

# Bestuursrechtelijk maatwerk

## De wetgever en het bestuur aan zet

Koen Giezeman & Niels Jak<sup>1</sup>

De bestuursrechter relativeert de laatste tijd steeds vaker formele bestuursrechtelijke rechtsregels om zodoende recht te doen aan de belangen van de individuele burger. Een recent voorbeeld zijn de toelagenzaken van 23 oktober 2019. Met deze ontwikkeling beantwoordt de bestuursrechter aan een toegenomen roep om meer ‘burgerperspectief’ en meer ‘maatwerk’ in het bestuursrecht. Wij stellen ons op het standpunt dat deze ontwikkeling in de rechtspraak moet worden opgevat als een signaal aan de wetgever en het bestuur om meer ruimte te bieden aan burgerperspectief en maatwerk. De wetgever en het bestuur zijn nu aan zet.

**H**et pleidooi voor een ‘responsieve rechtsstaat’ waarbij het ‘burgerperspectief’ centraal staat, domineert momenteel het debat over het algemene bestuursrecht. Het gaat er hierbij om dat de burger rechtsstatelijke garanties ervaart en dat hij merkt dat het in de rechtsstaat uiteindelijk om hem gaat.<sup>2</sup> Toepassing van regels vergt ‘maatwerk’ dat is toegesneden op de bijzondere omstandigheden en de belangen van de individuele burger.

In de rechtspraak heeft de bestuursrechter zich recent gevoelig getoond voor de roep om meer burgerperspectief. De bestuursrechter relativeert inmiddels regelmatig formele (dogmatische) hobbels die maatwerk in het individuele geval belemmeren. Zodoende kunnen de bijzondere omstandigheden en de belangen van de individuele burger worden meegewogen bij de oplossing van het geschil. In de literatuur wordt deze ontwikkeling ook wel geduid als de ‘opmars van het evenredigheidsbeginsel’<sup>3</sup> of de opkomst van een ‘billijker bestuursrecht’<sup>4</sup>. Deze ontwikkelingen in de rechtspraak getuigen niet alleen van een toegenomen burgerperspectief bij de bestuursrechter. Volgens ons moeten deze ontwikkelingen ook worden gezien als een signaal aan het bestuur en de wetgever om meer recht te doen aan het burgerperspectief door meer maatwerk mogelijk te maken.

In deze opinie duiden wij het toegenomen burgerperspectief bij de bestuursrechter en de wijze waarop dat als signaal aan het bestuur en de wetgever zou moeten worden opgevat. Daarnaast geven wij onze visie waarop het bestuur en de wetgever dat signaal zouden kunnen oppakken om meer bestuursrechtelijk maatwerk te leveren.

### Burgerperspectief bij de bestuursrechter

In de rechtspraak zien we de laatste tijd dat de bestuursrechter steeds vaker bereid is om in te grijpen in formele rechtsregels die een evenredige uitkomst in het individuele geval belemmeren.

Deze ontwikkeling zien wij bij de wijze waarop de bestuursrechter de scherpe kantjes afslijpt van formele dogmatische rechtsregels die in zijn eigen jurisprudentie zijn ontwikkeld. Neem de relativering van de *formele rechtskracht*.<sup>5</sup> Voorheen was het ondenkbaar dat de bestuursrechter in een procedure tegen een invorderingsbeschikking of een kostenverhaalbeschikking gronden beoordeelde die de appellant tegen de last onder dwangsom of de last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen.<sup>6</sup> De formele rechtskracht stond aan die beoordeling in de weg. Inmiddels hebben de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven een gaatje geopend voor uitzonderlijke

**De bestuursrechter slijpt de scherpe kantjes af van formele dogmatische rechtsregels die in zijn eigen jurisprudentie zijn ontwikkeld**

gevallen waarin het *evident* is dat er geen overtreding is gepleegd en/of de betrokkene geen overtreder is.<sup>7</sup> Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de formele rechtskracht van een besluit niet aan aansprakelijkheid van de Staat in de weg hoeft te staan.<sup>8</sup>

Een ander voorbeeld is het *vertrouwensbeginsel*. Tot voor kort waren de omstandigheden die tot gerechtvaardigd vertrouwen in de overheid hadden geleid pas relevant als dat vertrouwen door het bevoegde gezag was gewekt. Omdat de meeste burgers niet met het bevoegde gezag, maar met ambtenaren te maken hebben, was de overheid dus niet te vertrouwen.<sup>9</sup> Tegenwoordig staat het perspectief van 'de redelijk denkende burger' meer centraal.<sup>10</sup> Daardoor mag een burger sneller dan voorheen vertrouwen op uitlatingen van overheidszijde en komt het vooral aan op het afwegen van belangen om te bepalen of de toezegging moet worden nagekomen.

Daarnaast is het *ne bis in idem*-beoordelingskader bij een besluit op een herhaalde aanvraag verlaten. Als gevolg daarvan kan de bestuursrechter zich een inhoudelijk oordeel vormen over een besluit op een herhaalde aanvraag, ook al is geen sprake van nieuw gebleken feiten of omstandigheden.<sup>11</sup> Dat neemt niet weg dat het bestuursorgaan een herhaalde aanvraag op grond van artikel 4:6 lid 2 Awb kan afwijzen wanneer er geen nieuwe feiten of veranderde omstandigheden zijn. Toch is hier nog een uitweg mogelijk wanneer een dergelijke afwijzing voor de burger evident onredelijk is.<sup>12</sup>

De bestuursrechter schaaft niet alleen aan de eigen, in de rechtspraak ontwikkelde, rechtsregels. Ook wanneer de uitwerking van een wettelijke bepaling volgens de bestuursrechter onwenselijk is, kan dat tot een andere, billijker, interpretatie leiden. Een treffend voorbeeld zijn de Afdelingsuitspraken van 23 oktober 2019 over de vaststelling van het recht op kinderopvangtoeslag en de terugvoering daarvan door de Belastingdienst/Toeslagen.<sup>13</sup> De Afdeling is anders dan voorheen van oordeel dat het bestuursorgaan wettelijk gezien ruimte heeft om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager een deel van de kosten van kinderopvangtoeslag heeft voldaan. Het bestuursorgaan heeft hierbij voortaan ruimte voor een belangenafweging. Daarnaast is de Afdeling van oordeel dat de Algemene wet inkomensafhankelijke rege-

lingen niet imperatief voorschrijft dat het gehele bedrag moet worden teruggevorderd, maar dat de Belastingdienst/Toeslagen daarbij discretionaire ruimte heeft om maatwerk te leveren. De Afdeling maakt deze draai vanwege de ernst en omvang van de financiële gevolgen die haar eerdere jurisprudentielijn teweeg heeft gebracht.<sup>14</sup>

Een ander recent voorbeeld zijn de Nederlanderschapzaken van 12 februari 2020.<sup>15</sup> De Afdeling oordeelde, in navolging van het *Tjebbes*-arrest<sup>16</sup>, dat het automatisch verliezen van het Nederlanderschap volgens de Rijkswet op het Nederlanderschap in strijd is met het Unierecht als er geen evenredigheidsstoets mogelijk is. De Minister van Buitenlandse Zaken moet per individueel geval beoordelen of het automatisch vervallen van het Nederlanderschap evenredig is uit het oogpunt van het Unierecht, ook al biedt de wet daar geen ruimte voor. Als blijkt dat de gevolgen van het verliezen van het Nederlanderschap uit het oogpunt van het Europese recht onevenredig zijn, dan moet de belanghebbende met terugwerkende kracht weer Nederlander kunnen worden.

## Als de bestuursrechter formele wetgeving 'corrigerend' moet interpreteren dan betekent dat dat die wetgeving en die bestuurspraktijk niet op orde zijn

De bovengenoemde uitspraken getuigen van meer burgerperspectief bij de bestuursrechter.<sup>17</sup> De vraag dringt zich op waar de nieuwe benadering van de bestuursrechter vandaan komt. Mogelijk is het een reactie op de ontwikkeling waarbij het bestuursrecht door de wetgever en het bestuur steeds stringenter wordt toegepast. Te denken valt aan de nadruk op toezicht en handhaving, maar ook aan strenge vergunningvoorschriften.<sup>18</sup> Daarnaast kan de

### Auteurs

1. Mr. K. Giezeman is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en mr. dr. N. Jak is Senior Professional Support Lawyer bij Stibbe te Amsterdam en verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

### Noten

2. M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 4.
3. T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445, p. 603.
4. T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB*

2019/2415, p. 2931.

5. Barkhuysen 2019.

6. Zie bijv. ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:652, r.o. 5.1; ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2991, r.o. 3.1.

7. ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466, r.o. 2.2; Cbb 10 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:663, r.o. 6.2; ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3923, r.o. 4.6.1.

8. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.8.1-2.8.8. Zie hierover ook D.J.G. Sanderink & R.J.N. Schlössels, 'Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?', *NJB* 2019/2694, p. 3224-3230.

9. Zie bijv. ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5949, r.o. 2.4.1 en ABRvS 31 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6339, r.o. 2.4.1.

10. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

11. ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131.

12. CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:659.

13. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *RSV* 2020/21 en *RSV* 2020/22, m.nt. P.J. Huisman & N. Jak.

14. Zie ook de uitspraak over het alcohol-slotprogramma ABRvS 4 maart 2015,

ECLI:NL:RVS:2015:622, r.o. 5.7.

15. ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:423.

16. HvJ EU 12 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:189.

17. Uitzonderingen daargelaten (Cbb 5 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:560, *AB* 2020/46, m.nt. R. Ortlep).

18. Dit onderwerp wordt aangesneden door T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en C.M. Saris in hun aanstaande *NJV* preadvies 2020. Zie ook het onderzoek 'Handhaving van onderop', geleid door M. Hertogh. Zie [www.handhavingvanonderop.nl](http://www.handhavingvanonderop.nl).



rechtspraak worden gezien als een correctie op het perspectief dat de wetgever en het bestuur van de burger hebben: er is wantrouwen in de burger enerzijds<sup>19</sup> en er wordt een (te) hoge mate van zelfredzaamheid van de burger verwacht anderzijds.<sup>20</sup> De nieuwe koers van de bestuursrechter is onzes inziens dan ook vooral een signaal aan de wetgever en het bestuur om, vanuit een ander burgerperspectief, meer bestuursrechtelijk maatwerk te bieden. De bestuursrechter is er namelijk om, aan de achterkant, geschillen te beslechten en het zijn de wetgever en het bestuur die, aan de voorkant, de geschillen moeten voorkomen. Als de bestuursrechter formele wetgeving 'corrigerend' moet interpreteren<sup>21</sup> en het bestuur expliciet aanzet om maatwerk te leveren<sup>22</sup> zodat meer recht wordt gedaan aan het individuele geval van de burger, dan betekent dat dat die wetgeving en die bestuurspraktijk niet op orde zijn. Het is dan ook tijd dat de wetgever en het bestuur werk gaan maken van meer burgerperspectief en responsiviteit in het bestuursrecht.

### **De wetgever moet verantwoordelijkheid nemen**

De wetgever heeft de eerste verantwoordelijkheid voor meer burgerperspectief en maatwerk in het bestuursrecht. Het is immers de wetgever die de bevoegdheden van het bestuursorgaan vormgeeft. Zo heeft de toeslagenkwestie, die veel politieke verontwaardiging veroorzaakte, zijn oorsprong in formele wetten die door de wetgever – en dus ook door het parlement! – zijn opgesteld.

De wetgever zou allereerst voldoende discretionaire ruimte kunnen bieden aan een bestuursorgaan om maatwerk te leveren bij besluitvorming. Op die manier kan het bestuursorgaan de bijzondere omstandigheden en de belangen van de burger meewegen bij het besluit en loopt de burger niet steeds aan tegen een muur van formele regels.

Verder zou de wetgever het bestuursorgaan handvatten kunnen geven om met voor de burger onbillijke

situaties te kunnen omgaan. Nu tasten bestuursorganen daarover nog vaak in het duister. In dit licht is toe te jui- chen het voorstel van Scheltema tot introductie van een nieuw artikel 3:4a Awb.<sup>23</sup> Op grond van deze bepaling kan het bestuursorgaan van een wettelijke regel afwijken wanneer toepassing van die regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt. Afwijken kan dan voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen. Het aantrekkelijke van deze benadering, waarbij een uitzondering op de regel wordt aangenomen, is dat de bestuursrechter zich niet hoeft te begeven op het glibberige terrein van een 'corrigerende interpretatie' van een wettelijke bepaling,<sup>24</sup> zoals in de genoemde toelagensuitspraken, maar deze bij wijze van uitzondering buiten toepassing kan laten. Bovendien geeft deze bepaling het bestuursorgaan misschien wat meer comfort om bij dwingendrechtelijke wetsbepalingen toch de ruimte te nemen om na te gaan of de uitwerking van die bepaling evenredig is.

Op het terrein van de bestuurlijke geldschulden scheidt de wetgever al voorwaarden voor maatwerk. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft onlangs het voornemen geuit om in de Awb een kwijtscheldingsbevoegdheid op te nemen voor de situatie waarin de nadelige gevolgen van invordering van een geldschuld onevenredig zijn.<sup>25</sup>

### Het bestuur moet maatwerk leveren

Uiteindelijk komt het er voor echt billijker bestuursrecht op aan hoe het bestuursorgaan met zijn discretionaire ruimte omgaat. Het is immers het bestuursorgaan dat het maatwerk voor het individuele geval moet leveren, waarbij rekening wordt gehouden met de bijzondere omstandigheden en de belangen van de burger.<sup>26</sup> Hoe kan het bestuursorgaan dat maatwerk realiseren?

Het zou daarover beleidsregels kunnen opstellen. Zo werkt de Staatssecretaris van Financiën inmiddels aan meer proportionele besluiten in de toelagenpraktijk.<sup>27</sup> Het bestuursorgaan kan zijn discretionaire ruimte echter niet helemaal dichtreguleren. Wij wijzen op de gewijzigde toepassing door de bestuursrechter van de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels neergelegd in artikel 4:84 Awb.<sup>28</sup> Ook wanneer een omstandigheid in algemene zin is verdisconteerd bij het opstellen van een beleidsregel, kan zo'n omstandigheid

in het individuele geval aanleiding zijn om van de beleidsregel af te wijken wanneer die omstandigheid tot onevenredige gevolgen voor de burger leidt. Een dergelijke benadering is ook te zien bij de manier waarop de bestuursrechter met hardheidsclausules in wetgeving omgaat.<sup>29</sup> Wat ons betreft zou deze benadering ook kunnen worden doorgetrokken naar het buiten toepassing laten van wetgeving in formele zin. Dit zou een aanpassing betekenen van het *Harmonisatiewet* arrest.<sup>30</sup> Op grond van dit arrest mag een wettelijke bepaling, zonder dat dat strijd oplevert met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, buiten toepassing worden gelaten wanneer 'de toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (...) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel'. Wij bepleiten dat een wettelijke bepaling ook buiten toepassing zou mogen worden gelaten wanneer een omstandigheid weliswaar in algemene zin is verdisconteerd bij het opstellen van die bepaling, maar in het individuele geval tot onevenredige gevolgen leidt en dus *in concreto* niet is verdisconteerd. Het door Scheltema voorgestelde artikel 3:4a Awb zou dan wellicht niet meer nodig zijn, al gaat daar natuurlijk wel een belangrijk signaal vanuit.

Verder rijst de vraag hoe maatwerk zich kan verdragen met rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De aard van het geschil kan daarbij van onderscheidende betekenis zijn. Wij zouden menen dat het bestuursorgaan in tweepartijengeschillen meer op de burger toegesneden maatwerk kan toepassen, waardoor een 'responsieve rechtsstaat' tot zijn recht kan komen. De toelagenzaken lenen zich ook hier uitstekend voor. Bij het proportioneel vaststellen van kinderopvangtoeslag kan rekening worden gehouden met de financiële en administratieve bijzonderheden van degene die de toeslag heeft ontvangen. De uitkomst van de besluitvorming kan dus verschillen per geval zodat de wettelijke regels en beleidsregels niet altijd op voorhand bepalen wat de precieze toeslag wordt. Dat is echter geen probleem omdat die onzekerheid en ongelijkheid de individuele burger juist ten goede komt. Dat is anders wanneer derdenbelangen betrokken zijn bij de besluitvorming. Maatwerk in het voordeel van de ene burger kan in het nadeel zijn van de andere burger. Dat geldt bijvoorbeeld voor het omgevingsrecht. Het toepassen van bouw- en gebruiksregels vergt juist een grote mate van uniformiteit en zekerheid zodat minder ruimte is voor de bijzondere omstandigheden

19. Zie het VAR-preadvies van de Nationale ombudsman, waarin aan de hand van een aantal casus wordt geschetst waar het misgaat met het vertrouwen van en in de burger (R.F.B. van Zutphen, 'Zoals de waard is, vertrouwt hij zijn gasten', in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (VAR-reeks 160), Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 221-249).

20. WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

21. Zie voor de term 'corrigerende interpretatie' het proefschrift van F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 83 e.v. en p. 432 e.v.

22. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.14; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 5.13.

23. M. Scheltema, 'Wetgeving in de

responsieve rechtsstaat', *Regel/Maat* 2018, afl. 3, p. 128.

24. Bakker 2018, p. 83 e.v. en p. 432 e.v.

25. *Kamerstukken II* 2019/20, 24515, 499, p. 6.

26. Dit sluit aan op het voornemen van de Minister voor Rechtsbescherming Dekker om onnodige juridisering door de overheid aan te pakken. Zie internetconsultatie wijziging Besluit proceskosten bestuursrecht en *Kamerstukken II* 2018/19, 31753, 158, p. 50 e.v.

27. Kamerbrief 17 december 2019 (ken-

merk 2019-0000215312). Zie ook het Verzamelbesluit Toelagen (*Stcrt.* 2019, 70486).

28. ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *JB Select* 2019, nr. 8, m.nt. T. Barkhuysen & N. Jak.

29. ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1335, *AB* 2019/367, m.nt. W. den Ouden.

30. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.9.

## Beschikkingenfabrieken nemen hun besluiten dikwijls efficiënt en geautomatiseerd. Wellicht leent de bezwaarfase zich hier goed voor maatwerkbesluitvorming

van de individuele burger.<sup>31</sup> Ten slotte valt nog te wijzen op de spanning tussen maatwerk en bestuurspraktijk. Beschikkingenfabrieken nemen hun besluiten dikwijls efficiënt en geautomatiseerd. Maatwerkbesluitvorming zou echter een enorme werklast met zich brengen. De vraag is of dat praktisch haalbaar is voor het primaire besluit. Bovendien zal het 'standaardbesluit' in de meeste gevallen voldoen. Wellicht leent de bezwaarfase zich hier goed voor maatwerkbesluitvorming. In het kader van gedigitaliseerde en geautomatiseerde besluitvorming heeft de Afdeling Advisering van de Raad van State geadviseerd om de positie van burgers te verbeteren onder andere door het bieden van maatwerk en 'menselijke'

heroverweging in de bezwaarfase van besluiten die geautomatiseerd tot stand zijn gekomen.<sup>32</sup> Dat vergt onzes inziens wel dat de korte bezwaartermijn – die de rechtszekerheid dient – in dit soort tweepartijensituaties moet (en kan) worden gerelativeerd.<sup>33</sup> Ook hier is dus een taak voor de wetgever weggelegd.

### 2020: jaar van het bestuursrechtelijk maatwerk

Het pad naar meer burgerperspectief in het bestuursrecht is deels door de bestuursrechter geopend. De wetgever zou daaraan nog een steentje kunnen bijdragen. Voor echt maatwerkbestuursrecht ligt de bal nu bij de bestuursorganen. Wij roepen hen op daar dit jaar – het jaar van het bestuursrechtelijk 'maatwerk'<sup>34</sup> – werk van te maken. ●

<sup>31</sup>. Damen spreekt in dit verband ook wel over 'bestuursprocesrecht van twee gestrengheden'. Hij heeft dit onlangs nog eens systematisch uit de doeken gedaan in 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020/2, p. 3-18.

<sup>32</sup>. *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557, p. 14-15.

<sup>33</sup>. Vergelijk Scheltema 2018, p. 124; Annotatie van Ortlep in *AB* 2018/258. Ook Damen (2020, p. 10-12) pleit voor minder strenge bezwaar- en beroepstermijnen.

<sup>34</sup>. Maatwerk is dit jaar het thema van de jaarvergadering van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR).