

Naar een responsieve rechtsstaat

Een onderzoek naar de *principle against fettering of discretion* ten behoeve van responsiviteit en maatwerk bij de opstelling, toepassing en toetsing van beleidsregels



Masterscriptie Staats- en bestuursrecht

Auteur: Lise Mitsinga

Studentnummer: -

Begeleider: prof. mr. Y.E. Schuurmans

Tweede lezer: mr. dr. A.E.M. Leijten

Aantal pagina's: 49

Datum: 13 augustus 2020



Universiteit
Leiden

Inhoudsopgave

1. Inleiding	5
1.1. Aanleiding	5
1.2. Probleemstelling	5
1.3. Onderzoeksvraag, deelvragen en leeswijzer	6
1.4. Afbakening	8
1.5. Onderzoeksmethode	8
2. De roep om maatwerk in de ontwikkeling naar een responsief bestuursrecht	9
2.1. De responsieve rechtsstaat	9
2.1.1. Begripsbepaling	9
2.1.2. Grondslag en legitimatie: het beginsel van de dienende overheid	11
2.1.3. Het beginsel van de dienende overheid: een algemeen rechtsbeginsel?	12
2.2. Maatwerk	13
2.2.1. De verhouding tussen maatwerk en responsiviteit	13
2.2.2. Het spanningsveld tussen maatwerk en het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel	13
2.2.3. Concrete voorstellen ter realisering van maatwerk	15
2.3. Conclusie	16
3. De beperkte ruimte voor maatwerk bij de toepassing van beleidsregels	17
3.1. De discretionaire bevoegdheid	17
3.2. Beleidsregels	18
3.2.1. Definitie en plaatsbepaling	18
3.2.2. Functies.....	19
3.2.3. Binding	19
3.3. De afwijkingsmogelijkheid van beleidsregels in de oude jurisprudentielijn	20
3.4. De afwijkingsmogelijkheid van beleidsregels in de nieuwe jurisprudentielijn	21
3.5. De intensivering van de exceptieve toetsing	23
3.6. Conclusie	24
4. De verhouding tussen de <i>principle against fettering of discretion</i> en de inherente afwijkingsbevoegdheid	25
4.1. Begripsomschrijving	25
4.2. Grondslag	27
4.3. De toetsingscriteria van de <i>principle against fettering of discretion</i>	28
4.3.1. De toetsingscriteria voor beleidsregels.....	28
4.3.2. De mate waarin beleidsregels flexibel moeten zijn	29
4.4. De waardering van de verschillen tussen de <i>principle against fettering of discretion</i> en de inherente afwijkingsbevoegdheid tegen responsiviteit	31
4.4.1. De onderzoeks- en motiveringsplicht	31
4.4.2. De in acht te nemen mate van flexibiliteit.....	32
4.4.3. De toelaatbaarheid van strikt geformuleerd beleid.....	33
4.4.4. De aanwezigheid van toetsingscriteria ter normering van beleidsregels.....	33

4.5. De meerwaarde van implementatie van de <i>principle against fettering of discretion</i>	35
.....	
4.6. Conclusie	37
5. Slotbeschouwing	38
5. Slotbeschouwing	38
5.1. Conclusie	38
5.2. Nawoord	41
Bronnenlijst	42
Literatuurlijst	42
Engelse literatuur	42
Nederlandse literatuur	43
Parlementaire stukken	46
Overige literatuur	46
Jurisprudentielijst	47
Engelse jurisprudentie	47
Nederlandse jurisprudentie	48

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Moet Nederland een responsieve rechtsstaat worden? Als het aan menig bestuursrechtjurist ligt wel. In de afgelopen jaren is daarom langzaam maar zeker een discussie op gang gekomen waarin centraal staat hoe Nederland zich tot een dergelijke staat moet ontwikkelen. De aanleiding voor deze discussie ligt in onderzoek waaruit blijkt dat de burger de overheid als bureaucratisch ervaart. Het is voor de burger belangrijk dat hij de indruk heeft dat zijn belangen voor ogen worden gehouden in de bestuursrechtelijke besluitvorming, terwijl een bestuursorgaan in het besluitvormingsproces de aandacht lijkt te vestigen op de vraag of de van toepassing zijnde regelgeving juist wordt geïnterpreteerd en toegepast. Waar die regels toe dienen en wat de uitkomst van de regeltoepassing voor een burger kan betekenen, wordt vaak uit het oog verloren. Als gevolg daarvan blijft de burger achter met een gevoel ongehoord te zijn.¹

In een responsieve rechtsstaat staan de behoeften van de burger centraal en is het streven dat de burger het gevoel heeft dat de overheid zich inlaat met zijn belangen. Dit vraagt om een proactieve en meedenkende opstelling van overheidsorganen, waaronder bestuursorganen. Daarom doet de literatuur verschillende voorstellen waarin de wens tot maatwerk naar voren komt, en blijkt uit recente rechtspraak dat de rechter ruimte zoekt om dit waar te maken.² Zo kwam de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in 2016 terug van haar lijn omtrent de in artikel 4:84 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) neergelegde inherente afwijkingsbevoegdheid.³ Als gevolg van deze uitspraak is de binding aan een beleidsregel minder sterk geworden, omdat een bestuursorgaan zich eerder moet afvragen of de toepassing van een beleidsregel evenredig is.

Hieruit blijkt dat er steeds meer aandacht is voor de gevolgen van de regeltoepassing op het leven van de burger, en in mindere mate voor de regeltoepassing als zodanig. Nu deze manier van denken afwijkt van de klassieke manier van denken over regels, kan dit spanningen opleveren. Zo lijkt de nieuwe invulling aan artikel 4:84 Awb niet in overeenstemming te zijn met de tekst en de bedoeling van artikel 4:84 Awb, waarin staat dat het bestuur in beginsel verplicht is om zijn beleidsregels toe te passen, en hier slechts in bijzondere gevallen van mag afwijken. Om deze spanning weg te nemen, heb ik gezocht naar een manier om de Awb in overeenstemming te brengen met voormelde uitspraak van de Afdeling.

1.2. Probleemstelling

De nieuwe lijn inzake de toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid kan tegen de achtergrond van het streven naar responsiviteit en maatwerk als een gunstige ontwikkeling worden gezien. Dit roept de vraag op of artikel 4:84 Awb voldoende tot uitdrukking

¹ Scheltema, *NTB* 2015/37, p. 287.

² ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, *AB* 2017/101 m.nt. H.E. Bröring, r.o. 3.2-3.4; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *AB* 2020/86 m.nt. A. Drahmman, D.K. Jongkind, r.o. 5.12; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, *AB* 2020/85 m.nt. A. Drahmman, D.K. Jongkind, r.o. 8.8.

³ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3.

brengh dat het bestuur zich meer rekenschap moet geven van de uitkomst van de regeltoepassing op het leven van de burger. Dit is wat de Afdeling het bestuur in haar principiële uitspraak lijkt op te dragen, terwijl de tekst van artikel 4:84 Awb de indruk wekt dat bestuursorganen in beginsel toepassing dienen te geven aan beleidsregels, en daar slechts onder uitzonderlijke omstandigheden van mogen afwijken. Als gevolg van de uitspraak van de Afdeling kan het bestuur een beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid niet zo gemakkelijk als voorheen naast zich neerleggen. De wettekst en de invulling die er volgens de Afdeling aan moet worden gegeven sluiten dus niet goed op elkaar aan. Het zou goed zijn om deze met elkaar in overeenstemming te brengen, nu de invulling aan de inherente afwijkingsbevoegdheid zich in zijn huidige vorm niet leent voor het op structurele basis leveren van maatwerk. Omdat de tekst en de oorspronkelijke bedoeling van artikel 4:84 Awb in de weg staan aan het interpreteren van het artikel op de wijze waarop de Afdeling dit voor ogen heeft, moet hier langs een andere weg recht aan worden gedaan.

Naar mijn mening kan de implementatie van de *principle against fettering of discretion* in het Nederlandse bestuursprocesrecht uitkomst bieden. Dit is een *common law beginsel* waaruit volgt dat een bestuursorgaan in de uitoefening van een hem toekomende discretionaire bevoegdheid, beleidsregels niet blindelings mag toepassen maar maatwerk moet leveren. Uit de ratio van het beginsel kan worden afgeleid dat responsiviteit als toetsingskader voor de normering van een beleidsregel en de toepassing daarvan geldt. Deze luidt als volgt:

*'The underlying rationale of the principle against fettering discretion is to ensure that two perfectly legitimate values of public law, those of legal certainty and consistency (qualities at the heart of the principle of the rule of law) may be balanced by another equally legitimate public law value, namely, that of responsiveness. While allowing rules and policies to promote the former values, it insists that the full rigour of certainty and consistency be tempered by the willingness to make exceptions, to respond flexibly to unusual situations, and to apply justice in the individual case.'*⁴

De *principle against fettering of discretion* beoogt zodoende een evenwicht teweeg te brengen tussen enerzijds de rechtsstatelijke fundamenteën van rechtszekerheid en consistentie en anderzijds responsiviteit. Het beginsel probeert een brug te slaan tussen deze belangrijke waarden die op gespannen voet staan met elkaar ten behoeve van individuele rechtsbedeling. De eisen die de *principle against fettering of discretion* aan beleidsregels stelt, kunnen wellicht in ons stelsel worden geïmplementeerd, zodat het toetsingskader dat daaraan ten grondslag ligt in ons rechtstelsel kan worden geïntegreerd.

1.3. Onderzoeksvraag, deelvragen en leeswijzer

Gelet op het voorgaande luidt de onderzoeksvraag die in deze scriptie zal worden beantwoord als volgt:

Hoe kan het verschil in normering van beleidsregels op grond van de principle against fettering of discretion enerzijds en de inherente afwijkingsbevoegdheid anderzijds worden gewaardeerd tegen responsiviteit, en in hoeverre kan implementatie van de principle against fettering of discretion eraan bijdragen dat responsiviteit het beoordelingskader

⁴ Woolf, De Smith, Lowell, Le Sueur & Donnelly 2007, p. 480.

wordt voor overheidshandelen?

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag zullen de volgende deelvragen worden beantwoord. Namelijk:

- *Wat is de ratio van responsief overheidshandelen en welke concrete eisen ontleent de literatuur aan responsiviteit voor het overheidsoptreden?*

Deze vraag zal in hoofdstuk 2 worden beantwoord. In dit hoofdstuk zal ‘responsiviteit’ worden gedefinieerd en wordt er stilgestaan bij de grondslag van dit begrip en de verschillende eisen die eruit voortvloeien voor het overheidsoptreden. Daarbij zal onder meer worden ingegaan op hoe responsiviteit is te relateren aan ‘maatwerk’ en enkele voorstellen die de literatuur tot dusver heeft gedaan ten behoeve van een responsiever bestuursrecht.

- *Hoe verhoudt de nieuwe lijn inzake de inherente afwijkingsbevoegdheid zoals bedoeld in artikel 4:84 Awb zich tot responsiviteit?*

Deze vraag zal in hoofdstuk 3 worden beantwoord. In dit hoofdstuk zal eerst worden ingegaan op de figuur van de beleidsregel en welke plaats deze inneemt in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door het bestuur. Daarna zal worden ingegaan op de ruimte voor maatwerk door het bestuur bij de toepassing van beleidsregels en door de rechter bij de toetsing van beleidsregels.

- *Wat zijn de overeenkomsten en verschillen tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid en de principle against fettering of discretion en hoe moeten deze worden gewaardeerd tegen responsiviteit?*
- *Waarin schuilt de meerwaarde van de implementatie van de principle against fettering of discretion, gelet op andere voorstellen uit de literatuur om tot meer responsiviteit te komen bij de regeltoepassing?*

Deze vragen zullen in hoofdstuk 4 worden beantwoord. In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op het toetsingskader van beleidsregels op grond van de *principle against fettering of discretion*. Daarna wordt een vergelijking gemaakt tussen de toetsingscriteria aan beleidsregels die volgen uit de *principle against fettering of discretion* enerzijds en de inherente afwijkingsbevoegdheid anderzijds. De overeenkomsten en verschillen hiertussen worden gewaardeerd tegen responsiviteit. Vervolgens wordt stilgestaan bij Nederlandse literatuur waarin wordt gepleit voor de schrapping of wijziging van artikel 4:84 Awb naar aanleiding van de nieuwe lijn hieromtrent. De concrete voorstellen om de Afdelingsuitspraak in de praktijk beter tot zijn recht te laten komen, worden vergeleken met de *principle against fettering of discretion*. Er wordt besproken waarin het beginsel verschilt van de andere voorstellen en of dit verschil positief kan worden gewaardeerd tegen responsiviteit.

1.4. Afbakening

In deze scriptie wordt onderzoek gedaan naar de inpasbaarheid van de *principle against fettering of discretion* in het Nederlandse bestuursprocesrecht tegen de achtergrond van de inherente afwijkingsbevoegdheid en de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat. Om die reden is ervoor gekozen om de bespreking van de *principle against fettering of discretion* te beperken tot dat deel van het beginsel dat beoogt de praktijk van het opstellen en toepassen van beleidsregels door bestuursorganen ter invulling van een discretionaire bevoegdheid te normeren. Verder is het belangrijk om op te merken dat de *principle against fettering of discretion* een beginsel is dat in de gehele *commonwealth* voorkomt. In het kader van de overzichtelijkheid is ervoor gekozen om het beginsel enkel vanuit Engelse literatuur en rechtspraak te onderzoeken. Er is voor het Verenigd Koninkrijk gekozen omdat het land als bakermat van de *common law* geldt.

Zowel wat betreft Engelse en Nederlandse rechtspraak is zoveel mogelijk gebruik gemaakt van jurisprudentie van de hand van de hoogste bestuursrechters.

Ten slotte wordt de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat op zichzelf in deze scriptie niet geproblematiseerd nu deze ontwikkeling al in gang is gezet en de politiek, de literatuur en de rechtspraak dit in het algemeen als wenselijk beschouwen. Wel plaatst de literatuur enkele kanttekeningen bij enkele kenmerkende aspecten van de responsieve rechtsstaat. Alleen de kanttekeningen met betrekking tot de gedifferentieerde toepassing van (beleids)regels ten behoeve van maatwerk komen in deze scriptie aan bod.

1.5. Onderzoeksmethode

Voor de beschrijving van de *principle against fettering of discretion* is gebruik gemaakt van Engelse literatuur en rechtspraak. Typerend aan landen met de *common law* als rechtsstelsel is dat rechtspraak de belangrijkste rechtsbron vormt. Jurisprudentie is leidend voor de betekenis die aan het recht wordt toegekend en biedt inzicht in de ontwikkeling die het recht in de loop der tijd heeft gemaakt. Ter verduidelijking is ook gebruik gemaakt van handboeken van onder meer Woolf, De Smith, Lowell, Le Sueur & Donnelly, Wade & Forsyth en Elliot & Varuhas.

Ook is er gebruikgemaakt van wetenschappelijke artikelen waarin het beginsel niet alleen wordt beschreven, maar ook wordt geproblematiseerd tegen de achtergrond van andere beginselen en ontwikkelingen.

Voor de bestuursrechtelijke discussie omtrent de responsieve rechtsstaat is gebruik gemaakt van artikelen en bijdragen van de hand van onder andere Scheltema, Koenraad, Vonk, Giezeman, Jak, Damen, Van den Berg, Doornbos en Konijnenbelt. Veel bestuursrechtjuristen, bestuurskundigen en rechtssociologen hebben een bijdrage geleverd aan de discussie over de ontwikkeling naar de responsieve rechtsstaat en de rol die maatwerk hierin speelt. Hiervan heb ik dankbaar gebruik gemaakt.

Voor de vraag naar de overeenkomsten en verschillen tussen de *principle against fettering of discretion* en de inherente afwijkingsbevoegdheid is gebruikgemaakt van jurisprudentie van na 2016 waarin de bestuursrechter ingaat op de eisen die voortvloeien uit de nieuwe invulling van artikel 4:84 Awb. Ten slotte is ook gebruik gemaakt van handboeken van Schlössels en Zijlstra en Bröring e.a. Ter verdieping van het onderwerp 'beleidsregels' is ook het proefschrift van Van Kreveld geraadpleegd, alsmede bijdragen van onder andere Klap en Tollenaar hierover.

2. De roep om maatwerk in de ontwikkeling naar een responsief bestuursrecht

Dit hoofdstuk zal eerst ‘responsiviteit’ definiëren, en zal daarna ingaan op de grondslag van het begrip. Er zal ook worden besproken welke eisen kunnen worden ontleend aan het overheidsoptreden op grond van responsiviteit, en welke rol maatwerk hierin speelt. Het hoofdstuk staat ook stil bij de kanttekeningen die de literatuur plaatst bij responsiviteit en maatwerk, de nuances die daarin kunnen worden aangebracht en enkele voorstellen uit de literatuur ter realisering van maatwerk.

2.1. De responsieve rechtsstaat

2.1.1. Begripsbepaling

Responsiviteit wordt doorgaans niet als losstaand begrip gebruikt, maar wordt vaak in verband gebracht met de rechtsstaat of het recht. De literatuur doet verschillende pogingen om het begrip te definiëren. Zo omschrijft Scheltema de responsieve rechtsstaat als een staat waarin de overheid de burger serieus neemt en zich inlaat met zijn belangen en standpunten.⁵ Het gaat erom dat de burger de rechtsstatelijke garanties ervaart en voelt dat het om hem te doen is.⁶ In een responsieve rechtsstaat prevaleert maatwerk boven een strikte regeltoepassing indien de individuele situatie dit noopt en stelt de overheid zich redelijk en billijk op, aldus Koenraad.⁷ Het recht staat hierbij ten dienste van de burger. De nadruk ligt daarbij niet op de strikte toepassing van regels, maar op de doelen die daarmee worden gediend. De behoeften en de belangen van de burger staan daarbij centraal en doen er daadwerkelijk toe.⁸

Vonk onderscheidt drie verschillende niveaus van responsiviteit.⁹ In de eerste plaats spreekt hij van handelingsresponsiviteit. Dit ziet op de wijze waarop de overheid zich tegenover de burger opstelt. De overheid stelt zich welwillend op door te handelen vanuit de belangen van de burger. Vervolgens bespreekt hij stelselresponsiviteit. Dit niveau heeft betrekking op de mate waarin wet- en regelgeving voldoende flexibel zijn om responsief handelen van de overheid te faciliteren. Hij gaat in de laatste plaats in op systeemresponsiviteit. Dit niveau houdt verband met overheidssturing en het bestuursrecht als zodanig. Het gaat hierbij om de vraag of de toenemende horizontale overheidssturing, waarbij steeds meer private actoren worden ingezet ter behartiging van het algemeen belang, gunstig is vanuit het burgerperspectief.

Uit de schijnbaar uiteenlopende begripsomschrijvingen van het begrip ‘responsief’, maakt Konijnenbelt op dat niemand lijkt te weten wat het begrip nu precies betekent.¹⁰ Hoewel er geen vastomlijnde definitie van bestaat, is het begrip ‘responsieve rechtsstaat’ weinig omtreden. Dit houdt mede verband met het feit dat de literatuur de responsieve rechtsstaat als tegenhanger van de bureaucratische rechtsstaat neerzet. De bureaucratische rechtsstaat heeft een negatieve weerslag op het overheidsfunctioneren en het vertrouwen van de burger in de overheid. Een responsieve rechtsstaat brengt naar verwachting tegenovergestelde en dus positieve effecten teweeg.

⁵ Scheltema, *NTB* 2015/37, p. 288.

⁶ Zie in soortgelijke bewoordingen Giezeman & Jak *NJB* 2020/572, p. 616 en Tanja *NTB* 2018/29, p. 185.

⁷ Koenraad, *NTB* 2020/52, p. 121.

⁸ Van den Berge 2020, p. 18.

⁹ Vonk, *NTB* 2018/60, p. 380-381.

¹⁰ Konijnenbelt, *NTB* 2019/28, p. 284.

Toch is dit begrip niet gevrijwaard van kritiek. De literatuur uit als kritiekpunt dat de toepassing van responsief bestuursrecht niet alleen inefficiënt kan zijn, maar ook in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Een ander kritiekpunt is dat een samenleving waarin overheidsorganen de binding aan algemene regels steeds minder serieus nemen, maatschappelijke wanorde en instabiliteit teweeg kan brengen. Daarnaast wordt responsiviteit in het algemeen zo positief ontvangen, en schaart men er zoveel verschillende uitgangspunten en eisen onder dat het woord langzaam maar zeker is omgedoopt tot een 'hoerawoord'.¹¹

Gezien de potentiële positieve gevolgen van het zijn van een responsieve rechtsstaat, is het begrijpelijk dat men er op het eerste gezicht niet veel tegen in kan brengen. Toch is het belangrijk om ook dit begrip aan een kritische blik te onderwerpen, omdat anders het gevaar bestaat dat men de risico's die ermee gepaard gaan niet of te laag inschat als gevolg waarvan de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat onvoorziene problemen met zich meebrengt. Responsiviteit moet beheersbaar blijven om effectief te zijn, en daarom moeten er kaders zijn zodat overheidsorganen er vat op kunnen blijven houden. Responsief overheidsoptreden zou binnen de kaders van algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel behoren te passen. De wijze waarop het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel worden uitgelegd, kunnen in de loop der tijd echter veranderen. Dit hoeft niet af te doen aan het belang dat deze beginselen wordt toegekend. Beginselen bestaan naast elkaar en kunnen met elkaar op gespannen voet staan. Het is dan de kunst om een balans te vinden die recht doet aan de belangen die er spelen. Responsief overheidsoptreden zou op die manier geen afbreuk hoeven te doen aan andere normen waar de overheid zich aan heeft te houden.

Uit het voorgaande volgt dat er nog geen eenduidige, gangbare definitie van het begrip 'responsief' bestaat. Er zijn wel terugkerende elementen in de hiervoor aangehaalde begripsomschrijvingen te onderkennen, waaraan een kerndefinitie kan worden ontleend.

Zo lijkt het in de kern te gaan om de houding die de overheid inneemt ten opzichte van de burger en het perspectief dat de overheid bij het handelen als uitgangspunt neemt. De overheid handelt in een responsieve rechtsstaat vanuit het burgerperspectief en heeft bij het handelen daarom aandacht voor de behoeften en belangen van de burger. De overheid stemt het overheidshandelen af op de concrete, individuele omstandigheid waarin de burger zich bevindt voor zover de situatie dit verlangt.

Afhankelijk van het soort overheidsinstantie, neemt een responsieve houding andere vormen aan. Dat maakt het lastig om een begripsomschrijving te formuleren die recht doet aan de algemene uitgangspunten van een responsieve rechtsstaat en de meer toegespitste uitwerkingen hiervan op het handelen van de verschillende overheidsinstanties. Ik wil toch een poging wagen en ik zou een responsieve rechtsstaat, gelet op het voorgaande, als volgt willen omschrijven: Een responsieve rechtsstaat is een staat waarin de overheid het burgerperspectief als leidend uitgangspunt neemt bij al het overheidshandelen dat direct of indirect van invloed is op de burger door zich rekenschap te geven van diens behoeften en belangen door zich in te laten met de omstandigheden waarin de burger zich verkeert.

¹¹ Van den Berge 2020, p. 11; Doornbos 2019, p. 568.

2.1.2. Grondslag en legitimatie: het beginsel van de dienende overheid

Er is veel aandacht voor de vraag hoe handen en voeten moet worden gegeven aan het begrip ‘responsiviteit’, maar er wordt weinig stilgestaan bij de vraag wat hieraan ten grondslag ligt en dus waarom het burgerperspectief met recht als een leidend uitgangspunt voor overheidshandelen kan worden beschouwd in een democratische rechtsstaat. Het antwoord op deze vraag voorziet de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat niet alleen van een legitimerende basis, maar het verklaart ook waarom het hierna te bespreken begrip ‘maatwerk’ niet losstaat maar integraal deel uitmaakt van deze ontwikkeling.

Volgens Ippel ligt ‘het beginsel van de dienende overheid’ aan de basis van responsief bestuursrecht.¹² Het beginsel houdt in dat de overheid uitsluitend het algemeen belang behoort te dienen.¹³ In de opvatting van Ippel en Schlössels betekent dit dat de overheid ten dienste staat van de burger.¹⁴ Het beginsel vereist dat de overheid rekening houdt met de concrete omstandigheden van het individuele geval en de uitwerking van de bestuurlijke besluitvorming op het leven van de burger. Dit raakt aan de definitie van responsiviteit. Responsiviteit lijkt dus voort te vloeien uit het beginsel van de dienende overheid. Het beeld van een responsief bestuur vertoont daarmee overeenkomsten met het beeld van een dienende overheid.¹⁵

Damen sluit zich bij deze opvatting aan en verwijst naar de door hem opgestelde normatieve uitgangspunten van het beginsel van de dienende overheid.¹⁶ Het zijn er in totaal zeven en hiervan zijn er drie van belang, omdat zij zich richten tot het bestuur. Het eerste uitgangspunt is dat er geen onnodige juridisering van de besluitvorming moet zijn. Dit ziet zowel op het aantal regels als op de toepassing van deze regels in de besluitvormingsprocedure. Regels moeten niet onnodig strikt worden uitgelegd en toegepast. In de tweede plaats moeten besluiten zorgvuldig worden voorbereid doormiddel van het actief doorvragen naar de behoeften van de burger en het doen van onderzoek naar de haalbaarheid hiervan. In de derde plaats moet de overheid meedenken over oplossingen voor het probleem waarvoor de burger zich gesteld ziet. Het bestuursorgaan moet het voor de burger minst belastende besluit nemen.

Volgens Schlössels vloeien uit het beginsel van de dienende overheid vier vuistregels voort.¹⁷ In de eerste plaats moet de overheid met open vizier, zonder vooringenomenheid en billijk handelen. De overheid moet zich, kort gezegd, ‘fair’ opstellen. In de tweede plaats moet de overheid de burger serieus nemen. Schlössels maakt hierbij onderscheid tussen procedureel serieus nemen en materieel serieus nemen. Toegespitsd op het bestuur ziet het eerste bijvoorbeeld op het in acht nemen van wettelijke beslistermijnen en het horen van de burger. Kortom: het in acht nemen van de van toepassing zijnde procedurele wet- en regelgeving. Het laatste houdt verband met het serieus nemen van de burger als persoon. Het bestuur kan dit tot uitdrukking brengen door zich oprecht in te laten met de omstandigheden waarin de burger zich bevindt. Het geeft hiervan blijk door bijvoorbeeld te onderbouwen waarom de bestuurlijke afweging bij het nemen van een besluit ten nadele van de burger is uitgevallen. Niet door het gemakshalve volstaan met een automatisch gegenereerd bericht of

¹² Ippel, *NTB* 2020/73, p. 190.

¹³ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 7.

¹⁴ Schlössels, *Gst.* 2010, 102, par. 2.

¹⁵ Damen 2019, p. 115.

¹⁶ Damen, *NTB* 2020/74, p. 196.

¹⁷ Schlössels, *Gst.* 2010, 102, par. 5.

het verwijzen naar de wettekst, maar door het besluit van een goede, inhoudelijke motivering te voorzien.

De derde vuistregel is dat de overheid maatwerk moet leveren. Voor zover het toepassen van de relevante wet- en regelgeving tot een onbillijke uitkomst leidt, dient de overheid goede alternatieven aan te dragen en naar een passende oplossing te zoeken. Maatwerk vereist een actieve opstelling, oog voor bijzondere gevallen en flexibiliteit. Het bestuur moet zich niet blindstaren op het toepassen van wet- en regelgeving, maar zorgdragen voor een evenredige uitwerking van deze wet- en regelgeving in individuele gevallen. De laatste vuistregel schrijft voor dat de overheid moet streven naar een integrale aanpak van het probleem waarmee de burger worstelt. Het bestuur moet zodoende streven naar een effectieve en finale oplossing voor het probleem van de burger.

De literatuur ontleent dus verschillende eisen, uitgangspunten en vuistregels uit het beginsel van de dienende overheid. Deze houden allemaal verband met de waarborgen waarmee het handelen van de overheid omkleed moet zijn in het contact met de burger.

2.1.3. Het beginsel van de dienende overheid: een algemeen rechtsbeginsel?

Scheltema plaats het beginsel van de dienende overheid in de sleutel van een rechtsstatelijk beginsel.¹⁸ Uit dit beginsel vloeien volgens hem eisen voort, waarbij de belangrijkste zijn dat het overheidshandelen moet zijn gericht op het garanderen van een menswaardig bestaan voor de burger en het dienen van het collectieve en het individuele belang van de burger.¹⁹ Ook andere auteurs merken het beginsel van de dienende overheid aan als een fundamenteel rechtsbeginsel dat aan de basis staat van een rechtsstaat.²⁰

Toegegeven: deze auteurs wijzen erop dat ‘rechtsstaat’ geen statisch, maar een flexibel begrip is waar als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen in de loop der tijd verschillende beginselen onder kunnen worden gebracht. Ook presenteren sommige auteurs het rechtsstatelijke karakter van het beginsel als een algemene opvatting, terwijl anderen het (soms simultaan) presenteren als een persoonlijke opvatting.²¹ Bovendien is de literatuur over dit beginsel schaars, en is de invloed van dit beginsel niet direct merkbaar in de praktijk.²² Indirect dan weer wel, getuige de in de vorige paragraaf aangehaalde eisen, uitgangspunten en vuistregels die de literatuur hieraan ontleent.

Toch wordt de opvatting dat het beginsel een algemeen rechtsbeginsel is, in de literatuur breed gedragen. De literatuur merkt het niet op als een omstreden opvatting. Zo lijken er ook geen werken te zijn die deze opvatting weerspreken. Een mogelijke verklaring hiervoor is te vinden in de ratio van het beginsel. Van der Hoeven vindt die ratio in de grondgedachte dat het ‘heil des volks’ de hoogste wet is; een gedachte die het Romeinse recht ook al normeerde en sinds die tijd in de literatuur als beginsel is gepresenteerd.²³ Daaruit kan worden afgeleid dat de overheid zich voor het algemeen belang moet inzetten door vanuit het burgerperspectief te handelen.

Het is lastig om het beginsel van de dienende overheid als algemeen rechtsbeginsel te

¹⁸ Scheltema 1989, p. 15.

¹⁹ Scheltema 1989, p. 20-21.

²⁰ Schlössels, *Gst.* 2010, 102, par. 3; Ippel, *NTB* 2020/73, p. 189; Heldeweg 1998, p. 8; Van der Hoeven 1989, p. 3.

²¹ Vgl. Scheltema 1989, p. 14.

²² Schlössels e.a., *NTB* 2019/11, p. 110.

²³ Van der Hoeven 1989, p. 3.

kwalificeren, omdat er weinig literatuur is waarin dit beginsel aan bod komt. Om die reden is het niet zonder meer duidelijk of de stelling dat het beginsel een algemeen rechtsbeginsel is, een algemene opvatting is of een gedeelde persoonlijke opvatting van de enkele auteurs die hierover hebben geschreven. Tegelijkertijd is er consensus over de aard van het beginsel en dit is een belangrijk vereiste om als algemeen rechtsbeginsel te kunnen kwalificeren. Het is daarom te bepleiten dat het beginsel van de dienende overheid een algemeen rechtsbeginsel is, of de potentie heeft om dit te worden. Men zou dan kunnen beredeneren dat met responsief overheidstreden invulling wordt gegeven aan het begrip ‘rechtsstaat’.²⁴

2.2. Maatwerk

2.2.1. De verhouding tussen maatwerk en responsiviteit

De Van Dale definieert maatwerk als ‘werk dat precisie en flexibiliteit vereist’. De literatuur bezigt dezelfde definitie, maar dan toegepast op overheidshandelen.²⁵ Het gaat er in de kern om dat de overheid burgers niet gelijk behandelt indien de individuele omstandigheden waarin een burger zich bevindt een afwijkende behandeling rechtvaardigen. De overheid moet de ruimte vinden om zich rekenschap te geven van de persoon van de burger en zijn situatie om een individuele afweging te maken en een toegesneden benadering te hanteren. Responsiviteit is de houding waarbij er aandacht is voor de behoeften en de belangen van de burger en deze als uitgangspunt gelden voor het overheidshandelen. Maatwerk geeft zodoende gestalte aan responsiviteit. Het schrijft voor wat het bestuur moet doen om responsief naar buiten te treden. De begrippen hangen dus nauw met elkaar samen. Dat blijkt ook uit de omstandigheid dat Schlössels deze begrippen aan elkaar relateert door maatwerk als vuistregel te nemen voor het beginsel van de dienende overheid. Een beginsel dat responsiviteit, volgens de hiervoor aangehaalde literatuur, voorschrijft. Vanuit de literatuur klinkt, net zoals bij responsiviteit, ook ten aanzien van maatwerk de roep om hier beperkingen aan te stellen zodat het bestuur de vat erop niet verliest. Zo moet maatwerk volgens Doornbos niet verworden tot een absoluut recht en vraagt Verheij zich af hoe men voorkomt dat ‘een burgervriendelijk bestuur omslaat in een bevoogdend en betuttelend bestuur’.²⁶

2.2.2. Het spanningsveld tussen maatwerk en het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel

De literatuur hecht er belang aan dat het bestuur kan afwijken van regels ten behoeve van het leveren van maatwerk.²⁷ Ook het kabinet lijkt zich zichtbaar meer in te spannen om de dienstverlening van de overheid zo in te richten dat er ruimte is om maatwerk te leveren.²⁸ Tegelijkertijd signaleert de literatuur dat het leveren van maatwerk op gespannen voet staat

²⁴ Doornbos 2019, p. 568.

²⁵ Vgl. Tanja, *NTB* 2018/29, p. 186 ; Scheltema, *RegelMaat* 2018/3.2, p. 126; Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 616.

²⁶ Doornbos 2019, p. 578; Verheij *NTB* 2018/24, p. 157.

²⁷ Zie Barkhuysen & Den Ouden, *NJB* 2020/954.

²⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775-VI, nr. 88, p. 8-9; *Kamerstukken II* 2019/20, 29 362, nr. 282, p. 1; *Kamerstukken I* 2017/18, 34 775, nr. R, p. 8-9.

met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.²⁹ Bovendien kan het tot vertraging in de bestuurlijke besluitvorming leiden, en zo een belemmering vormen voor maatwerk.³⁰

De redenering is in de eerste plaats dat een gedifferentieerde regeltoepassing nauwkeurig onderzoek vergt naar de omstandigheden waarin de burger zich bevindt. Het kost tijd om als bestuur bekend te raken met de relevante feiten van een situatie en om daar op gepaste wijze op te reageren. Dit komt de slagvaardigheid waarmee besluiten worden genomen niet ten goede. Daarbij is inherent aan een gedifferentieerde regeltoepassing dat er een op maat gemaakt besluit wordt genomen. Burgers worden in die zin niet gelijk behandeld, maar juist ongelijk omdat de behandeling afhangt van de situatie waarin zij zich bevinden. Dit levert ook spanningen op met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat de burger als gevolg daarvan niet kan voorzien hoe de regeltoepassing in zijn concrete geval uitwerkt.

Deze kanttekeningen kunnen om de hierna te noemen redenen worden genuanceerd. Het gelijkheidsbeginsel schrijft voor dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, en ongelijke gevallen ongelijk.³¹ Bij het bepalen of er sprake is van gelijke gevallen in juridische zin, is het onvoldoende dat er feitelijke overeenkomsten zijn te benoemen tussen twee of meer gevallen. Er moet gebruik worden gemaakt van een vergelijkingsmaatstaf waarbij de gevallen vanuit een juridisch relevant gezichtspunt worden vergeleken.³² Indien uit de vergelijkbaarheidstoets blijkt dat de gevallen met elkaar overeenkomen, dan kan er een objectieve rechtvaardiging worden aangevoerd voor de ongelijke behandeling inzake een van de gevallen. Er wordt pas in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld indien er sprake is van gelijke gevallen en er geen objectieve rechtvaardiging is voor de gestelde ongelijke behandeling.³³ Omdat bij het leveren van maatwerk de objectieve rechtvaardiging kan worden gevonden in de onredelijke uitkomst van de regeltoepassing in een bepaald geval, kan worden beredeneerd dat maatwerk niet per definitie afbreuk doet aan het gelijkheidsbeginsel.

Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel moet een besluit voldoende duidelijk en niet voor verschillende uitleg vatbaar zijn. De burger moet weten waar hij aan toe is en wat de gevolgen zijn van het besluit. Volgens Schlössels en Zijlstra is dit beginsel er vooral in het belang van de betrokken burgers.³⁴ Naar mijn mening is het tegen deze achtergrond aanvaardbaar dat burgers waartegen het besluit niet is gericht, niet precies kunnen afgaan op de manier waarop het bestuursorgaan in het verleden heeft geopereerd om de uitkomst van de regeltoepassing in hun eigen zaak te voorspellen. Het rechtszekerheidsbeginsel staat er niet aan in de weg dat het bestuur zich flexibel opstelt, mits het voldoende duidelijk maakt wat hierbij de overwegingen zijn geweest.

Tegen de laatste kanttekening, die inhoudt dat het bestuur aan slagvaardigheid verliest door te onderzoeken of en hoe er maatwerk moet worden geleverd, kan het volgende worden ingebracht. Het zal in lang niet alle gevallen nodig zijn om een diepgaand onderzoek te doen naar wat zich precies afspeelt. Wel moeten de relevante aspecten van een zaak, vaker dan nu het geval is, op gepaste wijze worden betrokken in de besluitvorming. De burger stipt deze aspecten soms ook al aan. De relevante, van andere dossiers onderscheidende, feitelijke

²⁹ Scheltema, *RegelMaat* 2018/3.2, p. 127; Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 619-620; Taekema, *NTB* 2018/60, p. 374.

³⁰ Fleurke & De Vries, *Best. wet.* 1998-6, p. 303.

³¹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 384-385.

³² Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 384-385.

³³ *Kamerstukken II* 2019/20, 29 362, nr. 282, p. 3.

³⁴ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 379.

aspecten zijn daarom in sommige gevallen al bekend bij het bestuur. Maar voor zover deze aspecten een niet-gestandaardiseerde aanpak van het probleem vereisen, wordt onvoldoende gezocht naar een op maat gemaakte oplossing.³⁵ Het probleem lijkt dus niet te liggen in de eventuele tijd die is gemoeid bij het verzamelen van relevante informatie, maar in de opstelling van het bestuur bij het waarderen van deze informatie.

2.2.3. Concrete voorstellen ter realisering van maatwerk

De literatuur doet verschillende voorstellen ter realisering van maatwerk. De voorstellen richten zich zowel tot de wetgever, het bestuur en – in mindere mate – tot de rechter.

Zo bracht de Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid in 2017 het rapport ‘Weten is nog geen doen’ uit waarin zij het bestuur adviseert om gedifferentieerd beleid te hanteren dat voldoende ruimte overlaat om met een grotere variëteit van burgers rekening te kunnen houden.³⁶

Damen pleit voor een bestuursrecht van twee gestrengheden.³⁷ Dit komt neer op een streng(er) bestuursrecht indien er veel en tegenstrijdige belangen in het geding zijn, en een soepel(er) bestuursrecht wanneer alleen de belangen van een belanghebbende bij een besluit zijn betrokken. Bijvoorbeeld door de Franse ‘vergiswet’ te implementeren. De burger wordt op grond van deze wet niet meteen gestraft wanneer hij per ongeluk geen acht heeft geslagen op relevante (financieel bestuursrechtelijke) regelgeving en daardoor een plicht verzaakt.

Volgens Scheltema moet in de Awb een voorziening worden getroffen die een gedifferentieerde regeltoepassing door het bestuur mogelijk maakt. Hij stelt voor om een nieuwe bepaling in te voeren, artikel 3:4a Awb, waaraan het bestuur de bevoegdheid ontleent om regels verschillend toe te passen.³⁸ Op grond van deze bepaling kan het bestuur van een regel afwijken indien de toepassing ervan tot onevenredige gevolgen leidt, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt. De afwijking is mogelijk voor zover het bestuur daarmee tot een evenwichtige regeltoepassing kan komen.

Dit is maar een kleine greep uit de vele voorstellen die tot dusver zijn gedaan. Er wordt verderop in deze scriptie langer stilgestaan bij de voorstellen die zien op de wijze waarop het bestuur met de hem toekomende beslissingsruimte moet omgaan, naar aanleiding van de veranderde uitleg in de jurisprudentie over de inherente afwijkingsbevoegdheid.

³⁵ Zo concluderen Tollenaar en Feenstra na een jurisprudentieanalyse van uitspraken na 2016, dat het bestuur in het merendeel van de gevallen zich ten onrechte geen rekenschap geeft van omstandigheden die op grond van artikel 4:84 Awb als bijzonder kunnen worden aangemerkt. Vgl. Tollenaar & Feenstra, *JBPlus* 2018/1, p. 7. De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft hierin aanleiding gezien om een onderzoek te laten verrichten naar de mogelijkheden die de Awb biedt om ter aanwending van een discretionaire bevoegdheid maatwerk te leveren. Vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 29 362, nr. 282, p. 1.

³⁶ WRR 2017, p. 101 & p. 132.

³⁷ Damen, *NTB* 2020/2, p. 3.

³⁸ Scheltema, *RegelMaat* 2018/3.2, p. 287.

2.3. Conclusie

Responsiviteit zou kunnen worden omschreven als de houding waarbij de overheid het burgerperspectief bij al het handelen dat van invloed is op de burger als leidend uitgangspunt neemt. Dit komt tot uitdrukking door als overheidsorgaan oog te hebben voor de individuele omstandigheden waarin de burger zich bevindt en daar rekening mee te houden bij al het handelen dat de burger aangaat. De literatuur merkt het beginsel van de dienende overheid aan als een fundamenteel rechtsstatelijk beginsel dat aan de basis ligt van een responsieve overheidsopstelling. Daaruit kan worden afgeleid dat responsiviteit als beoordelingskader voor overheidshandelen geldt in een democratische rechtsstaat. Responsiviteit schrijft voor dat overheidsorganen ten dienste staan van de burger en in al hun handelen betreffende de burger rekening moeten houden met de burger en de omstandigheden waarin de burger zich bevindt. Indien deze omstandigheden vragen om een op maat gemaakte benadering, dan zal er maatwerk moeten worden geleverd. Hoewel de toenemende aandacht voor responsiviteit en maatwerk in de literatuur in het algemeen als een gunstige ontwikkeling wordt beschouwd, pleit de literatuur er ook voor om de toepassing van deze begrippen beheersbaar te houden zodat overheidsorganen er grip op kunnen blijven houden. Zo moet responsiviteit en maatwerk volgens de literatuur passen binnen de bandbreedten van het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, en een efficiënte regeltoepassing niet in de weg staan. De literatuur ontleent aan responsiviteit in ieder geval als eis dat het bestuur aandacht heeft voor de belangen van het individu door de burger met een open blikveld te benaderen en open te staan voor een gedifferentieerde regeltoepassing in een individueel geval. De vele voorstellen die tot dusver zijn gedaan maken duidelijk dat de roep om maatwerk groot is en dat er veel kansen worden gezien om dit te bereiken door een gedifferentieerde regeltoepassing door het bestuur te faciliteren.

3. De beperkte ruimte voor maatwerk bij de toepassing van beleidsregels

Dit hoofdstuk bespreekt de ruimte die bestuursorganen toekomt om maatwerk te leveren bij de toepassing van beleidsregels. Het hoofdstuk bespreekt eerst de functies die beleidsregels vervullen. Daarna gaat het in op de wijze waarop de eigenschappen van beleidsregels een flexibele toepassing van beleidsregels in de weg kan staan en op welke wijze daar verbetering in is gebracht door een koerswijziging in de jurisprudentie omtrent de inherente afwijkingsbevoegdheid, en wat daar nog op is af te dingen tegen de achtergrond van responsiviteit.

3.1. De discretionaire bevoegdheid

De wetgever bepaalt de aard en de reikwijdte van de bestuursbevoegdheid door middel van de formulering van de wettekst. De literatuur onderscheidt twee soorten bestuursbevoegdheden: de ‘gebonden bestuursbevoegdheid’ en de ‘discretionaire bestuursbevoegdheid’. Voor zover de wettekst het bestuursorgaan geen ruimte laat om een bevoegdheid naar eigen inzicht aan te wenden, spreekt men van een ‘gebonden bevoegdheid’.³⁹ Indien de wettekst een bestuursorgaan wel ruimte vrijlaat om een bevoegdheid in een bepaalde mate naar eigen inzicht uit te oefenen, spreekt men van een ‘discretionaire bevoegdheid’.⁴⁰ Dit komt op verschillende manieren tot uitdrukking in de wettekst. Bijvoorbeeld doormiddel van het woord ‘bevoegd’. Zo staat in artikel 125, eerste lid, Gemeentewet dat het gemeentebestuur bevoegd is tot oplegging van een last onder bestuursdwang. Het gemeentebestuur mag op grond van deze bepaling een last onder bestuursdwang opleggen, maar is hiertoe niet verplicht. Ook gebruikt de wetgever het werkwoord ‘kunnen’ om aan te geven dat het bestuur de mogelijkheid heeft om een bevoegdheid aan te wenden, maar hier niet toe is gehouden. Zo schrijft artikel 2.1, tweede lid, Wet ruimtelijke ordening voor dat de gemeenteraad voor aspecten van het gemeentelijk ruimtelijk beleid een structuurvisie kan vaststellen.

Een bestuursorgaan beschikt bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid dus over ‘beslissingsruimte’.⁴¹ Zowel de aard als de omvang van de beslissingsruimte kunnen variëren. De literatuur onderscheidt de vormen ‘beoordelingsruimte’ en ‘beleidsruimte’. Er is sprake van subjectieve beoordelingsruimte wanneer de wetgever het bestuursorgaan de bevoegdheid toekent om te beoordelen of de voorliggende feiten maken dat de voorwaarden waaronder tot bevoegdheidsuitoefening mag worden overgegaan zijn vervuld.⁴² Er is sprake van objectieve of gebonden beoordelingsruimte wanneer de wetgever vage termen in de wettekst opneemt die vervolgens door het bestuursorgaan moeten worden geïnterpreteerd.⁴³

³⁹ Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 285; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 122.

⁴⁰ Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 285; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 118 e.v.

⁴¹ Deze term is door de Afdeling in haar jaarverslag van 2017 geïntroduceerd ter vervanging van de term ‘beslissingsvrijheid’. Ook de termen ‘beoordelingsvrijheid’ en ‘beslissingsvrijheid’ zijn vervangen door ‘beoordelingsruimte’ respectievelijk ‘beslissingsruimte’. Zoals Damen in een noot opmerkt, wordt deze gewijzigde terminologie niet door alle hoogste bestuursrechters in acht genomen (zie AB 2019/544, punt 4). De literatuur hanteert ook nog steeds de ‘oude’ terminologie. Toch wordt in deze scriptie aangesloten bij de ‘nieuwe’ terminologie, omdat deze meer tot uitdrukking brengt dat de ruimte die een bestuursorgaan toekomt ter uitoefening van een discretionaire bevoegdheid niet onbegrensd is.

⁴² Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 288 e.v.; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 121 e.v.

⁴³ Overigens wordt de term ‘gebonden beoordelingsruimte’ door de Afdeling niet gebezigd. In de literatuur komt deze term wel nog voor, maar dan onder de naam ‘objectieve beoordelingsruimte’. Ik hanteer de termen ‘objectieve beoordelingsruimte’ en ‘subjectieve beoordelingsruimte’ ter verduidelijking van het onderscheid

Men spreekt van beleidsruimte wanneer het bestuursorgaan de ruimte wordt gelaten om in een concreet geval te beslissen of en op welke wijze het gebruikmaakt van een hem toekomende bevoegdheid. Aan de beslissing gaat een belangenafweging op grond van artikel 3:4, eerste lid, Awb vooraf waarin de relevante belangen worden betrokken.⁴⁴

Het belang van het onderscheid tussen deze soorten beslissingsruimten schuilt onder andere in de intensiteit waarmee de rechter besluiten toetst. Besluiten waarbij het bestuur subjectieve beoordelingsruimte en beleidsruimte toekomt, toetst de rechter in beginsel terughoudend.⁴⁵ Besluiten waarbij het bestuur objectieve beoordelingsruimte toekomt worden aan een volle toets onderworpen.⁴⁶

3.2. Beleidsregels

3.2.1. Definitie en plaatsbepaling

Een beleidsregel is op grond van artikel 1:3, vierde lid, Awb een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, over de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Een beleidsregel is in de kern een rechtsregel die is bestemd voor herhaalde toepassing, en strekt tot normering en invulling van een bestaande discretionaire bevoegdheid.⁴⁷ Met een beleidsregel legt het bestuursorgaan een gedragslijn vast over de wijze waarop het zijn bevoegdheid aanwent.

Een beleidsregel onderscheidt zich van een algemeen verbindend voorschrift omdat eerstgenoemde geen expliciete wettelijke grondslag behoeft en een bestaande bestuursbevoegdheid normeert, terwijl laatstgenoemde altijd een wettelijke grondslag heeft en een nieuwe bestuursbevoegdheid kan scheppen. Ook richt een beleidsregel zich tot het bestuur, terwijl een algemeen verbindend voorschrift ook rechtstreeks kan zijn gericht tot de burger.⁴⁸ Verder is de binding aan een beleidsregel minder sterk dan aan een algemeen verbindend voorschrift, nu van het eerste kan worden afgeweken met toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid terwijl dat bij laatstgenoemde in beginsel alleen mogelijk is met toepassing van een hardheidsclausule.⁴⁹

Aangezien de vaststelling van een beleidsregel kwalificeert als een besluit, zijn de algemene bepalingen over het besluitbegrip in de Awb hier ook op van toepassing. Zo treedt een beleidsregel op grond van artikel 3:40 Awb niet in werking voordat het op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. Ook dient een beleidsregel op grond van artikel 3:2 Awb zorgvuldig tot stand te zijn gekomen en moet deze op grond van artikel 3:46 Awb op een deugdelijke motivering berusten. Artikel 3:4 Awb is ook van toepassing. Op grond van dit artikel moet het bestuursorgaan bij het vaststellen en toepassen van een beleidsregel de betrokken belangen afwegen en mogen de nadelige gevolgen van een beleidsregel niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. De Awb bevat in

tussen de twee verschillende variaties op de beoordelingsruimte en de invloed van de rechterlijke toetsing hierop.

⁴⁴ Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 288 & 297; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 124.

⁴⁵ Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 286; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 121 & 127.

⁴⁶ Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 286; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 126 & 132.

⁴⁷ PG Awb III, p. 278.

⁴⁸ PG Awb III, p. 278.

⁴⁹ PG Awb III, p. 277-280.

titel 4.3 bijzondere bepalingen over beleidsregels. Artikel 4:84 Awb is de voor de praktijk belangrijkste bepaling. Het artikel schrijft voor dat een bestuursorgaan in beginsel is gehouden overeenkomstig een beleidsregel te handelen en hier slechts onder twee cumulatieve voorwaarden van mag afwijken: er is sprake van bijzondere omstandigheden en de toepassing van de beleidsregel leidt tot onevenredige gevolgen in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

3.2.2. Functies

Titel 4.3 Awb is ingevoerd met het idee dat beleidsregels het bestuuroptreden beheersbaarder maken en een gelijke behandeling van burgers bevorderen.⁵⁰ Vooraf vastgesteld beleid zou bijdragen aan een slagvaardiger besluitvormingsproces, aangezien dit beleid als uitgangspunt geldt bij de bevoegdheidsuitoefening. Beleidsregels voorzien het bestuur van een algemeen beoordelings- en afwegingskader zodat het wiel niet bij iedere individuele burger opnieuw hoeft te worden uitgevonden. Ook was de gedachte dat beleidsregels willekeur tegengaan en recht doen aan het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien zij het optreden van het bestuur voorspelbaar maken. De regels verschaffen inzicht over de besluitvorming van het bestuur en de burger kan daaruit opmaken hoe het bestuur zal handelen.⁵¹

3.2.3. Binding

Op grond van artikel 4:84 Awb handelt een bestuursorgaan in beginsel overeenkomstig zijn beleidsregels en mag het hier alleen van afwijken wegens bijzondere omstandigheden die maken dat de toepassing van de beleidsregels tot onevenredige gevolgen leidt. Het bestuur is in beginsel dus verplicht een beleidsregel na te leven. De wetgever heeft artikel 4:84 Awb op deze manier geformuleerd om duidelijk te maken dat normale omstandigheden geen afwijking van een beleidsregel rechtvaardigen. De redenering is dat de toepassing van een beleidsregel in normale omstandigheden niet tot een onevenredige uitkomst zou moeten kunnen leiden, omdat de beleidsregel op zichzelf anders een onevenredige uitwerking heeft.⁵² Dat is in strijd met het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel, nu de vaststelling van een beleidsregel hiermee in overeenstemming moet zijn.

De Afdeling adviseerde de zinsnede ‘wegens bijzondere omstandigheden’ te schrappen.⁵³ Volgens de Afdeling is het mogelijk dat de toepassing van een beleidsregel in een normaal geval onevenredige gevolgen met zich meebrengt. De omstandigheden van het geval maken dat de toepassing van een beleidsregel een onevenredige uitwerking kan hebben, en niet het eventueel bijzondere karakter daarvan.⁵⁴ De eis dat deze omstandigheden bijzonder moeten zijn is naar het oordeel van de Afdeling zinledig en wordt bovendien niet geoperationaliseerd.⁵⁵

Volgens Van Kreveld vloeit de beperkte afwijkingsruimte bij de toepassing van een

⁵⁰ PG Awb III, p. 291.

⁵¹ PG Awb III, p. 291; Vgl. Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 409; Schlössels & Zijlsta 2017, p. 608 e.v.

⁵² PG Awb III, p. 297-299.

⁵³ PG Awb III, p. 297.

⁵⁴ Zie in soortgelijke bewoordingen Klap 2019, p. 387.

⁵⁵ PG Awb III, p. 297; Van Kreveld maakt in zijn proefschrift onderscheid tussen vier categorieën van gevallen die als ‘bijzonder’ zouden kunnen worden aangemerkt. Zie Van Kreveld 1983, p. 202 e.v.

beleidsregel voort uit de omstandigheid dat het bestuur in beginsel verplicht is zich aan een beleidsregel te houden. Indien het bestuursorgaan in normale gevallen van een beleidsregel zou kunnen afwijken, dan doet dit afbreuk aan de functies die met een beleidsregel worden gediend.⁵⁶ Bovendien komt de afwijking in een normaal geval neer op een wijziging van de beleidsregel. De wijziging van een beleidsregel is een besluit en deze moet op grond van artikel 3:42 Awb en tegen de achtergrond van het rechtszekerheidsbeginsel op de voorgeschreven wijze worden bekendgemaakt, en niet via een afwijking van de regels in een geïsoleerd geval, aldus de wetgever.⁵⁷

Beleidsregels worden in het algemeen dus strikt nageleefd. Artikel 4:84 Awb biedt ruimte voor afwijking, maar deze ruimte blijkt in de praktijk vaak niet goed benut te worden. Zo werd kort na de inwerkingtreding van titel 4.3 Awb gesignaleerd dat het bestuur artikel 4:84 Awb op onjuiste wijze toepaste. Uit dit onderzoek bleek dat bestuursorganen in de primaire besluitvormingsfase ten onrechte niet uit eigen beweging pleegden na te gaan of er sprake was van bijzondere omstandigheden.⁵⁸ Slechts indien de burger het bestuursorgaan hier op wees, gaf het bestuursorgaan zich hiervan rekenschap. Zo gezegd was er sprake van een 'piepsysteem': indien de burger bezwaar maakte, ging er aandacht uit naar zijn individuele situatie.⁵⁹ Ippel constateert hetzelfde. De omstandigheid dat het bestuur vaak niet is gehouden om de burger te horen, verklaart volgens hem waarom het bestuur niet op de hoogte is van eventueel bijzondere omstandigheden, als gevolg waarvan hier in de primaire besluitvormingsfase weinig tot geen aandacht naar uitgaat.⁶⁰

3.3. De afwijkingsmogelijkheid van beleidsregels in de oude jurisprudentielijn

In de thans verlaten jurisprudentielijn van de Afdeling kwam lange tijd tot uitdrukking dat de omstandigheden die reeds bij de vaststelling van een beleidsregel waren overwogen, geen bijzondere omstandigheden waren die de afwijking van een beleidsregel rechtvaardigden.⁶¹ Indien de burger zich in deze omstandigheden bevond, was een kansrijk beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid dus al bij voorbaat uitgesloten.

Een voorbeeld is te vinden in een vreemdelingenzaak waarbij een gezin op grond van de Regeling langdurig verblijvende kinderen een aanvraag doet bij de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie om een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd. Zij doen ook een beroep op de overgangsregeling uit paragraaf B22/3 Vreemdelingencirculaire. Deze paragraaf bevat eisen waaraan een vreemdeling moet voldoen om voor een verblijfsvergunning in aanmerking te komen. Een van de eisen is dat een vreemdeling ten minste vijf jaar voor het bereiken van de 18-jarige leeftijd een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd moet hebben ingediend bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst, en ten minste vijf jaar in Nederland verblijft op de startdatum van de peilperiode. De staatssecretaris wijst de aanvraag van de vreemdelingen af, omdat de hoofdpersoon van de aanvragers op de peildatum vier jaar en elf maanden in Nederland verblijft. De Afdeling overweegt dat de omstandigheid dat vreemdelingen (net) niet aan voormeld vereiste voldoen, maar toch lange tijd in Nederland verblijven en hier geworteld

⁵⁶ Van Kreveld 1983, p. 199.

⁵⁷ PG Awb III, p. 299.

⁵⁸ Valenteijn & Bröring 2001, p. 177-178.

⁵⁹ Valenteijn & Bröring 2001, p. 188.

⁶⁰ Ippel, *NTB* 2018/63, p. 398.

⁶¹ Vgl. ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:951, *Module Horeca* 2016/2746, r.o. 7.2.

zijn, een omstandigheid is die door de staatssecretaris bij de opstelling van de beleidsregel is meegenomen. Dit is dan ook geen bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 4:84 Awb en verplicht de staatssecretaris dus ook niet om van het beleid af te wijken.⁶²

Andersom betekende deze lijn dat een bestuursorgaan niet ten nadele van een belanghebbende van een beleidsregel kon afwijken wegens een omstandigheid die bij de opstelling van de beleidsregel was verdisconteerd. Zo vraagt een burger het college van B&W hem ontheffing en een bouwvergunning te verlenen zodat hij een woning kan omvormen tot een kamerverhuurwoning. Het staat vast dat het college bevoegd is om de ontheffing te verlenen en dat het bouwplan in overeenstemming is met een beleidsregel over kamerverhuur. In deze beleidsregel staat dat er ontheffing van het bestemmingsplan voor kamerverhuur wordt verleend, indien daarvoor een gebruiksvergunning kan worden verleend. Het college past deze beleidsregel toe, maar weigert de ontheffing en bouwvergunning, omdat het vreest voor overlast. De burger verweert zich met het argument dat de ontheffing moet worden verleend nu is voldaan aan de in de beleidsregel opgenomen voorwaarde en er geen bijzondere omstandigheden zijn die maken dat het college van zijn beleid mag afwijken. In hoger beroep blijkt dat het college met zijn beslissing heeft geanticipeerd op nieuw beleid over kamerverhuur en dat appelland met zijn aanvraag niet aan het nieuwe beleid voldoet. De Afdeling overweegt dat de reden voor de afwijking van het beleid, vrees voor overlast door kamerverhuur, al bij de totstandkoming van de beleidsregel is verdisconteerd. Het college kon op grond van artikel 4:84 Awb dus niet van de beleidsregel afwijken.⁶³

Volgens sommige auteurs werkte deze lijn de voortzetting van een blindelinge toepassing van beleidsregels in de hand.⁶⁴ Een discretionaire bevoegdheid kon worden ingekaderd met beleidsregels, en dit maakte dat het bestuur zich onvoldoende rekenschap gaf van de uitwerking van de regels op het leven van de burger.⁶⁵ Tollenaar schrijft in zijn proefschrift zelfs dat artikel 4:84 Awb in de gemeentelijke praktijk niet serieus wordt genomen en op onjuiste wijze wordt toegepast. Uit zijn onderzoek blijkt dat gemeenten beleidsregels in beginsel toepassen, en als zij hiervan afwijken onvoldoende nagaan of er sprake is van een bijzondere omstandigheid.⁶⁶

3.4. De afwijkingsmogelijkheid van beleidsregels in de nieuwe jurisprudentielijn

Het bestuursorgaan heeft zoals gezegd beslissingsruimte bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid, maar deze beslissingsruimte wordt ingeperkt door het opstellen van beleidsregels nu deze een in beginsel bindende gedragslijn vastleggen.⁶⁷ Dat roept de vraag op of het bestuur voldoende ruimte heeft om in de besluitvormingsfase rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval. Dit klemt temeer nu het voor een responsiever bestuursrecht met name aankomt op de opstelling van het bestuur ten aanzien van zijn beslissingsruimte.⁶⁸ Indien deze ruimte wordt dichtgeregeld met beleidsregels, dan is er geen ruimte over om concrete omstandigheden in een belangenafweging te betrekken.⁶⁹

⁶² ABRvS 5 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:753, *JV* 2015/99 m.nt. M. Vegter, r.o. 6.-6.2.

⁶³ ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5428, *JOM* 2012/166, r.o. 2.6.-2.6.3.

⁶⁴ Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 214; Van Zundert 2015 *Gst.* 2015/119, p. 648.

⁶⁵ Van Zundert 2015 *Gst.* 2015/119, p. 648.

⁶⁶ Tollenaar 2008, p. 246 e.v.

⁶⁷ Ippel, *NTB* 2018/63, p. 398; Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 20-21.

⁶⁸ Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 619.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 29 362, nr. 282, p. 6.

Het is voor het bestuur gemakkelijker geworden om van zijn beleidsregels af te wijken sinds de Afdelingsuitspraak uit 2016.⁷⁰ In deze uitspraak komt de Afdeling terug van de in de vorige paragraaf besproken eerder uitgezette lijn. Het ging in deze uitspraak om een burgemeester die op grond van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet de sluiting van een woning voor de duur van drie maanden gelast wegens de vondst van ruim 700 XTC-pillen. Het staat vast dat de ex-partner van de bewoner van het huis deze pillen in de schuur heeft verstopt en dat de bewoner het huis samen met haar drie minderjarige kinderen bewoont. De bewoner voert verschillende omstandigheden aan die volgens haar als bijzonder moeten worden aangemerkt. Zoals het feit dat zij niet afwist van de pillen, er geen overlast heeft plaatsgevonden en zij als gevolg van de sluiting gedurende drie jaar geen woning meer zal kunnen huren. Naar het oordeel van de Afdeling kan de burgemeester de twee laatstgenoemde omstandigheden niet bij voorbaat buiten beschouwing laten bij de afweging op grond van artikel 4:84 Awb. Het feit dat een omstandigheid bij de opstelling van een beleidsregel is meegenomen, wil nog niet zeggen dat zij in een concreet geval niet tot onevenredige gevolgen kan leiden. De burgemeester moet deze, en alle andere relevante omstandigheden van het geval, in zijn beoordeling op grond van artikel 4:84 Awb meenemen en onderzoeken of het gaat om bijzondere omstandigheden die maken dat het handelen naar de beleidsregel onevenredig uitpakt.⁷¹

De nieuwe uitleg aan de inherente afwijkingsbevoegdheid verplicht het bestuur zodoende in bepaalde gevallen tot het leveren van maatwerk. Wel staat deze uitleg haaks op wat de wetgever voor ogen stond bij invoering van artikel 4:84 Awb. Anders dan de uitleg van de wetgever, getuigt de uitleg van de Afdeling meer van responsiviteit, omdat vanwege de verruiming van de inherente afwijkingsbevoegdheid de nadruk is verschoven van de regeltoepassing in het algemeen naar de uitwerking daarvan in het bijzonder. Deze uitleg past daarom beter in het huidige klimaat waarin er collectief wordt gestreefd naar een responsiever bestuursrecht.⁷²

De literatuur plaatst wel enkele kanttekeningen bij deze nieuwe lijn. Zo constateert Keinemans dat de effecten van de koerswijziging klein zijn, omdat de rechter de omstandigheden zelden zodanig bijzonder acht of de gevolgen zodanig onevenredig om afwijking van het beleid te rechtvaardigen.⁷³ Volgens Klap veronderstelt het nieuwe toetsingskader ten onrechte dat de gewraakte beleidsregel zowel van toepassing als rechtmatig is. Dit terwijl er geen reële beoordeling plaatsvindt naar de rechtmatigheid van beleidsregels of de toepasselijkheid daarvan, terwijl daar in sommige gevallen wel iets op is af te dingen.⁷⁴ Beleidsregels kunnen exceptief worden getoetst, maar deze toets stelt in de praktijk volgens hem weinig voor omdat er geen duidelijke toetsingscriteria zijn waaraan beleidsregels worden getoetst, anders dan dat beleidsregels in overeenstemming moeten zijn met hoger recht.

⁷⁰ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3.

⁷¹ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.5.2.

⁷² Vgl. De noot van Bröring bij de Afdelingsuitspraak.

⁷³ Vgl. De noot onder punt 4 bij ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:890, JB 2018/75 m.nt. J.H. Keinemans. Ten aanzien van woningsluitingen op grond van artikel 13b Opiumwet concluderen Brouwer en Bruijn voorzichtig dat de rechter het besluit eerder ongedaan maakt dan voorheen. Echter is de reden daarvoor vaak dat het besluit een deugdelijke motivering ontbeert en dit is een herstelbaar gebrek. Vgl. de noot onder punt 5 en 6 bij ABRvS 10 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:634, AB 2017/330 m.nt. J.G. Brouwer en L.M. Bruijn.

⁷⁴ Klap 2019, p. 388-389.

3.5. De intensivering van de exceptieve toetsing

In zijn conclusie over exceptieve toetsing beantwoordt staatsraad-advocaat generaal Widdershoven onder andere de vraag wat de gewenste rechterlijke toetsingsintensiteit is van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. De A-G gaat ook in op de vraag of er analoog aan de Constanzo-verplichting⁷⁵ voor het bestuur een verplichting bestaat om nationaal recht dat strijdig is met algemene rechtsbeginselen buiten toepassing te laten.

Ten tijde van het schrijven van de conclusie gold als uitgangspunt wat in het Landbouwwvliegers-arrest is bepaald. Namelijk dat algemeen verbindende voorschriften met terughoudendheid aan algemene rechtsbeginselen kunnen worden getoetst, en daar alleen strijdig mee zijn bij strijd met het willekeursverbod. Widdershoven constateert dat de literatuur een minder terughoudende toets aan algemene rechtsbeginselen wenselijk vindt, en deelt deze opvatting.⁷⁶ Volgens hem zou de rechter algemeen verbindende voorschriften met dezelfde intensiteit moeten toetsen als andere besluiten. Er is geen reden om onderscheid te maken tussen de toetsingsintensiteit van algemeen verbindende voorschriften enerzijds en andere besluiten anderzijds. Omdat de willekeurssluis ook niet geldt bij besluiten niet-zijnde algemeen verbindende voorschriften, zou het ook niet moeten gelden bij algemeen verbindende voorschriften.⁷⁷ In aanvulling daarop zou een algemeen verbindend voorschrift dat in strijd is met een materieel of formeel rechtsbeginsel onverbindend moeten worden verklaard.⁷⁸ Voorts zijn bestuursorganen volgens Widdershoven verplicht om nationale wetgeving die in strijd is met hoger nationaal recht, waaronder rechtsbeginselen, buiten toepassing te laten. Indien het gaat om ‘eigen’ algemeen verbindende voorschriften, zoals gemeentelijke verordeningen, ligt het volgens hem meer voor de hand om deze bij strijd met hoger nationaal recht niet buiten toepassing te laten, maar in te trekken of te wijzigen.⁷⁹

Uit de rechtspraak die na deze conclusie is verschenen blijkt dat de rechter algemeen verbindende voorschriften intensiever is gaan toetsen.⁸⁰ Zo benadrukken zowel de Afdeling als de Centrale Raad van Beroep anders dan voorheen dat algemene rechtsbeginselen een belangrijke richtsnoer vormen bij de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften.⁸¹ Gelet op deze ontwikkeling waarbij de exceptieve toetsing van algemene regels aan rechtsbeginselen indringender wordt, zie ik een rol weggelegd voor het beginsel van de dienende overheid. Een beginsel dat, zoals betoogd in paragraaf 2.1.3., de potentie heeft om een algemeen rechtsbeginsel te worden. Dat zou betekenen dat het bestuur beleidsregels aan het beginsel van de dienende overheid, en daarmee aan responsiviteit, zal kunnen toetsen en bij strijd daarmee de regels zal moeten intrekken of wijzigen. Dit vereist dat er toetsingscriteria worden ontwikkeld waarlangs het bestuur zijn beleidsregels aan zou kunnen toetsen om in overeenstemming te zijn met responsiviteit. Vervolgens zouden beleidsregels die daarmee niet in overeenstemming zijn door de rechter kunnen worden

⁷⁵ Op grond van de Constanzo-verplichting moeten lidstaten nationale wetgeving die in strijd is met het Unierecht buiten toepassing laten. Vgl. Verhoeven 2011, p. 10-11.

⁷⁶ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, *JGROND* 2018/21 m.nt. F.M.A. van der Loo, randnr. 7.10.

⁷⁷ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, *JGROND* 2018/21 m.nt. F.M.A. van der Loo, randnr. 8.3.

⁷⁸ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, *JGROND* 2018/21 m.nt. F.M.A. van der Loo, randnr. 8.5.

⁷⁹ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, *JGROND* 2018/21 m.nt. F.M.A. van der Loo, randnr. 5.7.

⁸⁰ Vgl. punt 4 van de noot bij CRvB 9 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3206, *AB* 2019/557 m.nt. A. Tollenaar.

⁸¹ ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, *JM* 2020/61, m.nt. E.J.H. Plambeek, r.o. 6; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *O&A* 2019/46 m.nt. L.A. van Heusden, r.o. 7.5.1-7.5.2.

vernietigd.

3.6. Conclusie

Een bestuursorgaan kan in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid beleidsregels opstellen. Deze beleidsregels schrijven een bepaalde gedragslijn voor en zijn voor herhaalde toepassing vatbaar. Dit maakt het bestuursoptreden voorspelbaarder en slagvaardiger. De keerzijde van beleidsregels is dat zij kunnen worden gebruikt om een discretionaire bevoegdheid dicht te regelen, waardoor geen tot weinig ruimte overblijft om in een concreet geval een belangenafweging te laten plaatsvinden. Daarmee wordt een discretionaire bevoegdheid in feite een gebonden bevoegdheid. Dit doet afbreuk aan het doel waarmee de wetgever een bestuursorgaan van een discretionaire bevoegdheid heeft voorzien. Tot oktober 2016 gold er een heel beperkte afwijkingsmogelijkheid van beleidsregels. Het was vaste rechtspraak dat een omstandigheid die bij de opstelling van de beleidsregel was meegenomen, niet kon worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid die de afwijking van een beleidsregel rechtvaardigde. Dit werkte een blindelinge toepassing van beleidsregels in de hand als gevolg waarvan schrijnende gevallen een gedegen zaaksbehandeling werd ontnomen. Vanaf oktober 2016 leek daar verandering in te komen, omdat sindsdien ook een bij de opstelling van een beleidsregel reeds overwogen omstandigheid als bijzonder kan worden aangemerkt, en het bestuur daarin ook aanleiding kan zien om van een beleidsregel af te wijken. Een bestuursorgaan dat daarmee wordt geconfronteerd, moet onderzoeken of de toepassing van de regel in het voorliggende geval onevenredig uitpakt als gevolg waarvan het van de regel moet afwijken. De nieuwe lijn omtrent de inherente afwijkingsbevoegdheid maakt het leveren van maatwerk gemakkelijker en getuigt daarom meer van responsiviteit dan de oude lijn. Echter concentreert de nieuwe lijn zich op de rechtmatigheid van de toepassing van beleidsregels en voorziet het niet in toetsingscriteria van beleidsregels als zodanig. Daarin zou verandering kunnen komen als de exceptieve toetsing van beleidsregels aan algemene rechtsbeginselen minder terughoudend wordt. In de zin dat de willekeurssluis wordt losgelaten, zodat beleidsregels die strijdig zijn met zowel formele als materiële algemene rechtsbeginselen door het bestuursorgaan moeten worden ingetrokken of gewijzigd en door de rechter kunnen worden vernietigd. Op die manier wordt het mogelijk voor bestuursorganen om beleidsregels aan het beginsel van de dienende overheid en daarmee aan responsiviteit te toetsen. Daarvoor is het wel nodig dat er duidelijke toetsingscriteria worden ontwikkeld waarlangs het bestuur kan toetsen of een beleidsregel in overeenstemming is met responsiviteit en dus rechtmatig is.

4. De verhouding tussen de *principle against fettering of discretion* en de inherente afwijkingsbevoegdheid

Dit hoofdstuk gaat eerst in op de definitie en bestaansgrond van het beginsel. Daarna volgt een bespreking van de manier waarop de *no-fettering rule* beleidsregels normeert doormiddel van een bespreking van de toetsingscriteria die uit het beginsel voortvloeien. Dan ga ik in op de vraag in hoeverre dit afwijkt van de nieuwe lijn omtrent de inherente afwijkingsbevoegdheid en hoe dit kan worden gewaardeerd tegen responsiviteit. Ik sluit af met de bespreking van de meerwaarde van de implementatie van de *no-fettering rule*, gelet op de reeds gedane voorstellen uit de literatuur om artikel 4:84 Awb in de praktijk beter tot zijn recht te laten komen.

4.1. Begripsomschrijving

De *no-fettering rule* is voor het eerst⁸² geformuleerd in de uitspraak *R. v. Port of London Authority ex parte Kynoch*.⁸³ Het gaat in deze uitspraak om de havenautoriteit Londen die bij wet is belast met het onderhoud en de verbetering van de haven van Londen, en daartoe alle nodige werkzaamheden moet verrichten. De autoriteit beschikt verder over de discretionaire bevoegdheid om vergunningen te verlenen aan eigenaars van land grenzend aan de rivier de Theems, met als doel werkzaamheden te verrichten ter onderhoud of verbetering van de haven. De havenautoriteit stelt ter uitoefening van deze bevoegdheid beleidsregels vast. In deze beleidsregels staat dat zij geen vergunningen verleent voor werkzaamheden die zij zelf kan verrichten, nu dit tot haar wettelijke taak behoort. Een aantal eigenaren van land grenzend aan de Theems doen een vergunningaanvraag voor de bouw van een diepe waterkade, binnenvaartkades en andere werken. De havenautoriteit weigert deze aanvraag, omdat dit bouwwerkzaamheden zijn waarvan de wetgever de autoriteit heeft opgedragen die te verrichten. De aanvragers stellen dat de autoriteit, door haar beleidsregels blind te hebben toegepast, de aanvraag ten onrechte niet met een open houding heeft beoordeeld.

De rechter onderscheidt twee soorten houdingen die een bestuursorgaan kan innemen bij de toepassing van beleidsregels ten nadele van de aanvrager. Dit is in de eerste plaats de houding waarbij de bevoegde autoriteit beleidsregels vaststelt en de aanvrager hiervan op de hoogte stelt. Dit komt tot uiting doordat de autoriteit na het horen van de aanvrager de vergunningaanvraag overeenkomstig haar beleidsregels weigert, tenzij er sprake is van een bijzonderheid als gevolg waarvan de beleidsregels in het concrete geval moeten wijken. In de tweede plaats is dit de ongeoorloofde houding waarbij de bevoegde autoriteit een beleidsregel vaststelt die tot uitdrukking brengt dat de aanvrager niet wordt gehoord, ongeacht de bijzondere omstandigheden waarin hij zich bevindt.⁸⁴ De landeigenaars verwijten de havenautoriteit deze houding te hebben ingenomen. Naar het oordeel van de rechter is dat niet geval, nu de autoriteit beleidsregels mag opstellen ter uitoefening van de bevoegdheid om vergunningen te verlenen. Zij mag, gelet op haar wettelijke taakomschrijving, in haar belangenafweging betrekken voor welke doeleinden een vergunningaanvraag wordt ingediend. Verder blijkt volgens de rechter nergens uit dat de autoriteit niet openstond voor

⁸² Het beginsel dateert eigenlijk al uit het midden van de 19^e eeuw. Het beginsel zoals dat vandaag de dag wordt uitgelegd kent echter wel zijn oorsprong in de in voetnoten 2-4 opgenomen uitspraak. Vgl. Costello, *LQR* 2015 (131), p. 355.

⁸³ *R v. Port of London Authority ex p. Kynoch Ltd* [1919] 1 KB 176.

⁸⁴ *R v. Port of London Authority ex p. Kynoch Ltd* [1919] 1 KB 176, randnrs. 183-184.

het horen van de aanvrager en het in aanmerking nemen van bijzondere omstandigheden.⁸⁵ Het beroep is dan ook ongegrond.

De *no-fettering rule* is in de standaarduitspraak *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade* verder uitgewerkt.⁸⁶ Het gaat in deze uitspraak om de toepassing van beleidsregels door de minister van Technologie. De minister heeft op grond van de *Industrial Development Act* de discretionaire bevoegdheid om subsidies te verlenen aan eenieder die zaken doet in Groot-Brittannië en kapitaaluitgaven heeft gemaakt voor de aankoop van industriële machines en de oprichting van fabrieken. Uit het beleid van de minister volgt dat kosten alleen subsidiabel zijn indien zij betrekking hebben op afzonderlijke machineonderdelen die elk ten minste 25 pond bedragen. British Oxygen dient een subsidieaanvraag in voor gascilinders van elk ruim 20 pond. In totaal heeft het bedrijf hier ongeveer 4 miljoen pond aan besteed in de drie jaren na inwerkingtreding van de wet. De minister weigert de subsidieaanvraag omdat de gascilinders minder dan 25 pond elk bedragen, en volgens het beleid daarom niet subsidiabel zijn. British Oxygen gaat tegen deze weigering in beroep en voert onder meer aan dat de minister de subsidieaanvraag niet enkel op deze grond had mogen weigeren. Een beleidsregel die op voorhand al uitsluit dat bepaalde aanvragen voor een subsidie in aanmerking komen, is equivalent aan de weigering om bepaalde aanvragen in aanmerking te nemen. Een dergelijke regel is geen uiting, maar een doorkruising van een discretionaire bevoegdheid.

De rechter formuleert in deze uitspraak een aantal vuistregels die voortvloeien uit de *no-fettering rule*.⁸⁷ In de eerste plaats is het een bestuursorgaan die een discretionaire bevoegdheid uitoefent niet toegestaan om 'zijn oren te sluiten voor een aanvraag'. Een autoriteit mag dus niet weigeren kennis te nemen van al hetgeen de aanvrager aanvoert. Het is de autoriteit, in de tweede plaats, wel toegestaan om beleid te ontwikkelen, maar alleen voor zover zij daarnaast altijd bereid blijft om te luisteren naar de aanvrager voor zover deze iets te melden heeft over zijn of haar aanvraag. Dat betekent niet dat de aanvrager officieel moet worden gehoord, maar wel dat de bevoegde autoriteit alles wat de aanvrager aanvoert tot zich moet nemen en zorgvuldig moet afwegen. Ook moet de autoriteit er, in de derde plaats, voor open staan om in bijzondere gevallen van het beleid af te wijken en maatwerk te leveren.

Uit *Kynoch* en *British Oxygen* volgt dus dat op grond van de *principle against fettering of discretion* een bestuursorgaan de hem toekomende beslissingsruimte in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid niet op een onrechtmatige manier mag inperken.⁸⁸ Het bestuursorgaan moet elk geval met een open houding benaderen en op zijn eigen merites beoordelen. Er moet zodoende altijd aandacht zijn voor de relevante, individuele omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd mag een bestuursorgaan beleidsregels opstellen over de manier waarop het zijn discretionaire bevoegdheid aanwent. Het beleid mag echter niet blindelings worden gevolgd. Het bestuursorgaan moet altijd bedachtzaam zijn op bijzondere gevallen en bereid zijn om in die gevallen van het beleid af te wijken.⁸⁹

⁸⁵ R v. Port of London Authority ex p. *Kynoch Ltd* [1919] 1 KB 176, randnr. 185.

⁸⁶ *British Oxygen Co. Ltd v Board of Trade* [1971] AC 610.

⁸⁷ *British Oxygen Co. Ltd v Board of Trade* [1971] AC 610, randnr. 625.

⁸⁸ Het beginsel is alleen van toepassing voor zover het bestuursorgaan de bevoegdheid ontleent aan een wettelijke bepaling en niet uit hoofde van een andere bevoegdheid bij machte waarvan het bestuur bevoegd is om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen. Vgl. *R. (Sandiford) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] UKSC 44; [2014] 1 WLR 2697.

⁸⁹ *Perry*, CLJ 2017, vol. 76 (2), p. 378.

4.2. Grondslag

De literatuur is nogal verdeeld over de grondslag van de *no-fettering rule*.⁹⁰ Er lijken wel twee opvattingen te zijn die breed worden gedragen.

De klassieke opvatting ‘judicial approach’, ‘statutory duty theory’ of ‘legislative intent argument’ geheten, houdt verband met ‘sovereignty of parliament’.⁹¹ In deze opvatting neemt men de intentie van de wetgever bij de formulering van een discretionaire bevoegdheid als uitgangspunt. De wetgever zou met het formuleren van een dergelijke bevoegdheid beogen dat het bestuursorgaan de bevoegdheid op een flexibele manier aanwendt. Een bestuursorgaan moet zijn beslissingsruimte dan ook benutten om een individuele afweging te maken en een weloverwogen besluit te nemen. Dat impliceert dat het bestuur een geval open benadert en individuele omstandigheden in aanmerking neemt. Een bestuursorgaan dat handelt vanuit een star beleid of zijn beleid blindelings toepast, veronachtzaamt zijn wettelijke taak. Het bestuur doet daarmee geen recht aan de door de wetgever opgedragen opdracht om een geval op zijn eigen merites te beoordelen. Een bestuursorgaan dat daarentegen handelt vanuit een flexibel beleid, doet recht aan zijn wettelijke plicht. Nu de wetgever op grond van de sovereignty of parliament het hoogste overheidsorgaan is, moet het bestuursorgaan in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever handelen en zich dus flexibel opstellen.

De tweede opvatting, ‘the error avoidance argument’ is niet dogmatisch, maar pragmatisch van aard. Zo gaat deze opvatting ervan uit dat een flexibel beleid minder ruimte overlaat voor fouten. De redenering is dat beleid een vaste gedragslijn voorschrijft. Dit beleid kan in het gros van de gevallen worden toegepast, maar in een klein aantal bijzondere gevallen niet. Een ambtenaar kan een flexibel beleid in zulke gevallen terzijde schuiven en maatwerk leveren. Een rigide beleid laat dit niet toe, met alle gevolgen van dien. Waar een star beleid tot onbillijke gevolgen kan leiden, kan een flexibel beleid dit voorkomen. De *no-fettering rule* ontleent zijn bestaan dus uit de wil om een onbillijke regeltoepassing te voorkomen door correcties op het beleid mogelijk te maken.⁹²

Het beginsel brengt, zoals in de inleiding beschreven, belangrijke rechtsstatelijke waarden in evenwicht.⁹³ Zo wordt hiermee het rechtszekerheidsbeginsel en het consistentiebeginsel enerzijds en responsiviteit anderzijds gewaarborgd. Het eerste doormiddel van het toestaan van beleidsregels, en het laatste aan de hand van het stellen van eisen aan beleidsregels en de toepassing hiervan. Uiteindelijk is het beginsel een middel om in iedere zaak procedurele rechtvaardigheid te bereiken.⁹⁴

⁹⁰ Zo denkt Mcharg dat er geen grondslag is aan te wijzen, vgl. Mcharg, *CLP* 2017, vol. 70 (1), p. 295. Volgens Perry ligt de grondslag in het recht om te worden gehoord, vgl. Perry, *CLJ* 2017, vol. 76 (2), p. 391. Anderen zijn van mening dat een van de onder par. 4.2. besproken grondslagen aan het beginsel ten grondslag ligt, vgl. Craig 2008, p. 502 of dat het recht om te worden gehoord tot de klassieke opvattingen behoort, vgl. Costello, *LQR* 2015 (131), p. 355.

⁹¹ Craig 2008, p. 502; Costello, *LQR* 2015 (131), p. 355; Perry, *CLJ* 2017, vol. 76 (2), p. 382-387.

⁹² Perry, *CLJ* 2017, vol. 76 (2), p. 387-391; Elliot & Varuhas 2017, p. 174; Stark 2018, p. 8.

⁹³ Cane 2011, p. 154.

⁹⁴ Woolf, De Smith, Lowell, Le Sueur & Donnelly 2007, p. 480.

4.3. De toetsingscriteria van de *principle against fettering of discretion*

4.3.1. De toetsingscriteria voor beleidsregels

De *no-fettering rule* staat bestuursorganen toe om ter uitvoering van een discretionaire bevoegdheid beleidsregels op te stellen. Echter moet zowel een beleidsregel als zodanig als de toepassing daarvan aan een aantal eisen voldoen, op straffe van vernietigbaarheid.

Zo is een bestuursorgaan niet bevoegd om een beleidsregel vast te stellen waarmee een zaak op voorhand kan worden afgedaan zonder deze op zijn individuele merites te beoordelen.⁹⁵ Een beleidsregel mag in beginsel ook niet dwingend een rechtsgevolg voorschrijven wanneer aan bepaalde criteria is voldaan. Een regel moet zo zijn geformuleerd dat er ruimte overblijft om ervan af te kunnen wijken.⁹⁶ De rechter kijkt aan de hand van de formulering van een beleidsregel of deze voldoende ruimte biedt om er van af te kunnen wijken. Een bestuursorgaan mag bovenin of onderin de set aan beleidsregels een formule opnemen waarin staat dat alle beleidsregels onder voorbehoud van bijzondere omstandigheden worden toegepast.⁹⁷ Hiermee brengt het bestuursorgaan ook tot uitdrukking dat de regels flexibel worden toegepast, en hoeft het niet in elke afzonderlijke regel afwegingsruimte in te bouwen.

Dit is echter niet genoeg om conform de *no-fettering rule* te handelen. De omstandigheid dat een beleidsregel in theorie flexibel kan worden toegepast wil nog niet zeggen dat hij in de praktijk daadwerkelijk op deze manier wordt toegepast. Wezen gaat voor schijn. De rechter kijkt dan ook verder dan de letterlijke bewoordingen van een beleidsregel, en zoekt naar aanknopingspunten ter bevestiging van de stelling dat de regel daadwerkelijk flexibel wordt toegepast.⁹⁸ Bijvoorbeeld door gegevens op te vragen over de mate waarin in het verleden van een beleidsregel is afgeweken. Indien daaruit blijkt dat er nooit van een beleidsregel is afgeweken, is dit een sterke indicatie voor het oordeel dat de toepassing ervan onrechtmatig is.⁹⁹ Het kan ook zijn dat er een afwijkingsmogelijkheid in een beleidsregel is opgenomen die in de praktijk betekenisloos is, omdat daar in de meest schrijnende situaties geen gebruik van wordt gemaakt.

Dit deed zich voor in een zaak waarin drie personen lijden aan genderdysforie, een aandoening waarbij men het gevoel heeft in het verkeerde lichaam te zijn geboren.¹⁰⁰ Twee van hen moet op doktersadvies een geslachtsaanpassende operatie ondergaan. De derde persoon is nog in afwachting van een consultatie. Zij dienen hiertoe allen een aanvraag in ter vergoeding van de operatie. Uit het beleid van de gezondheidsautoriteit blijkt dat een dergelijke operatie slechts in uitzonderlijke omstandigheden wordt vergoed. Het beleid schrijft voor dat deze omstandigheden zeldzaam zijn en dat het in de meeste gevallen zal gaan om omstandigheden waar bij het opstellen van de beleidsregels niet aan is gedacht. Omstandigheden die afzonderlijk of in combinatie in ieder geval niet als uitzonderlijk worden aangemerkt, zijn die waarbij een persoon al door het leven gaat als iemand van het geslacht waarmee hij of zij zich identificeert en waarbij uit doktersadvies blijkt dat een persoon

⁹⁵ R. v. London county ex. p. Corrie [1918] 1 KB 68.

⁹⁶ Knight, *JR* 2009, vol. 14 (1), p. 77.

⁹⁷ Hilson, *PL* 2002, 239, p. 121 e.v.; Elliot & Varuhas 2017, p. 180.

⁹⁸ Knight, *JR* 2009, vol. 14 (1), p. 78; Woolf, De Smith, Lowell, Le Sueur & Donnelly 2007, p. 490; Elliot & Varuhas 2017, p. 178.

⁹⁹ Knight, *JR* 2009, vol. 14 (1), p. 78.

¹⁰⁰ R v. North West Lancashire Health Authority ex p. A [2000] 1 WLR 977.

geschikt is om een geslachtsaanpassende operatie te ondergaan. De enige erkende bijzondere omstandigheid is die waarbij genderdysforie de oorzaak is van een psychische aandoening, die naar verwachting wordt verholpen indien men de operatie ondergaat. De bevoegde autoriteit, zijnde de Minister van Volksgezondheid en Gezondheidsbeleid, weigert overeenkomstig haar beleidsregels bijzondere omstandigheden aan te nemen in deze drie gevallen. Dit in afwijking van aanbevelingen van psychiaters en de omstandigheid dat een van de aanvragers als gevolg van de stress die gepaard gaat met genderdysforie epilepsie heeft ontwikkeld.

Zowel de formulering van de beleidsregels als de toepassing daarvan worden in deze zaak beoordeeld. De rechter overweegt in de eerste plaats dat uit de gebezigde woorden in de beleidsregels blijkt dat de minister genderdysforie niet als een psychische aandoening beschouwt die medische aandacht verdient. De omstandigheid dat de beleidsregels een afwijkingsmogelijkheid in bevatten doet hier niet aan af, nu hiervoor een zeer hoge en moeilijk te duiden drempel voor moet worden overbrugd. In de tweede plaats kwalificeert het beleid als een ‘blanket policy’: een beleid dat op papier voorziet in een afwijkingsmogelijkheid, maar die in de praktijk een lege huls is. Dit soort beleidsregels zijn onrechtmatig nu deze het onmogelijk maken om een afzonderlijk geval op zijn eigen merites te beoordelen. De rechter vernietigt in deze zaak daarom zowel de betreffende beleidsregels als de besluiten die op basis daarvan zijn genomen.¹⁰¹

De rechter overweegt in deze uitspraak niet expliciet dat de omstandigheid dat er maar een (limitatieve) afwijkingsmogelijkheid bestaat als zodanig onverenigbaar is met de *no-fettering rule*. Uit andere uitspraken blijkt wel dat dit het geval is, nu het opnemen van een limitatief aantal bijzondere omstandigheden betekent dat de bevoegde autoriteit niet bereid is om andere bijzondere omstandigheden in haar afweging te betrekken.¹⁰² Dit is in strijd met het beginsel, omdat die handelswijze niet getuigt van het innemen van een open houding. Overigens toetst de rechter ook bij het opnemen van een niet-limitatieve lijst van bijzondere omstandigheden of deze lijst in de werkelijkheid als zodanig functioneert.¹⁰³

4.3.2. De mate waarin beleidsregels flexibel moeten zijn

De toetsing van beleidsregels en de toepassing daarvan aan de *no-fettering rule* is echter niet altijd zo streng als hiervoor is geschetst. Er zijn gevallen waarin de rechter het belang van rechtszekerheid en consistent beleid zwaarder vindt wegen dan het belang van flexibiliteit en responsiviteit.

Hierbij lijken zowel materiële als procedurele aspecten een rol te spelen.¹⁰⁴ Zo acht de rechter een streng beleid inzake besluiten die geen hoge mate van een individuele afweging verlangen in veel gevallen rechtmatig.¹⁰⁵ Dit zijn besluiten waarbij geen belangrijke belangen mee zijn gemoeid. Besluiten waarbij wel belangrijke belangen mee zijn gemoeid, zoals het welzijn van een kind, vereisen een flexibel beleid omdat de concrete omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen om een besluit te nemen dat in het beste belang is van het kind.¹⁰⁶ Het materiële bestuursrecht op grond waarvan een besluit wordt genomen is dus

¹⁰¹ R v. North West Lancashire Health Authority ex p. A [2000] 1 WLR 977, p. 992.

¹⁰² R. v. Warwickshire County Council ex p. Collymore [1995] ELR 217.

¹⁰³ Hilson, *PL* 2002, 239, p. 124.

¹⁰⁴ Elliot & Varuhas 2017, p. 175.

¹⁰⁵ Mcharg, *CLP* 2017, vol. 70 (1), p. 273.

¹⁰⁶ Mcharg, *CLP* 2017, vol. 70 (1), p. 273 e.v.

medebepalend voor de vraag hoe flexibel een beleid moet zijn vormgegeven en wordt toegepast. Daarnaast speelt ook een rol of het doel waarmee de wetgever de discretionaire bevoegdheid heeft geformuleerd, wordt gehaald gelet op de vormgeving en toepassing van beleid. Dat laatste wordt duidelijk aan de hand van de uitspraak R. (Nichols) v. Security Industry Authorities.¹⁰⁷

Het gaat hierbij om drie zaken die gevoegd worden behandeld. De appellanten in deze zaak stellen zich op het standpunt dat het beleid van de ‘Security Industry Authority’ onrechtmatig is, omdat dit beleid onvoldoende flexibel is. Dit beleid bevat criteria voor de verlening van een licentie op basis waarvan men als beveiligiger, ‘door supervisor’, kan werken. Een persoon die een serieus strafrechtelijk vergrijp heeft begaan kan, afhankelijk van de ernst van het vergrijp, slechts na twee respectievelijk vijf jaar na de dag waarop hij geen effecten meer ondervindt van zijn veroordeling voor de licentie in aanmerking komen. Een licentiaanvraag wordt dus automatisch afgewezen indien deze wordt ingediend voordat het hiervoor genoemde tijdvak is verlopen. Ook kan de bevoegde autoriteit na het verstrijken van de hiervoor genoemde termijn gebruikmaken van de bevoegdheid om een aanvraag af te wijzen, indien naar haar oordeel een aanvrager mede gelet op de ernst van het vergrijp niet geschikt is voor de functie.

In deze uitspraak gaan drie oud-beveiligers zowel in beroep tegen de beleidsregel als de toepassing ervan in hun geval, nu beide volgens hen in strijd zijn met de *no-fettering rule*. Zij betogen onder meer dat de wetgever de bevoegde autoriteit niet de bevoegdheid had willen geven om bepaalde aanvragen af te kunnen wijzen zonder dat daaraan een individuele afweging aan ten grondslag heeft gelegen. Die uitleg berust volgens hen op een verkeerde lezing van artikel 7 Private Security Industry Act 2001, de wettelijke bepaling waarin de discretionaire bevoegdheid om licenties te verlenen is neergelegd.

De rechter ziet dit anders en overweegt dat de wetgever met deze wet criminaliteit heeft willen uitdrijven in de beveiligingsbranche. Een regel die voorkomt dat personen die ernstige strafbare feiten hebben begaan dit beroep kunnen uitoefenen, is dus geheel in de geest van de wet, omdat het recht doet aan een van de voornaamste doelen waarmee de wet is opgesteld.¹⁰⁸ De beleidsregel is dus rechtmatig. Ook de toepassing daarvan acht de rechter rechtmatig, nu de wet de bevoegde autoriteit opdraagt om hierover beleidsregels op te stellen. Het staat de autoriteit dan ook vrij om criteria te bedenken aan de hand waarvan een aanvraag wordt beoordeeld en overeenkomstig deze criteria te handelen.¹⁰⁹ De rechter voegt hieraan toe dat zij, gelet op het voorgaande, besluiten terughoudend moet toetsen en de criteria alleen als onrechtmatig mag bestempelen indien de aard van het begane strafbare feit niet rechtvaardigt dat een aanvrager op basis daarvan een licentie wordt ontzegd.¹¹⁰

Een strikt beleid, dat geen afwijkingmogelijkheid bevat, doorstaat dus de toets aan de *no-fettering rule* voor zover dit noodzakelijk is om de bedoeling van de wetgever tot uitdrukking te brengen.¹¹¹ In dit soort gevallen ondermijnt een flexibel beleid het gezag van de wetgever, en daarin schuilt de rechtmatigheid van een strikt beleid. De achterliggende redenering is, conform het hiervoor besproken legislative intent argument, dat een discretionaire bevoegdheid nooit onbegrensd is en altijd moet worden uitgeoefend binnen de grenzen van het recht.

¹⁰⁷ R. (Nichols) v Security Industry Authority [2006] EWHC 1792 (Admin) [2007] 1 WLR 2067.

¹⁰⁸ R. (Nichols) v Security Industry Authority [2006] EWHC 1792 (Admin) [2007] 1 WLR 2067, randnrs. 60-62.

¹⁰⁹ R. (Nichols) v Security Industry Authority [2006] EWHC 1792 (Admin) [2007] 1 WLR 2067, randnr. 53.

¹¹⁰ R. (Nichols) v Security Industry Authority [2006] EWHC 1792 (Admin) [2007] 1 WLR 2067, randnr. 64.

¹¹¹ Elliot & Varuhas 2017, p. 179.

Procedurele aspecten kunnen ook een rol spelen in de beoordeling van de vereiste mate van flexibiliteit van beleid. Indien er veel aanvragen worden ingediend die onderling weinig van elkaar verschillen, kan een beleid de vorm van een algemeen verbindend voorschrift gaan aannemen, en dus redelijk streng zijn. Andersom wordt er een grotere mate van flexibiliteit vereist in gevallen waarin weinig aanvragen worden ingediend waarvan de onderliggende feiten onderling ook sterk uiteenlopen.¹¹²

4.4. De waardering van de verschillen tussen de *principle against fettering of discretion* en de inherente afwijkingsbevoegdheid tegen responsiviteit

4.4.1. De onderzoeks- en motiveringsplicht

Degene die een beroep doet op de inherente afwijkingsbevoegdheid moet onderbouwen dat zijn of haar situatie rechtvaardigt dat van het beleid wordt afgeweken. Indien geen gemotiveerd beroep wordt gedaan op artikel 4:84 Awb, kan dit niet leiden tot de vernietiging van het bestreden besluit.¹¹³ De motiveringsplicht werkt aan beide kanten. Wanneer een gemotiveerd beroep wordt gedaan op artikel 4:84 Awb moet de bevoegde autoriteit overtuigend motiveren waarom in een individueel geval niet is afgeweken van de gewraakte beleidsregel. De enkele verwijzing naar de beslissing op bezwaar of de uitspraak in eerste aanleg - waarin dit standpunt is voorzien van argumenten - volstaat hierbij niet.¹¹⁴ Een gemotiveerd beroep op artikel 4:84 Awb activeert tegelijkertijd de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan.¹¹⁵ Het bestuursorgaan is verplicht om nader onderzoek te doen naar alle omstandigheden van het geval en te bezien of deze afzonderlijk of in combinatie kunnen worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden. Vervolgens betreft het bestuursorgaan zowel de onderzoeksresultaten als de concrete omstandigheden van het geval bij het besluit om al dan niet af te wijken van het beleid.¹¹⁶

De rechter toetst ten slotte of het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft kunnen stellen dat er geen sprake is van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat van een beleidsregel wordt afgeweken. Dit komt in sommige uitspraken tot uitdrukking door een uitvoerige bespreking van de aangevoerde omstandigheden en een onderzoek naar de uitwerking van de regeltoepassing in het concrete geval, onafhankelijk van het onderzoek dat het bestuursorgaan zelf al heeft verricht.¹¹⁷ Een voorbeeld is een uitspraak van de Afdeling waarbij zij onder het kopje ‘Had het college moeten afwijken van de beleidsregels?’ eerst de afwijkingsmogelijkheid van het beleid bespreekt en daarna onderbouwt waarom, gelet op de situatie waarin de aanvrager zich bevindt, het college daarin terecht geen aanleiding heeft gezien om van die mogelijkheid gebruik te maken.¹¹⁸ In andere uitspraken toetst de rechter of de motivering van het bestuursorgaan het besluit kan dragen. Indien een besluit goed is gemotiveerd, dan overweegt de rechter onder verwijzing naar de argumenten die het bestuursorgaan heeft aangevoerd dat een beroep op artikel 4:84 Awb reeds daarom niet

¹¹² Wade & Forsyth 2014, p. 276; Woolf, De Smith, Lowell, Le Sueur & Donnelly 2007, p. 491.

¹¹³ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4243, AB 2020/101 m.nt. T.N. Sanders, r.o. 9.

¹¹⁴ ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3457, JB 2017/38 m.nt. L.J.M. Timmermans, r.o. 6.2.

¹¹⁵ Zie punt 2 van de noot bij ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:458, AB 2019/408, m.nt. A. Tollenaar.

¹¹⁶ ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, JV 2018/210 m.nt. M. Wiersma, r.o. 8.2.

¹¹⁷ Rb. Rotterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4167, r.o. 4.11-4.14; Rb. Oost-Brabant 30 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2917, r.o. 17.

¹¹⁸ ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2458, AB 2019/408 m.nt. A. Tollenaar, r.o. 4-4.1.

slaagt.¹¹⁹

Op het punt van de onderzoeks- en motiveringsplicht punt vertoont de *principle against fettering of discretion* gelijkenis met de inherente afwijkingsbevoegdheid. Beide schrijven voor dat een bestuursorgaan bij de toepassing van beleidsregels alle omstandigheden van het geval moet betrekken en op basis daarvan een individuele afweging moet maken in een concreet geval. Wanneer niet wordt overgegaan tot afwijking van het beleid, moet het besluit in beide gevallen zijn voorzien van een deugdelijke motivering, wat de rechter in beide rechtssystemen nagaat met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval.

4.4.2. De in acht te nemen mate van flexibiliteit

De *no-fettering rule* vertoont ook overeenkomsten met Nederlandse jurisprudentie waaruit blijkt dat, wanneer er fundamentele belangen op het spel staan, de rechter omwille daarvan eerder lijkt aan te nemen dat van het beleid moet worden afgeweken. De Nederlandse rechter vereist net zoals de Engelse rechter een flexibelere houding van het bestuursorgaan wanneer dergelijke belangen in het geding zijn.

Zo overweegt de rechtbank Den Haag in een vreemdelingenzaak dat het beroep op artikel 3 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) als een bijzondere omstandigheid moet worden aangemerkt die maakt dat de toepassing van de gewraakte beleidsregel onevenredige gevolgen met zich meebrengt. In deze uitspraak vraagt de oma van een minderjarige Somalische vreemdeling in de hoedanigheid van referent namens haar kleinkind een machtiging tot voorlopig verblijf in het kader van gezinsvereniging aan. Het kind maakt sinds haar derde onderdeel uit van het gezin van referent en heeft in Somalië geen familie waar zij terecht kan. Zij beroept zich onder meer op artikel 3 IVRK. Hierin staat dat de belangen van het kind de eerste overweging moeten vormen bij alle maatregelen betreffende het kind. De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie wijst de aanvraag af, omdat niet is aangetoond dat er sprake is van een feitelijke gezinsband tussen de referent en het kind zoals bedoeld in artikel 29, tweede lid, Vreemdelingenwet en paragraaf C2/4.2.1 Vreemdelingen-circulaire 2000. De rechtbank acht het aannemelijk dat er wel sprake is van een gezinsband en overweegt dat, zelfs als hier geen sprake van is, het besluit van de staatssecretaris op grond van artikel 4:84 Awb jo. artikel 3 IVRK niet kan standhouden. De omstandigheden die hierbij een rol spelen is dat het gaat om een minderjarig kind, zij sinds haar derde uitmaakt van het gezin van referent en zich vanwege haar jonge leeftijd niet alleen staande zou kunnen houden in Somalië.¹²⁰

Een ander voorbeeld is te vinden in een uitspraak van de Afdeling betreffende de sluiting van een woning op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet. De Afdeling overweegt hierin dat het besluit strekkende tot sluiting van een woning op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet onder meer raakt aan het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privéleven en woning. Hoewel dit niet relevant is voor de vraag of die bevoegdheid in het algemeen mag worden uitgeoefend, is het wel van belang voor de vraag of die bevoegdheid op grond van artikel 4:84 Awb in een concreet geval mag worden aangewend. Zo oordeelt de Afdeling in deze uitspraak dat de burgemeester in dit geval niet tot sluiting mocht overgaan. De bijzondere omstandigheden waarin eiser zich bevindt, waaronder het feit dat haar huurovereenkomst is ontbonden als gevolg van de sluiting en zij al strafrechtelijk is

¹¹⁹ Rb. Den Haag 15 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10903, r.o. 4.10.

¹²⁰ Rb. Den Haag 24 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11074, r.o. 10.

veroordeeld voor het handelen in strijd met de Opiumwet, zijn door de burgemeester ten onrechte niet in zijn belangenafweging betrokken. Het besluit is dan ook ondeugdelijk gemotiveerd en wordt vernietigd.¹²¹

4.4.3. De toelaatbaarheid van strikt geformuleerd beleid

Verder kent zowel het Nederlandse als het Engelse bestuursrecht gewicht toe aan de onderliggende doelstellingen van wetgeving voor de vraag of het bestuur van zijn beleidsregels moet afwijken. Zo oordeelt de rechtbank Amsterdam dat het college van B&W terecht niet van zijn beleid is afgeweken, omdat dit zich slecht zou verhouden met doel van de gewraakte beleidsregel, gelet op de wet waarop deze berust.¹²² Een ander voorbeeld is te vinden in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant. Hierin oordeelt de rechtbank in een uitspraak waarin een verzoeker de sluiting van bedrijfspcelen op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet bestrijdt met het argument dat hiermee de verkeersveiligheid in het geding komt als volgt. De in artikel 13b, eerste lid, Opiumwet neergelegde bevoegdheid strekt tot bescherming van de openbare orde en de veiligheid, en niet de verkeersveiligheid. De burgemeester mag de verkeersveiligheid dan ook niet in zijn belangenafweging omtrent de toepassing van artikel 4:84 Awb betrekken. Net zoals in het Engelse bestuursrecht, brengt de rechter in het Nederlandse bestuursrecht een beperking aan op de plicht om alle omstandigheden van het geval in de belangenafweging te betrekken. Deze beperking bestaat eruit dat, belangen die geen verband houden met het doel waarmee de wet is opgesteld, geen rol mogen spelen in de belangenafweging.

4.4.4. De aanwezigheid van toetsingscriteria ter normering van beleidsregels

De *no-fettering rule* lijkt op de voormelde punten goed aan te sluiten bij de nieuwe lijn omtrent de inherente afwijkingsbevoegdheid. Toch wijken deze regels van elkaar af op een, mijns inziens, belangrijk punt.¹²³ Zo concentreert de Nederlandse lijn zich op de rechtmatigheid van een concreet besluit. Het gaat in de kern om de vraag of bij een besluit op grond van artikel 4:84 Awb een individuele belangenafweging heeft plaatsgevonden die recht doet aan de omstandigheden waarin de burger zich bevindt.¹²⁴ De rechtmatigheid van het beleid als zodanig blijft, op een enkele keer na, onbesproken.¹²⁵

Daarentegen schrijft de *no-fettering rule* een responsiviteitstoets voor naar zowel de beleidsregel als zodanig als de toepassing daarvan in een concreet geval. Zoals in paragraaf

¹²¹ ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, *Gst.* 2018/39 m.nt. A. Schreijenberg, r.o. 6-6.3.

¹²² Rb. Amsterdam 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4914, r.o. 12.4.

¹²³ Een ander belangrijk punt is dat het Nederlandse bestuursrecht, anders dan het Engelse bestuursrecht, de praktijk waarbij een discretionaire bevoegdheid wordt dichtgeregeld met beleidsregels toelaat. Zo schrijft Woltjer over de merkwaardige praktijk van de inperking van de discretionaire bevoegdheid in het vreemdelingenrecht als gevolg waarvan voor de uitoefening van de inherente afwijkingsbevoegdheid geen plek is. Vgl. Woltjer, *AA* 2018/1, p. 34.

¹²⁴ ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:769.

¹²⁵ Rb. Midden-Nederland 27 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4242. In deze uitspraak besteedt de rechter wel aandacht aan de rechtmatigheid van beleid. De rechter doet dit omdat de eiser in het geding stelt dat het beleid als zodanig in strijd is met de Regeling op het notarisambt en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter oordeelt dat het beleid op een punt in strijd is met artikel 3:4 Awb, maar vernietigt hierbij alleen het besluit dat op grond van dit beleid is genomen. De rechter gaat verder niet in op de vraag of en zo ja welke gevolgen dit heeft voor het beleid als zodanig.

4.3. is besproken, moet het beleid aan bepaalde eisen voldoen om de responsiviteitstoets te doorstaan om rechtmatig te zijn. Het Nederlandse bestuursrecht stelt geen responsiviteitseisen aan een beleidsregel. Een beleidsregel moet om rechtmatig te zijn in overeenstemming zijn met hoger recht en de in paragraaf 3.2.1. onderin genoemde normen.¹²⁶ Er zijn verder geen nader uitgewerkte criteria waar een beleidsregel aan wordt getoetst. Bijgevolg besteedt de Nederlandse rechter in uitspraken dan ook zelden aandacht aan de rechtmatigheid van een beleidsregel bij een beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid.¹²⁷

Vanzelfsprekend besteedt de rechter geen aandacht aan beroepsgronden die niet zijn aangevoerd. Als een belanghebbende de rechtmatigheid van een beleidsregel niet betwist, dan zal de rechter hier niet uit eigen beweging een oordeel over vellen. Maar voor zover een belanghebbende dit wel doet, wordt de regel slechts exceptief getoetst omdat op grond van artikel 8:3, eerste lid, onder a Awb geen rechtstreeks beroep openstaat tegen beleidsregels.¹²⁸ Indien het een ondeugdelijke beleidsregel betreft, heeft de rechter het instrument van de vernietiging tot haar beschikking. Echter heeft deze vernietiging alleen effect in het voorliggende geval en niet in alle andere gevallen waarin op grond van de gewraakte beleidsregel een besluit is genomen. De literatuur laat zich mede hierom al jaren kritisch uit over het verbod op rechtstreeks beroep tegen algemene regels, waaronder beleidsregels. De literatuur over de afschaffing van artikel 8:3 Awb is dan ook zeer omvangrijk.¹²⁹

Naar mijn mening valt er winst te behalen met het ontwikkelen van responsiviteitscriteria voor beleidsregels, net zoals in het Engelse bestuursrecht het geval is. Bij een gemotiveerd beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid kan de rechter dan zowel over de regeltoepassing in het concrete geval als over de beleidsregel als zodanig een rechtmatigheidsoordeel vellen. Indien de beleidsregel onvoldoende ruimte laat om op basis daarvan responsief op te treden, dan is deze onrechtmatig en moet deze worden vernietigd. Het zou daarbij wenselijk zijn als de onrechtmatigheidsverklaring zaakoverstijgende effecten sorteert, omdat dit voorkomt dat andere justitiabelen ook in beroep moeten gaan tegen de vernietigde beleidsregel. Artikel 8:3 Awb staat er wel aan in de weg dat de vernietiging voor een ieder geldt, en niet alleen voor de partijen in het geding. Maar wellicht is de ontwikkeling naar een minder terughoudende exceptieve toetsing zoals besproken in paragraaf 3.5. van deze scriptie, een voorzichtige aanloop naar het mogelijk maken van rechtstreeks beroep tegen beleidsregels.

¹²⁶ ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3448. Het Damoclesbeleid in deze zaak schrijft een rechtsgevolg voor bij overtreding van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet. Het beleid bevat geen afwijkingsmogelijkheid. De rechtszoekende kan zich als laatste redmiddel beroepen op het evenredigheidsbeginsel, en doet dat in deze zaak ook. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat het algemeen belang zwaarder opweegt tegen het belang van de rechtszoekende in deze zaak.

¹²⁷ Klap 2019, p. 388.

¹²⁸ Sinds het HR-arrest Leidraad administratieve boete, kwalificeert een beleidsregel als recht in de zin van artikel 79, eerste lid, aanhef en onder b Wet op de rechterlijke organisatie. Tegen een beleidsregel staat daarom wel rechtstreeks beroep open bij de civiele rechter. Vgl. HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, AB 1990/306 m.nt. F.H. van der Burg (Leidraad administratieve boeten), r.o. 4.9.

¹²⁹ Vgl. Van Male 1988; Lubberdink 1996; Schuurmans & Voermans 2010; Voermans, Schutgens & Meuwese 2017.

4.5. De meerwaarde van implementatie van de *principle against fettering of discretion*

De toegevoegde waarde van implementatie van de *no-fettering rule* schuilt naar mijn mening in de rechtmatigheidscriteria waaraan een beleidsregel moet voldoen om in overeenstemming te zijn met de eis van responsiviteit. Wanneer een beleidsregel hiermee in strijd is, kan hij door het bestuursorgaan worden gewijzigd of ingetrokken en door de rechter worden vernietigd. Het is daarbij wenselijk dat de vernietiging in het algemeen geldt en niet alleen in de zaak die voorligt. Indien een beleidsregel onrechtmatig is, is de kans namelijk groot dat de besluiten die op grond van deze regel worden genomen hetzelfde lot ondergaan. Het kan daarom efficiënter zijn om het probleem bij de bron aan te pakken en de vernietiging van de beleidsregel uit te spreken, in plaats van de afzonderlijke besluiten die op basis hiervan zijn genomen.

Konijnenbelt is een soortgelijke mening toegedaan. Volgens hem zijn beleidsregels alleen rechtmatig wanneer ze bijdragen en niet afdoen aan het bereiken van een rechtvaardig besluit.¹³⁰ Een rechtvaardig besluit komt tot stand door na te gaan wat in een individueel geval de meest geëigende oplossing is. Een beleidsregel die het bestuursorgaan onvoldoende ruimte laat om op zoek te gaan naar deze oplossing en om dus relevante omstandigheden in aanmerking te nemen, moet volgens hem onverbindend worden verklaard. Dit brengt in, tegenstelling tot de exceptieve onverbindendheidsverklaring, beter tot uitdrukking dat de regel onrechtmatig is en doet volgens hem recht aan het ‘Einzelfallgerechtigkeitsvereiste’. Hij stelt voor om, overeenkomstig de *no-fettering rule*, ofwel in de regels zelf afwegingsruimte in te bouwen ofwel een algemene formule in de beleidsregel op te nemen die tot uitdrukking brengt dat relevante omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels in overweging worden genomen.¹³¹ Uit deze formule volgt dat van een beleidsregel wordt afgeweken indien een bijzondere omstandigheid daarom vraagt – ook al lijkt de tekst van een beleidsregel dit niet toe te laten. Een beleidsregel die het voorgaande onvoldoende tot uitdrukking brengt, is onrechtmatig.

Het instrument van artikel 4:84 Awb werkt volgens hem nog niet optimaal, omdat bestuursorganen volgens hem uit angst voor precedentwerking niet snel afwijken van beleid. Als gevolg hiervan moet een belanghebbende wel een beroepsprocedure entameren in een laatste poging om af te dwingen dat van het beleid wordt afgeweken. Het is bezwaarlijk dat een rechtszoekende hierom beroep moet instellen, in plaats dat het bestuursorgaan actief nadenkt over de vraag of de bijzondere omstandigheden van het geval de afwijking van het beleid rechtvaardigen. Het is daarom beter om eisen te stellen aan de kwaliteit van het beleid zodat het niet op een gang naar de rechter hoeft aan te komen.

In wezen komt het voorstel van Konijnenbelt neer op de implementatie van de *no-fettering rule*. Het lijkt mij daarom nuttig als er (nader) onderzoek wordt gedaan naar de betekenis en reikwijdte van de *no-fettering rule*. Het beginsel kent namelijk regels, maar ook nuanceringen en uitzonderingen op die regels. De Nederlandse rechter kan hierbij inspiratie putten uit de wijze waarop de regel in het Engelse recht is gedefinieerd en afgebakend zodat zij het wiel niet opnieuw hoeft uit te vinden.

¹³⁰ Konijnenbelt, *NTB* 2019/28, p. 285.

¹³¹ Tollenaar doet laatstgenoemde voorstel ook in zijn proefschrift. Zo zegt hij dat het opnemen van een hardheidsclausule in een beleidsregel waarin staat dat, onverminderd de tekst van een beleidsregel, in bijzondere omstandigheden van het beleid wordt afgeweken, een prikkel kan opleveren voor het bestuur om te streven naar individuele rechtsbedeling. Vgl. Tollenaar 2008, p. 246.

Koenraad stelt een andere oplossing voor. Volgens hem is artikel 4:84 Awb een lege bepaling geworden sinds de Afdelingsuitspraak uit 2016, omdat de bepaling tekstueel tegengesteld is aan de manier waarop zij moet worden toegepast. Het artikel schrijft voor wat het bestuursorgaan sinds de Afdelingsuitspraak uit 2016 *niet* moet doen. Hij stelt dan ook voor om artikel 4:84 Awb te schrappen.¹³² Bijgevolg vervallen daarmee titel 4.3 en artikel 1:3, vierde lid, Awb. Daarvoor in de plaats moet artikel 3:4 Awb worden gewijzigd. Hij stelt voor om daarin het volgende op te nemen: een bestuursorgaan weegt de bij het besluit betrokken belangen af (lid 1), de tekst van een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid kan hierop een inperking vormen (lid 2), het besluit mag geen nadelige gevolgen hebben die onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (lid 3) en het bestuursorgaan wijkt ten gunste van een dwingend geformuleerd wettelijk voorschrift af indien de strikte toepassing daarvan leidt tot een evident onredelijk geval (lid 4). Niet de overwegingen die een rol spelen bij de inherente afwijkingsbevoegdheid, maar het rechtszekerheids-, het vertrouwens- en het evenredigheidsbeginsel zijn leidend bij de vraag of het bestuur zich aan zijn beleid moet houden.

Het nadeel van dit voorstel, ten opzichte van de *no-fettering rule*, is dat het een ingrijpende wetswijziging vereist, en tot een onevenredige belasting van bestuursorganen kan leiden. Het is namelijk de vraag of het bestuur uit de voeten kan met de zojuist genoemde beginselen bij de beantwoording van de vraag of het aan het beleid is gebonden. Leggen deze beginselen bij deze beoordeling bijvoorbeeld evenveel gewicht in de schaal of komt er meer betekenis toe aan een of twee van deze beginselen? Is de gemiddelde ambtenaar voldoende vertrouwd met deze beginselen en in staat om deze in een concrete casus toe te passen, nu zij het leidende toetsingskader vormen? Is het mogelijk om deze beginselen in een relatief korte tijd op een evenwichtige manier toe te passen zodat recht wordt gedaan aan de burger? Wordt het juist interpreteren en toepassen van deze beginselen zo niet een doel op zich waardoor de belangen van de burger uiteindelijk op de achtergrond verdwijnen? Wordt het besluitvormingsproces hiermee niet onnodig gejuridiseerd terwijl juist wordt geprobeerd dit tegen te gaan?

Het zijn vragen die zich niet makkelijk laten beantwoorden, maar naar mijn mening wel waard zijn om gesteld te worden. Het dwingt men om na te denken over de vraag of hiermee het probleem wordt opgelost of onbedoeld juist in stand wordt gehouden.

Het voordeel van de *no-fettering rule* ten opzichte van dit voorstel is dat het beginsel grotendeels is geoperationaliseerd en werkbaar is in de praktijk.¹³³ In de loop der tijd is in de jurisprudentie veel duidelijkheid gekomen over de duiding en reikwijdte van het beginsel waardoor vragen die eventueel kunnen opkomen in de toepassing van dit beginsel al zijn beantwoord. Dit neemt niet weg dat de Nederlandse literatuur en rechtspraak over bepaalde zaken anders kan denken dan in het Verenigd Koninkrijk het geval is. In ieder geval ligt er een referentiekader klaar dat als vertrekpunt kan dienen.

¹³² Koenraad, *NTB* 2020/52, p. 122-123.

¹³³ Hilson, *PL* 2002, 239, p. 111; Elliot & Varuhas 2017, p. 184; Stark 2018, p. 2.

4.6. Conclusie

De wijze waarop de *principle against fettering of discretion* en de nieuwe jurisprudentie in zake artikel 4:84 Awb de afwijkingsmogelijkheid van beleidsregels normeren, vertoont meer overeenkomsten dan verschillen.

Een belangrijk verschil is dat, anders dan bij de *principle against fettering of discretion*, uit de inherente afwijkingsbevoegdheid geen duidelijke toetsingscriteria aan beleidsregels voortvloeien. De exceptieve toetsing staat alleen de toets van beleidsregels aan hoger recht toe, waardoor de Nederlandse bestuursrechter anders dan de Engelse bestuursrechter, minder vaak kan beoordelen of een beleidsregel voldoende ruimte overlaat om tot een evenwichtig besluit te komen. In het enkele geval dat de Nederlandse bestuursrechter een beleidsregel aan het evenredigheidsbeginsel heeft getoetst, en de beleidsregel daarmee in strijd heeft geacht, is alleen het besluit dat op basis daarvan is genomen vernietigd. De beleidsregel als zodanig is niet aan een rechtmatigheidsoordeel onderworpen.

Mijns inziens bestaat het voordeel van implementatie van de *no-fettering rule* eruit dat beleidsregels, anders dan nu, aan duidelijke rechtmatigheidsvereisten op basis van responsiviteit moeten voldoen op straffe van vernietigbaarheid. De kans is dan groot dat het bestuur afwegingsruimte in zijn beleidsregels inbouwt en dat het op die manier toegankelijker wordt om maatwerk te leveren. Een ander voordeel van implementatie van de *no-fettering rule* ten opzichte van andere voorstellen die zijn gericht om de achterliggende gedachte waarmee de Afdeling artikel 4:84 Awb van een andere invulling heeft voorzien, bestaat uit het volgende. De *no-fettering rule* is grotendeels uitgekristalliseerd en een in de praktijk werkbare norm. De jurisprudentie geeft antwoord op veel vragen die kunnen rijzen bij toepassing van het beginsel, nu de *no-fettering rule* in de jurisprudentie is ontwikkeld en verder is uitgebouwd. De Nederlandse bestuursrechter kan daar haar voordeel mee doen. Het oordeel van de Engelse bestuursrechter in deze kan dan ter inspiratie dienen, zodat het wiel niet opnieuw hoeft te worden uitgevonden. Net zoals in het Engelse bestuursrecht kan responsiviteit in het Nederlandse bestuursrecht op die manier in het beoordelingskader bij de vraag naar de zowel de rechtmatigheid van een beleidsregel als zodanig als de toepassing daarvan in een concreet geval dienen.

5. Slotbeschouwing

5.1. Conclusie

De onderzoeksvraag bij deze scriptie luidt: *Hoe kan het verschil in normering van beleidsregels op grond van de principle against fettering of discretion enerzijds en de inherente afwijkingsbevoegdheid anderzijds worden gewaardeerd tegen responsiviteit, en in hoeverre kan implementatie van de principle against fettering of discretion eraan bijdragen dat responsiviteit het beoordelingskader wordt voor overheidshandelen?*

De eis van een responsieve opstelling van overheidsorganen kan worden afgeleid uit het beginsel van de dienende overheid; een beginsel dat de potentie heeft om te verworden tot algemeen rechtsbeginsel. De literatuur omschrijft een responsieve opstelling als de opstelling waarbij de overheid zich rekenschap geeft van de individuele omstandigheden waarin de burger zich bevindt bij al het handelen dat raakt aan het leven van de burger. Aan het beginsel van de dienende overheid worden verschillende uitgangspunten ontleend, waaronder het leveren van maatwerk. Indien de situatie van een burger om een op maat gemaakte benadering vraagt, dan moet een overheidsinstantie hier op gepaste wijze mee omgaan door een houding in te nemen die recht doet aan de situatie. Concreet wil dat voor het bestuur zeggen dat het zich bij de regeltoepassing flexibel opstelt en oog heeft voor bijzondere omstandigheden, omdat responsief recht het burgerperspectief als leidend uitgangspunt neemt. Het heeft oog voor de behoeften en belangen van de burger en bevat ruimte om met de grote variatie van burgers en de omstandigheden waarin zij zich bevinden om te gaan. Op die manier faciliteert responsief recht een gedifferentieerde regeltoepassing door het bestuur en draagt dit bij aan een evenwichtige regeltoepassing.

Een bestuursorgaan kan in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid beleidsregels opstellen. Omdat een beleidsregel min of meer een vaste gedragslijn voorschrijft, heeft zowel het bestuur als de belanghebbende hier baat bij. Dit is anders wanneer het bestuur een discretionaire bevoegdheid dichtregelt met beleidsregels als gevolg waarvan er geen plek meer is voor een belangenafweging, en er in feite sprake is van een gebonden bevoegdheid. In het algemeen wordt een beleidsregel namelijk strikt nageleefd, omdat daar op grond van artikel 4:84 Awb alleen bij uitzondering van mag worden afgeweken. Deze factoren werken een blindelinge toepassing van beleidsregels in de hand en zijn daarom niet bevorderlijk voor het leveren van maatwerk.

In oktober 2016 leek een einde te zijn gekomen aan het gemak waarmee een bestuursorgaan een verzoek tot afwijking van zijn beleidsregels naast zich neer kon leggen. In die periode wees de Afdeling uitspraak over de veranderde invulling van de in artikel 4:84 Awb neergelegde inherente afwijkingsbevoegdheid. Voortaan moet een bestuursorgaan ook omstandigheden die reeds bij de opstelling van de beleidsregel zijn meegenomen betrekken in zijn belangenweging op grond van artikel 4:84 Awb. Deze kunnen ook onevenredige gevolgen meebrengen voor de burger die rechtvaardigen dat een bestuursorgaan van een gewraakte beleidsregel afwijkt.

Deze nieuwe lijn omtrent de inherente afwijkingsbevoegdheid maakt het leveren van maatwerk gemakkelijker, en getuigt daarom van responsiviteit. Maar uit onderzoek blijkt dat het bestuur nog onvoldoende uit eigen beweging overgaat tot het leveren van maatwerk. Ook

zijn de effecten van de koerswijziging in de jurisprudentie klein, omdat de rechter een beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid, net zoals voorheen, zelden honoreert. Daarnaast concentreert de nieuwe lijn zich op de rechtmatigheid van een besluit, en niet op een beleidsregel als zodanig.

Het ontbreekt de rechter aan duidelijke criteria waaraan hij een beleidsregel kan toetsen om in overeenstemming te zijn met responsiviteit. Hierin kan verandering komen, gelet op de ontwikkeling waarbij de rechter algemeen verbindende voorschriften steeds indringender exceptief is gaan toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Zo zou de rechter een beleidsregel aan het beginsel van de dienende overheid, zijnde een rechtsbeginsel, kunnen toetsen om te beoordelen of deze getuigt van responsiviteit. Bij die beoordeling dient gebruik te worden gemaakt van beoordelingscriteria. Hoe die beoordelingscriteria zouden moeten luiden is in de Nederlandse literatuur nog weinig doordacht. Daarom kan voor het antwoord op die vraag inspiratie worden geput uit het common law *principle against fettering of discretion*.

Het beginsel is voortgekomen uit de behoefte om zowel rechtszekerheid en consistentie als responsiviteit bij de toepassing van beleidsregels door bestuursorganen te waarborgen. Uit het beginsel vloeien responsiviteitseisen voort waar zowel een beleidsregel op zichzelf als de toepassing daarvan in een concreet geval aan moet voldoen. Een beleidsregel die daarmee niet in overeenstemming is, getuigt onvoldoende van responsiviteit en komt daarom voor vernietiging in aanmerking. Ook een besluit waarbij een beleidsregel in strijd met de *principle against fettering of discretion* is toegepast, is vernietigbaar. Voor zover een bestuursorgaan constateert dat een beleidsregel in strijd is met de responsiviteitscriteria, dan kan het deze wijzigen of intrekken. Deze omstandigheid kan het bestuur ertoe bewegen om afwegingsruimte in zijn beleidsregels in te bouwen en er eerder wordt overgegaan tot het zoeken naar een op maat gemaakte oplossing.

De *principle against fettering of discretion* vertoont overeenkomsten met de nieuwe jurisprudentiële inzake artikel 4:84 Awb, nu beide een onderzoeks- en motiveringsplicht aan het bestuursorgaan voorschrijven voor de vraag of het van zijn beleidsregels moet afwijken. Daarnaast lijken de Engelse en Nederlandse bestuursrechter het erover eens te zijn dat de mate waarin het bestuur een flexibele houding moet innemen, verschilt al naar gelang de belangen die in een zaak spelen, het doel waarmee de wetgever de discretionaire bevoegdheid heeft gecreëerd en de mate waarin met het beleid de doelstellingen van de wet worden gehaald. Verder geldt in beide rechtsstelsels een beperking op de plicht om alle omstandigheden van het geval in de belangenafweging te betrekken bij de afweging om van het beleid af te wijken. Belangen die niet te relateren zijn aan een van de doelen waarmee de wetgever de wet heeft opgesteld, kunnen geen rol spelen in deze belangenafweging.

De *principle against fettering of discretion* en de inherente afwijkingsbevoegdheid normeren beleidsregels dus op een soortgelijke manier, maar wijken op een belangrijk punt van elkaar af. Daarin schuilt ook de meerwaarde van de implementatie van dit beginsel. Omdat een beleidsregel die niet voldoet aan dit beginsel vernietigbaar is, fungeren de responsiviteitseisen die uit het beginsel voortvloeien simultaan als rechtmatigheidseisen. Het bestuur moet zich dus ook responsief opstellen bij de opstelling van een beleidsregel en niet alleen bij de toepassing daarvan, wat bij de inherente afwijkingsbevoegdheid wel het geval is. Door implementatie van het beginsel kan voor het bestuur een stimulans uitgaan om voldoende afwegingsruimte in zijn beleidsregels in te bouwen, wat het op zijn beurt

gemakkelijker maakt om maatwerk te leveren. Als gevolg van de implementatie van het beginsel, zullen zowel het bestuur als de bestuursrechter een beleidsregel kunnen toetsen aan de criteria die uit de *no-fettering rule* voortvloeien. Indien de rechter een beleidsregel daarmee in strijd acht, kan zij deze vernietigen.

Daarmee komt de *principle against fettering of discretion* ook in het Nederlandse bestuursrecht goed tot zijn recht.

5.2. Nawoord

Bij aanvang van deze scriptie leek het mij verstandig om als deelvraag op te nemen in hoeverre de *no-fettering rule* in het Nederlandse bestuursrecht past, gezien het een *common law* beginsel betreft. Die vraag had ik willen beantwoorden door aan de hand van de parlementaire geschiedenis bij de Awb, te onderzoeken of de Awb zich leent voor de codificatie van dit rechtsbeginsel. Al snel bleek dat de Awb geen goed toetsingskader vormt voor de vraag of de *no-fettering rule* daarin kan worden geïmplementeerd. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat bij de invoering van de Awb weinig aandacht is uitgegaan naar het burgerperspectief. Ook na invoering van de Awb is hier beperkt aandacht naar uitgegaan. Zo is pas bij de derde evaluatie van de Awb onderzoek gedaan naar de ervaringen van de burger met de Awb.

In *common law* landen lijkt bij het denken over het bestuursrecht meer aandacht uit te gaan naar het burgerperspectief. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de eeuwenoude *principle against fettering of discretion* en uit artikel 1 aanhef en onder d van de Grondwet van Zuid-Afrika. Daarin staat vastgelegd dat Zuid-Afrika onder andere is gefundeerd op ‘responsiveness’. Voorts staat in artikel 195, eerste lid, van de Grondwet van Zuid-Afrika dat het handelen van overheidsautoriteiten wordt genormeerd door de in de Grondwet verankerde waarden. Het geschreven Zuid-Afrikaanse bestuursrecht bevat voornamelijk uitgangspunten en is niet ingekaderd met regels en dwingende voorschriften. Ik had mij daarom graag in het Zuid-Afrikaanse bestuursrecht verdiept, maar omdat ik beperkt toegang had tot relevante literatuur heb ik hiervan moeten afzien.

Omgekeerd is het in het Nederlandse bestuursrecht niet ongebruikelijk dat een discretionaire bevoegdheid wordt ingekaderd met beleidsregels. De literatuur lijkt deze praktijk als een gegeven te beschouwen, nu dit door velen wordt geconstateerd maar door weinigen wordt ondersteund met een voorbeeld. Zo heb ik maar een bijdrage gevonden waarbij een auteur zich kritisch uitlaat over de, volgens hem, opmerkelijke praktijk in het vreemdelingenrecht waarbij de in de wet neergelegde discretionaire bevoegdheden in de Vreemdelingencirculaire zodanig worden ingeperkt dat van het discretionaire karakter ervan niets meer overblijft (zie voetnoot 123). Daar valt naar mijn mening wel iets op aan te merken, omdat het dichtregelen van een discretionaire bevoegdheid zich niet goed verhoudt met het doel waarmee de wetgever die bevoegdheid in het leven heeft geroepen.

Mede daarom vind ik het een goede ontwikkeling dat de literatuur nadenkt over manieren waarop meer recht kan worden gedaan aan het burgerperspectief in het bestuursrecht. Met interesse heb ik gelezen over de concrete voorstellen die men voorstaat, maar ook over de kanttekeningen die men hierbij plaatst. Het was dan ook een leuke uitdaging om zelf een voorstel te doen en mijzelf daarbij af te vragen of het een goed, zinnig en uitvoerbaar voorstel is. Nu ik aan het einde van de scriptie ben gekomen, *I yield the floor*, en leg ik die vraag graag neer bij u als lezer.

- Lise Mitsinga

Den Haag, 13 augustus 2020

Bronnenlijst

Literatuur

Engelse literatuur

Cane 2011

P. Cane, *Administrative law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Costello, *LQR* 2015 (131)

K. Costello, 'The Scope of Application of the Rule against Fettering in Administrative Law', *Law Quarterly Review* 2015 (131), p. 354-357.

Craig 2008

P. Craig, *Administrative law*, Sweet & Maxwell: London: 2008.

Elliot & Varuhas 2017

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

Hilson, *PL* 2002, 239

C. Hilson, 'Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion', *Public Law*, 239 (2002), p. 111-129.

Knight, *JR* 2009, vol. 14 (1)

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

Mcharg, *CLP* 2017, vol. 70 (1)

A. Mcharg, 'Administrative Discretion, Administrative Rule-making, and Judicial Review' *Current Legal Problems* vol. 70, no. 1 (2017), p. 267-303.

Perry, *CLJ* 2017, vol. 76 (2)

A. Perry, 'The Flexibility Rule in Administrative Law', *Cambridge Law Journal* vol. 76, no. 2 (2017), p. 375-398.

Stark 2018

S. Wilson Stark, 'Non-fettering, Legitimate Expectations and Consistency of Policy: Separate Compartments or Single Principle?' 2018, p. 1-34.

Wade & Forsyth 2014

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

Woolf, De Smith, Lowell, Le Sueur & Donnelly 2007

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

Nederlandse literatuur

Barkhuysen & Den Ouden, *NJB* 2020/954

T. Barkhuysen & W. Den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over responsief bestuursrecht, integrale geschilbeslechting en vooral...maatwerk', *NJB* 2020/954, p. 1042-1053.

Bröring, De Graaf e.a. 2019

H.E. Bröring, K. J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Damen, *NTB* 2020/2

L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020/2, p. 3-18.

Damen, *NTB* 2020/74

L.J.A. Damen, 'Op naar een dienende overheid (IDO)!.. Naschrift', *NTB* 2020/74, p. 196-197.

Doornbos 2019

N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 567-578.

Fleurke & De Vries, *Best. wet.* 1998-6

F. Fleurke & P.J. De Vries, 'Bureaucratie presteert beter op maatwerk', *Bestuurswetenschappen* 1998, vol. 52, afl. 6, p. 297-319.

Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572

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

Heldeweg 1998

M. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht?', in: H. Koning & E.M.J. Crombag, *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 1998, p. 11-55.

Ippel, *NTB* 2020/73

M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/74', *NTB* 2020/73, p. 189-195.

Ippel, *NTB* 2018/63

M.H. Ippel, 'De mens als maatstaf voor de regels van het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2018/63, p. 393-401.

Jurgens 1996

E.C.M. Jurgens, 'Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', in: H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften* (Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Alphen aan den Rijn: Samson 1996.

Kegge, JBplus 2018/4

R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBplus* 2018/4, p. 3-19.

Klap 2019

A. Klap, 'Beleidsregels: een terecht verguisde rechtsfiguur', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Koenraad, NTB 2020/52

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

Konijnenbelt, NTB 2019/28

W. Konijnenbelt, 'Normstelling in het bestuursrecht. Een pleidooi voor enige vrijzinnigheid maar vooral voor Einzelfallgerechtigdheid', *NTB* 2019/28, p. 280-286.

Lubberdink 1996

H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Enkele opmerkingen over de vormgeving van het beroep bij de administratieve rechter (Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid)*, Alphen aan den Rijn: Samson 1996.

PG Awb III

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1998.

Scheltema, RegelMaat 2018/3.2

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 120-131.

Scheltema, NTB 2015/37

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

Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels, C. Lambers e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Schlössels, Gst. 2010, 102

R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid', *Gst.* 2010, 102, p. 510-519.

Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolter Kluwer 2017.

Schuurmans & Voermans 2010

Y. E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermeel!' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010.

Taekema, NTB 2018/60 & Vonk, NTB 2018/60

D.M. Kromhout e.a., 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte. Verslag van een op 15 juni 2018 gehouden VAR-studiemiddag', *NTB 2018/60*, p. 374-381.

Tanja, NTB 2018/29

E.G. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(srechtelijke) praktijk', *NTB 2018/29*, p. 185-187.

Tollenaar 2008

A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels. De toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008.

Tollenaar & Feenstra, JBplus 2018/1

A. Tollenaar & M. Feenstra, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBplus 2018/1*, p. 3-12.

Tollenaar, JBplus 2006/3

A. Tollenaar, 'Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechterlijke toetsing aan beleid en beleidsregels', *JBplus 2006/3*, p. 175-187.

Valenteijn & Bröring 2001

J.E. Valenteijn & H.E. Bröring, *Beleidsregels*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001.

Van den Berge 2020

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van der Hoeven 1989

J. van der Hoeven, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels, C. Lambers e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Van Kreveld 1983

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

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Van Zundert 2015, Gst. 2015/119

J.W. van Zundert, ‘Voorzitter, is dit beleid, of is er over nagedacht?’, *Gst.* 2015/119, afl. 7429, p. 648.

Verheij NTB 2018/24

N.J.A.P.B. Verheij, ‘Is het bestuursrecht te vertrouwen?’, *NTB* 2018/24, afl. 4, p. 154-157.

Verhoeven 2011

M.J.M. Verhoeven, *The Constanzo Obligations: the obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*, Cambridge: Intersentia 2011.

Voermans, Schutgens & Meuwese 2017

W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017.

Woltjer, AA 2008/1

A. Woltjer, ‘Niets is zeker, en zelfs dat niet’, *AA* 2008/1, p. 30- 34.

Parlementaire stukken

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

Kamerstukken II 2017/18, 34 775-VI, nr. 88.

Kamerstukken I 2017/18, 34 775, nr. R.

Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1996/97, 25 383, nr. 1.

Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 16.

Overige literatuur

Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019

S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, ‘Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk’, Den Haag 2019.

WRR 2017

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

Jurisprudentie

Engelse jurisprudentie

R. (Sandiford) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2014] UKSC 44; [2014] 1 WLR 2697.

R. (Nicholds) v Security Industry Authority [2006] EWHC 1792 (Admin) [2007] 1 WLR 2067.

R v. North West Lancashire Health Authority ex p. A [2000] 1 WLR 977.

R. v. Warwickshire County Council ex p. Collymore [1995] ELR 217.

British Oxygen Co. Ltd v Board of Trade [1971] AC 610.

R v. Port of London Authority ex p. Kynoch Ltd [1919] 1 KB 176.

R. v. London county ex p. Corrie [1918] 1 KB 68.

Nederlandse jurisprudentie

ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, *JM* 2020/61, m.nt. E.J.H. Plambeck.

ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *AB* 2020/86 m.nt. A. Drahmman, D.K. Jongkind.

ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, *AB* 2020/85 m.nt. A. Drahmman, D.K. Jongkind.

CRvB 9 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3206, *AB* 2019/557 m.nt. A. Tollenaar.

CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *O&A* 2019/46 m.nt. L.A. van Heusden.

ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:769.

ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4243, *AB* 2020/101 m.nt. T.N. Sanders.

ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2458, *AB* 2019/408 m.nt. A. Tollenaar.

ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, *JV* 2018/210 m.nt. M. Wiersma.

ABRvS, 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:890, *JB* 2018/75 m.nt. J.H. Keinemans.

ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, *JGROND* 2018/21 m.nt. F.M.A. van der Loo.

ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, *Gst.* 2018/39 m.nt. A. Schreijenberg.

ABRvS 10 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:634, *AB* 2017/330 m.nt. J.G. Brouwer en L.M. Bruijn.

ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3448.

ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3457, *JB* 2017/38 m.nt. L.J.M. Timmermans.

ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, *AB* 2017/101 m.nt. H.E. Bröring.

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

ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:951, *Module Horeca* 2016/2746.

ABRvS 5 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:753, *JV* 2015/99 m.nt. M. Vegter.

ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5428, *JOM* 2012/166.

HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, *AB* 1990/306 m.nt. F.H. van der Burg (Leidraad administratieve boeten).

Rb. Amsterdam 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4914.

Rb. Den Haag 15 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10903.

Rb. Den Haag 24 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11074.

Rb. Midden-Nederland 27 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4242.

Rb. Oost-Brabant 30 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2917.

Rb. Rotterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4167.