggende wet alsnog zou worden getoetst “over de band van” het besluit.¹¹ Deze brede uitleg is recentelijk nog door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (“ABRvS”) bevestigd.¹² Op het toetsingsverbod bestaat een belangrijke uitzondering: toetsing van *de toepassing van wetten* in formele zin is wel mogelijk wanneer de strijdigheid met het recht voortkomt uit omstandigheden die de wetgever bij het opstellen van de wet niet verdisconteerd heeft. Dan treedt de rechter immers niet in de keuzes van de wetgever. Recentelijk lijkt sprake te zijn van een ontwikkeling waarbij deze ‘route’ vaker wordt gebruikt, en omstandigheden vaker als ‘bijzonder’ of ‘niet-verdisconteerd’ worden aangemerkt.¹³ Voor gebonden bevoegdheden uit algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn (hierna: overige avv’s) geldt artikel 120 Grondwet niet. Het ongeschreven evenredigheidsbeginsel gaat dan boven het specifieke wettelijke voorschrift en kan ertoe leiden dat een uitzondering moet worden gemaakt. Ook dit zien we de laatste tijd vaker terugkomen in de jurisprudentie. Hoewel de aanwezigheid van ‘niet-verdisconteerde omstandigheden’ niet vereist is, lijkt de rechter wel te vereisen dat er sprake is van een bijzonder geval.

Het maken van uitzonderingen is dus onder het huidige recht al (in beperkte mate) mogelijk. Toch heeft het wetsvoorstel de potentie tot wezenlijke verandering. Ten eerste onderstreept het wetsvoorstel de waarde van het evenredigheidsbeginsel en vervult het daarmee een belangrijke codificerende functie ten opzichte van de huidige situatie, die uit ‘uitzonderingsregels’ uit de jurisprudentie bestaat. Juridisch-inhoudelijk zit de echte verandering in het simpelweg *altijd* toestaan van evenredigheidstoetsing. Daarmee maakt het wetsvoorstel de discussie over de vraag wanneer omstandigheden verdisconteerd zijn grotendeels overbodig. Tegelijkertijd lijkt ondenkbaar dat de ‘wil van de wetgever’ geen enkele rol zal spelen in het toekomstige recht. De toelichting bij het voorstel geeft dan ook aan dat de rechter niet de taak heeft “om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen”.¹⁴ Uit de toelichting blijkt dat ook de nieuwe bepaling vooral bedoeld is als vangnetbepaling. Opvallend is dat dit beperkte toepassingsbereik niet uit de bewoordingen van het artikel zelf blijkt. Dat bepaalt immers dat de gevolgen van een besluit *nooit* onevenredig mogen zijn, hetgeen impliceert dat de rechter ook mag en moet ingrijpen wanneer de wetgever de gevolgen wel degelijk voorzien en welbewust gekozen heeft. Het artikel lijkt bij het bestuur een vergelijkbare plicht te leggen. Wij zijn van mening dat het wetsvoorstel nog onvoldoende ingaat op de vraag *wanneer* afwijken van gebonden bevoegdheden, uit zowel wetten in formele zin als overige avv’s geboden is.

¹⁰ HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*)

¹¹ Nota, p. 1.

¹² ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

¹³ J.E. Esser & R.G. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel’, *NTB* 2021/106, p. 251-252.

¹⁴ Nota, p. 2, onder verwijzing naar ABRvS, 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o.6. Zie ook p. 4: “Wel is de wet leidend, in de zin dat de rechter geen politieke keuzes mag maken of een eigen invulling mag geven aan de wet.”

3.3. *Regels versus toepassing*

Wie zonder beperkingen afwijken van regels mogelijk maakt, verlegt de aandacht van de algemene regel naar de individuele toepassing. In bepaalde gevallen is dat juist de expliciete meerwaarde van het wetsvoorstel, maar het zet de institutionele waarborgfunctie van het bestuursrecht onder druk. Juist door het opstellen van algemene regels en het controleren op de naleving daarvan, kan het bestuursrecht immers op stelselmatig en institutioneel niveau verantwoordelijkheid en bijsturing borgen. Dat betekent niet dat uitzonderingen maken niet mogelijk moeten zijn. Wel betekent het dat gevolgen die het logische of welbewuste gevolg zijn van (een stelsel) van regels, óf geaccepteerd moeten worden, of op het niveau van de regel moeten worden betwist. Dat vereist een criterium waarmee ‘gewone gevolgen’ van ‘onbedoelde gevolgen’ kunnen worden onderscheiden.

Zonder een dergelijk criterium hebben zowel bestuur als rechter echter een inherente impuls af te wijken van regels in individuele gevallen door te wijzen op de bijzondere omstandigheden van het individuele geval, ook als de onevenredigheid eigenlijk in de achterliggende regel of uitvoeringspraktijk ligt.¹⁵ Wie een individu voor zich heeft, ziet (en dat is doorgaans juist goed!) immers eerder de individuele omstandigheden, en minder snel de algemene politieke of bureaucratische context waar deze zich in bevindt. Het is dan aantrekkelijk de individuele burger te helpen zonder in lastige politieke discussies of precedentwerking terecht te komen. Ook onder het huidige recht, waar afwijken vaak alleen is toegestaan door te wijzen op bijzondere of niet-verdisconteerde omstandigheden, zien we al hoe de rechter vaak individuele omstandigheden eruit licht, die bij nader inzien vaker voorkomen. Dat is goed voor de individuele burger, maar heeft een aantal nadelen. Ten eerste verhult dit de noodzakelijke discussie over het functioneren van het systeem, en verhindert dit daarmee de ‘feedback-loop’ naar de regelgever. Dat heeft ook gevolgen voor burgers die in een vergelijkbare positie verkeren, maar niet in staat zijn voor hun eigen belangen op te komen door middel van procederen. Het huidige voorstel loopt daarmee het risico vooral mondige burgers te faciliteren of zelfs bevoordelen. Een daadwerkelijk responsieve rechtsorde gebruikt de signalen van mondige burgers om systematische veranderingen door te voeren. Tot slot maakt het toenemend vereisen van individuele uitzonderingen de uitvoering én de rechter kwetsbaar, omdat het de verantwoordelijkheid voor individuele rechtvaardigheid bij hen legt, in plaats van bij de regelgever, die niet alleen de verantwoordelijkheid zou moeten dragen voor het stelsel als geheel, maar ook voor de individuele beslissingen die een logisch gevolg zijn van politieke afwegingen, systeemkeuzes en het toewijzen van budget. Het inbouwen van een veiligheidsventiel moet geen stoplap worden voor een gebrek aan politieke verantwoordelijkheid. De boze reacties vanuit de politiek op gebrek aan rechterlijk ingrijpen in de toeslagenaffaire enerzijds¹⁶ en het terugdraaien van de “nareismaatregel” anderzijds geven

¹⁵ Deze paragraaf is deels gebaseerd op Esser & Becker, *NTB* 2021/106.

¹⁶ Zie uit veel meer het rapport *Ongekend Onrecht (Kamerstukken II, 35510, nr. 2)*, p. 8.

aan dat de beschuldiging van subjectiviteit snel is gemaakt.¹⁷ In een tijd waarin de legitimiteit van bestuur en rechter toch al onder druk staan, is dat wat ons betreft een wezenlijk risico.

Wij benadrukken dat wij uiteraard niet van mening zijn dat onevenredige gevolgen in stand gelaten moeten worden. Wel zou onzes inziens het afwijken van gebonden bevoegdheden moeten worden gereserveerd voor uitzonderingssituaties, en zou bij gevolgen die de normale toepassing van de regel zijn, de discussie over de regel of de algemene toepassing daarvan moeten gaan. Dat kan bijvoorbeeld door een exceptieve toets¹⁸ door de rechter, door het aanpassen van de uitvoeringspraktijk door het bestuur óf door juist op de verantwoordelijkheid van de wetgever te wijzen. Dat vereist een geschikt criterium voor de vraag wanneer afwijking een “bredere” aanwijzing in de rede ligt, dat door de tekst van het huidige wetsvoorstel niet gegeven wordt. Dat is op zich niet erg. Een nieuw criterium zal zich voor een groot gedeelte moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie. Wel heeft het wetsvoorstel een belangrijke richtinggevende functie.

Het wetsvoorstel vervult die functie onzes inziens gedeeltelijk door de nadruk op ‘de bedoeling van de wet.’¹⁹ Het is, zo de toelichting, immers niet de bedoeling dat bestuur of rechter de afweging van de wetgever ‘overdoen’. Heeft de wet een duidelijk doel – arbeidsparticipatie bevorderen – en zou een besluit daaraan niet bijdragen – door veel geld van een burger terug te vorderen – dan zouden rechter en bestuur zich vrij moeten voelen dat besluit niet te nemen. Hoewel het doel van een wet een richtpunt kan zijn, vragen wij ons af of dit handvat in de praktijk veel soelaas zal bieden. Regelingen zijn immers vaak het resultaat van verschillende principiële en praktische overwegingen. Verschillende debepalingen vervullen verschillende doeleinden, maar moeten deels ook weer in samenhang gelezen worden. Zo zal een wet inderdaad het bevorderen van arbeidsparticipatie tot doel kunnen hebben, maar zal de specifieke terugvorderingsbepaling in ieder geval als nevendoeel hebben ervoor te zorgen dat het stelsel niet ondermijnd wordt door uitkeringen ter onrechte. Welke doelen een rechter of bestuursorgaan dan laat prevaleren, zal in de regel nog steeds een subjectieve afweging vergen. Gedeeltelijk komt deze vraag overeen met de huidige vraag of omstandigheden ‘verdisconteerd’ of ‘bijzonder’ zijn. Die vraag blijft altijd moeilijk te beantwoorden, maar laat wel zien dat het wetsvoorstel in zekere zin het huidige recht vervangt met vergelijkbare problemen. Daar komt bij dat sommige uitkomsten weliswaar geen intentionele bedoeling van de wetgever waren, maar toch zeker wel hadden kunnen worden voorzien. Uiteindelijk zijn wij van mening dat de wetgever ook voor deze effecten verantwoordelijk blijft, en het niet de verantwoordelijkheid van uitvoering, rechter én individuele burger kan zijn deze gevolgen door individuele uitzonderingen weg te nemen.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld P. Bauwels, Verbijstering om tweet van oud-VVD-minister over asielcrisis: ‘Schande’, *Metro* 6 december 2022.

¹⁸ Zo’n exceptieve toets ligt door artikel 120 Gw uiteraard ingewikkelder waar het gaat om wetten in formele zin. Toch kan ook daar de verantwoordelijkheid bij de wetgever worden gelegd. Dit kan bijvoorbeeld door een toets aan internationaal recht, maar het kan ook uit de motivering blijken. Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en het bijbehorende persbericht “Grote kamer van Afdeling bestuursrechtspraak loopt aan tegen hardheid van de wet”.

¹⁹ Nota p. 4, 9-10.

De hier beschreven spanning speelt in het bijzonder bij wetten in formele zin. De algemene binding van wetten in formele zin zou bijzonder sterk moeten zijn, nu ons staatsrechtelijke stelsel de verantwoordelijkheid voor politieke afwegingen bij het parlement legt. Tegelijkertijd hebben de afgelopen jaren laten zien dat ook daar veel fout kan gaan. Ook wetten in formele zin hebben vaak onbedoelde consequenties, of kunnen bij kritische lezing überhaupt niet in overeenstemming zijn met de grondwet, internationaal recht of algemene rechtsbeginselen. Wie zich bezighoudt met oplossingen hiervoor, loopt tegelijkertijd onmiskenbaar tegen het toetsingsverbod aan. Wat de merites van artikel 120 Grondwet ook zijn, het artikel zal er de komende tijd nog wel zijn. In de paragraaf hierna gaan wij in op de grondwettelijkheid van het voorstel. Hier staan wij vooral stil bij het feit dat het wetsvoorstel het bestuur en de rechter in een positie forceert waarin zij niet de achterliggende regel op evenredigheid mogen toetsen, maar volgens het voorgestelde artikel 3:4 Awb wel verplicht zijn ongeclausuleerd alle gevallen van onevenredigheid te corrigeren, ook die door de wetgever zijn voorzien.

Het is goed te begrijpen dat de Awb-wetgever, die evenredigheid hoog in het vaandel heeft staan kiest voor deze richting, nu artikel 120 Grondwet eenmaal een gegeven is. Wel forceert het de rechter om rechtsbescherming te bieden door te focussen op de specifieke omstandigheden, omdat hij gezien het toetsingsverbod weg zal willen blijven uit een verkapte exceptieve toets en, in lijn met het wetsvoorstel, niet de politieke keuzes van de wetgever zal willen overdoen. Waar de uitkomst echter wél voortkomt uit de (onbedoelde) bedoeling van de wet, ondermijnt dit de institutionele verantwoordelijkheid van de wetgever, omdat het bestuur en de rechter de ergste consequenties wegvagen, en weliswaar alleen voor burgers die hun weg binnen het stelsel van rechtsbescherming weten te vinden. Die verantwoordelijkheid houdt niet alleen in dat het parlement gelegitimeerd is om politieke keuzes te maken, maar ook de consequenties van die keuzes moet dragen. Wie de rechter medeverantwoordelijk wil maken voor die keuzes, moet dat onzes inziens uiteindelijk over de band van het weghalen van het toetsingsverbod doen, waarbij we eerst goed moeten nadenken over de procedurele waarborgen die daarmee gepaard gaan.

3.4. Conclusies en overwegingen

Evenredigheid is een onmisbaar beginsel in elke rechtsorde, zeker wanneer regels complexer worden. Wij juichen de ontwikkeling toe waarin zowel bestuur als rechter inzien dat algemene regels nooit voor elk geval een goede uitkomst kunnen bieden. Het evenredigheidsbeginsel biedt een vangnetfunctie voor gevallen waarin regels op zichzelf goed functioneren, maar door bijzondere omstandigheden niet goed uitpakken. Dat neemt niet weg dat er aan een te brede toepassing van de individuele evenredigheidsuitzondering nadelen kleven. Het verplaatsen van de focus van de algemene regel of uitvoeringspraktijk naar het individu verwatert institutionele verantwoordelijkheid voor politieke keuzes, of slijpt alleen voor assertieve burgers de scherpe randjes af van systematische problemen. Het investeren in evenredigheidstoetsing in individuele gevallen, moet daarom altijd samengaan met investeren in formele en informele procedures tot verbetering van achterliggende wet- en regelgeving en uitvoeringspraktijken.

Concreet betekent dit voor de evenredigheidstoetsing dat er steeds een criterium nodig blijft waaruit blijkt of een uitzondering gemaakt kan worden, of dat de regel of de algemene toepassing daarvan als zodanig geaccepteerd óf aangepast moet worden. Onder het huidige recht is afwijken al mogelijk bij niet-verdisconteerde of bij bijzondere omstandigheden. Die mogelijkheid is nog niet breed bekend. Wij zouden daarom voorstander zijn van het verder ontwikkelen van deze lijn. Zoals Scheltema overtuigend heeft uiteengezet, zijn immers veel uitkomsten van wetgeving helemaal niet verdisconteerd, omdat de wetgever niet voor ogen had of had kunnen hebben hoe bepalingen in de praktijk uitwerken, waar samenloop met allerlei andere wettelijke regelingen en ongelukkige bijeffecten kunnen optreden.²⁰ Daaraan kan een nieuwe formulering van het evenredigheidsbeginsel een belangrijke impuls geven, maar dat vereist wel steeds een goede overweging van de vraag *wanneer* afwijken geboden is. Gedeeltelijk zal dat zich in de jurisprudentie moeten uitkristalliseren. Wie ervoor kiest algemene beginselen te codificeren, zal tegelijkertijd wel enige richting hieraan moeten geven in de tekst van, of in ieder geval in de toelichting bij de wet.

4. Concrete kritiek op het wetsvoorstel

Naast deze meer algemene opmerkingen bespreken we graag drie meer concrete punten van kritiek op het voorstel – inclusief toelichting – zoals dat nu voorligt.

4.1. Grondwettelijkheid?

Het eerste punt betreft de vraag in hoeverre het voorstel in overeenstemming is met de Grondwet. Artikel 120 daarvan, zoals uitgelegd in het *Harmonisatiewet arrest*, verbiedt toetsing van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen. Wat ons betreft strekt een dergelijk verbod zich logischerwijs ook uit tot toetsing van de toepassing van die wet wanneer het gaat om gebonden bevoegdheden, voor zover geen sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden.

Strikt genomen toetst de rechter de wet dan zelf niet, maar alleen de toepassing daarvan. Als de wet dwingend een bepaalde uitkomst voorschrijft, is toetsing van die toepassing over het algemeen niet te onderscheiden van toetsing van die wet zelf. Als voorbeeld kan worden gewezen op HR 18 oktober 2013, waarin de verordening op de hondenbelasting van Sittard-Geleen centraal stond.²¹ De Gemeentewet biedt expliciet de grondslag voor een hondenbelasting. Het Hof had zich op het standpunt gesteld dat de Gemeentewet weliswaar niet, maar de gemeentelijke verordening (en de daarop gebaseerde aanslag) wel aan de Grondwet te toetsen waren en oordeelde zo dat het heffen van hondenbelasting strijdig is met artikel 1 Grondwet. De Hoge Raad maakte korte metten met die redenering: “Het onderscheid dat daarmee in de Verordening wordt gemaakt tussen houders van honden en andere personen,

²⁰ M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht*, (preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021)

²¹ HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:917, AA20140204 mnt. Schutgens.

stemt overeen met het onderscheid dat op dit punt wordt gemaakt in artikel 226, lid 1, van de Gemeentewet, een wet in formele zin. Gelet op het bepaalde in artikel 120 van de Grondwet kan dit onderscheid daarom niet worden getoetst aan het discriminatieverbod dat is neergelegd in artikel 1 van de Grondwet”.²² Een dergelijke vorm van toetsing wordt wel omschreven als ‘toetsing over de band van het besluit’ of ‘toetsing over de wet heen’. In de regel zal toetsing van de concrete uitkomst van een gebonden bevoegdheid neerkomen op verkapte toetsing van de wet zelf. Los van dit meer technische argument, volgt dit ook uit de bedoeling van artikel 120 Grondwet. Wat men ook van dit artikel moge vinden, het artikel stelt dat het aan de wetgever is om bij wijze van algemeen bindende regels politieke afwegingen te maken. Wie de normale toepassing van de wet verbiedt omdat deze onevenredig is, ontnemt daarmee de bindende kracht van de algemene regel en maakt deze in zekere zin zinledig.

De hamvraag in deze kwestie is vervolgens de vraag of de formele wetgever zelf, bij wijze van formele wet, dergelijke toetsing toch mogelijk kan maken. De toelichting bij het voorstel merkt op dat artikel 120 Grondwet niet in de weg staat aan de operationalisering van geschreven of ongeschreven constitutionele normen, en ook zelf de uitvoering van zijn eigen wetten kan normeren. Het noemt daarbij als voorbeeld de Algemene wet gelijke behandeling en de Awb zelf. Dit alles is uiteraard waar. Tegelijkertijd doet deze redenering onzes inziens geen recht aan de vraag of de formele wetgever iets mogelijk kan maken wat volgens de Grondwet niet mogelijk is, namelijk de rechter faciliteren de gewenste toepassing van andere formele wetgeving aan constitutionele normen te toetsen, door deze niet langer constitutionele normen te noemen, maar een uitwerking van constitutionele normen in een formele wet. Dat is iets wat in de genoemde voorbeelden niet gebeurt. Die tournure heeft iets weg van baron Von Munchhausen, die zichzelf aan zijn eigen haren uit het moeras trekt.²³

Uiteindelijk is het, ironisch genoeg mede gegeven artikel 120 Grondwet, aan de wetgever zelf over de grondwetsconformiteit van het voorstel te oordelen. De huidige toelichting overtuigt ons echter niet. Wij benadrukken overigens dat dit alleen geldt voor het afwijken van formele wetten bij verdisconteerde omstandigheden. Ook de grondwetsproblematiek spreekt er dus voor te investeren in een duidelijk afbakeningscriterium voor afwijken van gebonden bevoegdheden.

4.2. Verhouding tussen lid 1 en lid 2

Ten tweede hebben wij onze twijfels bij de daadwerkelijke formulering van het nieuw voorgestelde artikel 3:4 Awb, waarbij met name de verhouding tussen het eerste en twee lid vragen oproept. Op dit moment bestaat tussen beide leden een logische samenhang: op basis van lid 1 moet het bestuursorgaan bepaalde belangen afwegen en op basis van lid 2 mag de uitkomst van die afweging niet onevenredig zijn. Die koppeling wordt losgelaten: volgens het

²² Ibid., r.o. 4.1.

²³ Zie in vergelijkbare kritische zin Zijlstra, ... Hij noemt het voorbeeld van de formele wetgever, die een formele wet maakt waarin alle grondrechten uit de Grondwet zijn opgenomen en vervolgens de rechter de bevoegdheid geeft hieraan te toetsen. Ook een dergelijke wet zou volgens hem in strijd zijn met artikel 120 Grondwet.

wetsvoorstel kan onevenredigheid ook voortvloeien uit omstandigheden die op grond van lid 1 niet meegewogen mogen of hoeven te worden.

Het loslaten van die koppeling lijkt nodig, indien we mogelijk willen maken dat ook bij gebonden bevoegdheden de uitkomst evenredig mag en moet zijn. Lid 1 beperkt immers momenteel de afweging van belangen bij gebonden bevoegdheden. Lid 1 beperkt echter niet alleen soms **dat** er mag worden afgewogen (namelijk bij gebonden bevoegdheden), maar ook **welke belangen** mogen worden afgewogen (het specialiteitsbeginsel). In de toelichting lezen wij dat niet beoogd wordt het specialiteitsbeginsel af te schaffen of te veranderen. Dat lijkt ons een goed uitgangspunt, omdat het specialiteitsbeginsel een belangrijke rol speelt in de bevoegdheidsafbakening tussen wetgever en bestuur: het zorgt ervoor dat het bestuur een uitvoerende rol heeft in het realiseren van de wens van de wetgever en niet zelf al te zeer verschillende belangen of politieke wensen tegen elkaar moet afwegen. Het wetsvoorstel benadrukt ook dat steeds moet worden aangesloten bij de bedoeling van de wetgever. De *letterlijke bewoording* van het nieuw voorgestelde lid 2 lijkt tegelijkertijd te impliceren dat alle beperkingen van lid 1 moeten worden losgelaten om tot een evenredige uitkomst te komen. Dat vereist evident dat zij toch afgewogen worden (anders kunnen we immers niet vaststellen of iets evenredig is of niet). Het voorgestelde lid 2 zoekt aansluiting bij de “met het besluit te dienen doelen”. Hoewel de bedoeling van de wetgever, de met het besluit te dienen doelen en de af te wegen belangen samenhangen, zijn zij echter niet hetzelfde. Volgens het voorgestelde lid 2 moeten immers alle negatieve gevolgen voor belanghebbenden worden afgewogen tegen de met het besluit te dienen doelen, en moet de uitkomst daarvan in overeenstemming zijn met de bedoeling van de wetgever. Het voorgestelde lid 2 geeft onzes inziens daarom onvoldoende uitsluiting over de vraag welke belangen een rol mogen spelen bij de afweging. Dat zet druk op het specialiteitsbeginsel, wat wij illustreren aan de hand van de klassieke specialiteits-uitspraak *Jetski's*. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak dat de geluidsoverlast voor omwonenden niet mocht worden meegenomen, omdat dit geen met het vergunningstelsel te dienen belang was. De beslissing om jetski's toe te staan, heeft tegelijkertijd wel duidelijk feitelijk negatieve gevolgen voor de omwonende belanghebbenden, en zou onder het nieuwe artikel 3:4 lid 2 Awb dus wél meegewogen moeten worden. Deze vragen rondom het specialiteitsbeginsel roepen onvermijdelijk ook vragen op over de verhouding tussen de Awb en de bijzondere wetgever. Op dit moment kan de bijzondere wetgever in een *lex specialis* de af te wegen belangen beperken. Het tweede lid stelt dat ook in een dergelijk geval de uitkomst evenredig moet zijn. Zoals hierboven beschreven komt dat erop neer dat de belangen toch moeten worden meegewogen. Dat beperkt de lagere wetgever in zijn mogelijkheid bepaalde belangen buiten een wettelijk stelsel te houden, en dwingt de bijzondere formele wetgever bij dergelijke wetten ‘In afwijking van de Awb ...’ op te nemen.

Daarnaast zet het loslaten van de koppeling tussen lid 1 en lid 2 druk op het voorbereidende feitenonderzoek van het bestuursorgaan. Artikel 3:2 Awb vereist van het bestuursorgaan dat het de nodige kennis omtrent de af te wegen belangen verzamelt. Om te voldoen aan het nieuwe lid 2, is dat echter niet langer genoeg. De onevenredigheid kan immers ook in andere omstandigheden schuilen. Dat zet druk op de uitvoerbaarheid. Dat roept immers de vraag op hoe het bestuursorgaan die omstandigheden kan achterhalen en op een goede manier kan

verwerken. Zeker waar het gaat om kwetsbare burgers, zal ook niet simpelweg kunnen worden aangenomen dat deze de overige relevante omstandigheden uit zichzelf aandragen. De beperkende functie van het specialiteitsbeginsel op het feitenonderzoek heeft daarnaast ook een borgende functie voor de persoonlijke levenssfeer.

5. Conclusie

Dit voorstel vormt een belangrijke stap in een bestuursrecht dat meer oog krijgt voor de menselijke maat. Het zorgt ervoor dat altijd tot een evenredige uitkomst kan worden gekomen en dat is in een tijd waarin steeds meer mensen verstrikt raken in complexe overheidssystemen van grote toegevoegde waarde. Tegelijkertijd zou het jammer zijn als het daarbij bleef: echte responsivering betekent niet alleen meer oog voor individuele omstandigheden, maar ook het borgen van evenredigheid in regelgeving en de gehele uitvoering. Het voorstel zoals het er nu ligt brengt het risico met zich dat té veel bij het bestuur of de rechter wordt gelegd, zonder mogelijkheden de andere machten in de trias op hun verantwoordelijkheid te wijzen en te garanderen dat iedereen geholpen wordt. Op meer technisch vlak hebben wij vraagtekens bij de grondwettelijkheid van het voorstel en de verhouding tot het specialiteitsbeginsel.

Naar onze verwachting kunnen de meeste van deze vraagtekens worden weggenomen door duidelijker te maken op wat voor soort gevallen het wetsvoorstel betrekking heeft. Een eventuele spanning met het toetsingsverbod wordt immers weggenomen door uit te sluiten dat bestuur en rechter de expliciete keuzes van de formele wetgever overdoen. Dat biedt onzes inziens nog steeds voldoende ruimte om een belangrijke impuls te geven aan de praktijk waarin onder bijzondere of niet-voorzien omstandigheden of consequenties (en dat is vaak het geval!) uitzonderingen kunnen worden gemaakt. Ook de vraagtekens rondom het specialiteitsbeginsel en de verhouding tot de bijzondere wet kunnen op die manier worden weggenomen.

Wij adviseren daarom graag om:

- * In samenhang met het wetsvoorstel te investeren in de “institutionele waarborgfunctie” van het bestuursrecht, bijvoorbeeld door de ‘feedbackloop’ tussen bestuur/rechter en wetgever institutioneel te borgen. Op termijn vereist dit ook een fundamentele heroverweging van het bestuursprocesrecht, waarbij bijvoorbeeld artikel 8:3 Awb heroverwogen wordt.
- * In tekst en/of toelichting duidelijker aan te geven in welke categorieën gevallen het nieuwe artikel 3:4 Awb lid 2 toegepast moet worden en in welke gevallen niet.