



Universiteit Utrecht

Gebonden bevoegdheden in het ‘nieuwe’ bestuursrecht

Een onderzoek naar de mogelijkheden van de bestuursrechter om gebonden bevoegdheden op evenredigheid te (gaan) toetsen en de wenselijkheid daarvan.

Masterscriptie Staats- en bestuursrecht

Auteur: Y.M.C. (Youri) Pluis

Begeleider: prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Tweede lezer: prof. mr. P.M. Langbroek

Omvang: 72 pagina's & 26327 woorden (zonder bronnen)

Datum: 29 juni 2021

Lijst van afkortingen	3
1. Inleiding.....	4
1.1 Aanleiding.....	4
1.2 Onderzoeksvragen en toelichting	6
1.3 Nadere afbakening.....	7
1.4 Onderzoeksmethode.....	7
2. Gebonden bevoegdheden in het Nederlandse bestuursrecht	9
2.1 Bevoegdheden, beoordelings- en beslissingsruimte	9
2.2 Gebonden bevoegdheden: verschillende categorieën	13
2.2.1 Bevoegdheden met beslissingsruimte	14
2.2.2 Semi-gebonden bevoegdheden.....	14
2.2.3 Bevoegdheden met louter beoordelingsruimte	16
2.3 Wijze van binding	18
2.3.1 Beleid	18
2.3.2 Jurisprudentie	19
2.4 Conclusie	22
3. Toetsingsmogelijkheden naar de huidige stand van het recht.....	23
3.1 Nationaal (geschreven) recht	23
3.1.1 Artikel 3:4, tweede lid, Awb	23
3.1.2 Codificatie evenredigheidsbeginsel in bijzondere wet.....	31
3.1.3 Overige evenredigheidsbepalingen in de Awb.....	31
3.2 Ongeschreven recht	32
3.2.1 Toetsing aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel	32
3.2.2 De contra legem werking van het evenredigheidsbeginsel	36
3.3 Internationaal recht (EVRM).....	41
3.3.1 Inleidend.....	41
3.3.2 De beperking(sclausule) als evenredigheidstoets.....	42
3.3.3 Probleem met de reikwijdte.....	44
3.4 Conclusie	49
4. Noodzaak van een evenredigheidstoets bij gebonden bevoegdheden	51
4.1 Een responsieve rechtstaat	51
4.2 Een realistisch burgerperspectief.....	53

4.3 'Tegenmacht' in het nieuwe Den Haag	54
4.4 Conclusie	56
5. Nieuwe toetsingsmogelijkheden voor de bestuursrechter	57
5.1 Geschreven (nationaal) recht	57
5.2 Ongeschreven recht	64
5.3 Internationaal recht	66
5.4 Conclusie	69
6. Conclusie	71
7. Bronnenoverzicht	73
7.1 Literatuur	73
7.1.1 Tijdschriften en boeken	73
7.1.2 Officiële publicaties	82
7.2 Parlementaire stukken	83
7.3 Rechtspraak	84

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awir	Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EP	Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gemw	Gemeentewet
Gst.	De Gemeentestem
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
JBplus	Jurisprudentie bestuursrecht plus
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
Pw	Participatiewet
RMThemis	Rechtsmagazijn Themis
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wko	Wet kinderopvang
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wsf 2000	Wet studiefinanciering 2000

1. INLEIDING

1.1 AANLEIDING

Sinds halverwege 2016 kan ik mij ‘jurist’ noemen: een academicus die praat in een eigen, archaisch taaltje en die zich bezighoudt met een ondoorgrondelijke *black box* aan uitspraken, regeltjes en gewoonten. Wij juristen hebben het imago van notabele pennenlikkers, maar staan de afgelopen jaren toch in de brandende schijnwerpers van het publieke debat. Kwesties zoals de Klimaatzaak van Urgenda, de stikstofuitspraken van de Afdeling en recentelijk de uitspraken over artikel 6:13 Awb, zijn voorpaginanieuws en doen veel stof opwaaien.¹ De maatschappelijke ophef en discussie over deze zaken valt echter in het niet bij de Kinderopvangtoeslagaffaire die de afgelopen twee jaren het politieke, juridische en maatschappelijke debat overheerst en bepaalt. Tienduizenden ouders zijn het slachtoffer geworden van strenge regelgeving en de harde fraudeaanpak van de Belastingdienst.² Het ongekende onrecht dat hen is aangedaan, heeft het wetenschappelijk discours over maatwerk en burgerperspectief aangezwengeld en op politiek vlak geleid tot de val van het kabinet Rutte III en de roep om een nieuwe ‘bestuurscultuur’.³ Affaires waarin burgers of kleine ondernemers het slachtoffer zijn van strenge regeltoepassing lijken zich op te stapelen. Begin dit jaar speelde bijvoorbeeld de ‘boodschappenaffaire’ en gaandeweg 2021 bleek er ook nog van alles mis met de Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW).⁴

Een menselijk instinct bij dit soort misstanden die je ‘rechtsgevoel’ doen kriebelen, is het zoeken naar een schuldige. Wie is verantwoordelijk voor de misstanden? Het stellen van die vraag maakt niet alleen boetedoening en bestraffing mogelijk, maar leert ons ook of en waar iets veranderd moet worden.⁵ Bijna twee jaar na de uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, waarin Belastingdienst/Toeslagen meer ruimte werd geboden om maatwerk te leveren in plaats van een ‘alles-of-niets’-lijn te voeren op grond van artikel 26 Awir,⁶ is die schuldvraag beantwoord in de rapporten van de Commissie Donner en de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag.⁷ De conclusie van die rapporten is dat zowel de wetgevende, de uitvoerende als de rechtsprekende macht schuld hebben aan het creëren of op zijn minst in standhouden van een systeem dat bepaalde groepen

¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*); ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604; ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786 en ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

² *Omzien in verwondering 2020 & Ongekend onrecht 2020*.

³ Op wetenschappelijk vlak wijs ik onder meer op de VAR-studiemiddagen van 14 en 21 april 2021, de VAR-preadviezen over maatwerk van 2020 en de talloze themanummers van juridische tijdschriften, waaronder enkele uitgaven van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (*NTB* 2021/03, 2021/04)

⁴ Bijv. N. Wouters, ‘Veel bezwaren afgewezen, sommige ondernemers moeten alle loonsteun terugbetalen’, *NOS* 23 maart 2021 of ‘Vrouw met bijstand krijgt boodschappen, 7000 euro teruggevorderd’, *NOS* 28 december 2020; Overigens wil ik de vraag of de ophef over deze nieuwe ‘affaires’ – soms aangeduid als ‘nieuwe kinderopvangtoeslagaffaires’ – terecht is, verder in het midden laten.

⁵ Er zijn overigens bestuurskundigen die weer stellen dat deze twee juist haaks op elkaar staan en dat een ‘inquisitiedemocratie’ er juist toe leidt dat het leren van fouten uitblijft, zie bijvoorbeeld A. Visser, ‘Er is te veel, niet te weinig informatie’, *Elsevier Weekblad* 9 januari 2021, p. 13.

⁶ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

⁷ Zie de eindrapporten van deze commissies, zoals naar verwezen in voetnoot 2.

burgers onevenredig hard raakt. Als jurist doet de rol van de rechtspraak – met name de Afdeling – pijn.⁸

De Afdeling deelt die pijn met ons. Zoals Van Ettekoven beschrijft in het NJB, is de Afdeling te lang blijven hangen in de strenge uitleg van de wet en had zij die eerder kunnen corrigeren.⁹ Zij moet daarom reflecteren op haar rol en die zo nodig herbezinnen. De Afdeling start daarom met een ‘Programma van reflectie’ om te leren van het verleden en aanbevelingen te doen voor de toekomst. Het gaat daarbij zowel om het optreden in de kinderopvangtoeslagaffaire als in andere zaken.¹⁰ Toch maakt Van Ettekoven een slag om de arm: de harde kritiek van onder meer de parlementaire ondervragingscommissie gaat voorbij aan de vraag hoe recht moet worden gedaan aan het dilemma van gebondenheid van de rechter aan harde, dwingendrechtelijke formele wetgeving enerzijds en de wens van de rechter om in een concreet geval tot een redelijke uitkomst te komen.¹¹ In het geval van lagere regelgeving zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen of wetgeving op gemeentelijk niveau is het mogelijk om te corrigeren door toepassing van rechtsbeginselen, waaronder met name het evenredigheidsbeginsel, maar op het niveau van de wetten in formele zin ontbreekt het volgens Van Ettekoven aan mogelijkheden om tegen de wil van de wetgever in te gaan. Als de wet het niet zelf mogelijk maakt om maatwerk te bieden, bijvoorbeeld door het opnemen van een hardheidsclausule, en er geen internationaal recht is om aan te toetsen, staat de rechter volgens hem met lege handen.¹² Ook de rechtsbeginselen kunnen namelijk geen soelaas bieden.¹³ Op dat dilemma wordt volgens hem nog onvoldoende gereflecteerd. Het jaarverslag van de Raad van State van 2020 echoot die oproep.¹⁴

In het kader van die reflectie op de toekomstige rol van de Afdeling, is in ieder geval een eerste stap gezet door een conclusie te vragen aan de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel over de indringendheid van de rechterlijke toetsing en de betekenis daarbij van het evenredigheidsbeginsel.¹⁵ Alhoewel de ‘opdracht’ aan Widdershoven en Wattel breder is dan alleen de problematiek die Van Ettekoven in het NJB signaleert, ziet een onderdeel van de conclusie op de toetsing op evenredigheid van “*wettelijk of beleidsmatig (...) gefixeerd[e]*” bevoegdheden, ook wel aangeduid als gebonden bevoegdheden. In deze scriptie grijp ik de roep om reflectie en deze vraag om een conclusie aan om in te gaan op gebonden bevoegdheden, de wijze waarop de bestuursrechter deze toetst op evenredigheid en de wijze waarop de bestuursrechter deze zou moeten toetsen. Zoals Van Ettekoven vaststelt, is voor die

⁸ Al zijn er ook auteurs die betogen dat met name de wetgever blaam treft door haar primaat: Sanders, *NTB* 2021/70. Zie genuanceerder: Van den Brink & Ortlep, *NJB* 2021/353.

⁹ Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 101.

¹⁰ Zie ‘Programma van reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak’, raadvanstate.nl, 25 januari 2021 en *Jaarverslag 2020 2021*, p. 63; Een voorbeeld van een ‘lijk in de kast’ is wat mij betreft de aanpak van de ‘1F’ers’ in de rechtspraak van de Afdeling, zie Wallage e.a., *NJB* 2017/1703.

¹¹ Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 99; *Jaarverslag 2020 2021*, p. 30-31.

¹² Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 99-100 & 103-104.

¹³ Van Ettekoven noemt hier de extensieve uitleg van artikel 120 Grondwet, gegeven in HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

¹⁴ *Jaarverslag 2020 2021*, p. 30-31 & 63.

¹⁵ ‘Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid’, raadvanstate.nl, 3 februari 2021.

problematiek weinig oog geweest bij de ‘afrekening’ na de kinderopvangtoeslagaffaire en de mogelijke ‘oplossingen’ om een nieuwe kinderopvangtoeslagaffaire te voorkomen. Deze scriptie moet een aanzet vormen voor een discussie op dit punt.

1.2 ONDERZOEKSVRAGEN EN TOELICHTING

In het licht van deze aanleiding, staat de volgende onderzoeksvraag centraal in deze scriptie:

In hoeverre kan de bestuursrechter de uitoefening van gebonden bevoegdheden toetsen op evenredigheid en, voor zover dat niet het geval is, dient hij gezien de algemene tendensen in het bestuursrecht een dergelijke toetsing te introduceren en, zo ja, hoe?

Ter beantwoording van deze onderzoeksvraag, zal ik vier deelvragen uitwerken:

- ***Wat zijn ‘gebonden bevoegdheden’, hoe verhouden zij zich tot noties van beleids- en beoordelingsvrijheid en welke voorbeelden kent het Nederlands bestuursrecht van dergelijke bevoegdheden?***

Met het antwoord op deze eerste vraag wil ik een beeld schetsen van de ‘gebonden bevoegdheid’: wat kwalificeert als een gebonden bevoegdheid en wat zijn enkele voorbeelden van een dergelijke bevoegdheid? Deze deelvraag stelt mij in staat om het onderzoek af te bakenen en is relevant voor de in de volgende deelvraag te bespreken toetsingsmogelijkheden. Deze vraag staat centraal in hoofdstuk 2.

- ***Welke toetsingsmogelijkheden op evenredigheid heeft de bestuursrechter en in hoeverre maken deze het mogelijk om gebonden bevoegdheden op evenredigheid te toetsen?***

Met deze vraag krijg ik een beeld van de stand van het huidig recht en de toetsing op evenredigheid van de in hoofdstuk 2 benoemde bevoegdheden. De indeling volgt de gewoonlijke toetsstenen van de rechter: nationaal recht, internationaal recht en ongeschreven recht. Naast het benoemen en analyseren van de toetsingsmogelijkheden, waarbij ik als voorbeeld artikel 3:4, tweede lid, Awb noem, ga ik kijken in hoeverre zij het mogelijk maken om gebonden bevoegdheden te toetsen. Deze vraag staat centraal in hoofdstuk 3.

- ***Welke algemene tendensen in het bestuursrecht wijzen op een noodzaak om gebonden bevoegdheden op evenredigheid te toetsen?***

Gezien het stuk van Van Ettekoven, heb ik een *hunch* dat uit het antwoord op mijn tweede deelvraag zal blijken dat toetsing op evenredigheid niet of slechts beperkt mogelijk is bij gebonden bevoegdheden. Met deze derde deelvraag wordt, indien mijn voorgevoel waar blijkt te zijn, ingegaan op de vraag of het noodzakelijk is om gebonden bevoegdheden wél of intensiever te toetsen op evenredigheid. Met algemene tendensen doel ik bijvoorbeeld

op de toenemende roep om het leveren van maatwerk en de beweging van de ‘responsieve rechtsstaat’. Deze vraag staat centraal in hoofdstuk 4.

- ***Op welke manier zou de bestuursrechter toetsingsmogelijkheden kunnen introduceren of aanpassen om een evenredigheidstoetsing van gebonden bevoegdheden mogelijk te maken?***

Voor zover inderdaad sprake is van een noodzaak om gebonden bevoegdheden te gaan toetsen op evenredigheid, geef ik een voorzet voor enkele manieren waarop de toetsingsmogelijkheden alsnog geïntroduceerd kunnen worden. Daarbij zal ik dezelfde indeling als in hoofdstuk 3 aanhouden van nationaal recht, internationaal recht en ongeschreven recht. Deze vraag staat centraal in hoofdstuk 5. Op deze laatste deelvraag volgt in hoofdstuk 6 een conclusie.

1.3 NADERE AFBAKENING

Omwillen van de omvang van deze scriptie is ervoor gekozen om het onderzoek te beperken tot de toetsstenen voor een evenredigheidstoetsing van niet-bestrafende beschikkingsbevoegdheden. Dit betekent dat ik niet in zal gaan op vragen die zien op de intensiteit van de rechterlijke toetsing op evenredigheid of de vormgeving van de toetsing zelf, tenzij zij op enigerlei wijze verband houden met de toetsstenen op evenredigheid. Voor een uitgebreidere bespreking van deze onderwerpen, verwijs ik onder meer naar enkele bijdragen van Van den Berge, Hirsch Ballin en Huisman en Jak.¹⁶ Voor mijn visie daarop, verwijs ik korthedshalve naar mijn bachelor afstudeerwerk over de marginale toetsingsleer en de vraag hoe een alternatieve toetsing op evenredigheid ex artikel 3:4, tweede lid, Awb kan worden vormgegeven.¹⁷ In het kort bepleitte ik een intensievere toetsing naar het Europees-Duits model, opgesplitst in de *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* en de *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*.¹⁸

1.4 ONDERZOEKSMETHODE

Het onderzoek in deze scriptie betreft klassiek juridisch onderzoek, ook wel aangeduid als juridisch-dogmatisch onderzoek, bestaande uit onderzoek naar wetsgeschiedenis, officiële publicaties, literatuur en jurisprudentie:

- Voor wat betreft **wetsgeschiedenis** is zoveel mogelijk gebruikgemaakt van de direct opgenomen bron op officiële bekendmakingen.nl. Ter vergemakkelijking van dit proces is op plaatsen gebruikgemaakt van Lexplicatie (Wolters Kluwer) en PG Awb Digitaal (Pels Rijcken). Wetsgeschiedenis is echter niet opgenomen of besproken voor zover de inhoud daarvan niet terug te vinden is op officiële bekendmakingen.nl. In het bronnenoverzicht is

¹⁶ Van den Berge 2016; Van den Berge 2020; Hirsch Ballin 2015; Huisman & Jak, *NTB* 2019/20.

¹⁷ Y.M.C. Pluis, *Evenredigheid en de sociale context: vasthouden aan algemene regels of het leveren van ‘maatwerk’* (bachelor afstudeerwerk Utrecht), 2020.

¹⁸ Eerder betoogd door De Moor-van Vugt en Gerards: De Moor-van Vugt 1995; Gerards 2007, p. 73 – 113.

een lijst opgenomen van alle parlementaire documenten die zijn gebruikt bij de totstandkoming van deze scriptie;

- Voor wat betreft *officiële publicaties* is gezocht op relevante publicaties van onder meer de Rijksoverheid, de WRR en andere instanties. Deze officiële publicaties zijn met name gevonden door verwijzingen in parlementaire stukken en juridische vakliteratuur. In het bronnenoverzicht is een lijst opgenomen van alle officiële publicaties die zijn gebruikt bij de totstandkoming van deze scriptie;
- Voor wat betreft de *literatuur* is met name gebruikgemaakt van het zoekstelsel van Legal Intelligence. Daarbij heb ik zowel op eigen zoektermen gezocht als gebruikgemaakt van de verwijzingen in reeds door mij gevonden en gebruikte literatuur (de zogenaamde ‘sneeuwbalmethode’). Daarnaast is gebruikgemaakt van enkele handboeken en overige werken uit mijn bescheiden ‘privébibliotheek’. Voor zover literatuur niet via de Universiteit Utrecht te krijgen was, heb ik gebruikgemaakt van de bibliotheek en toegang van het advocatenkantoor waar ik tijdens het schrijven van deze scriptie werkzaam was. Denk daarbij aan een abonnement op de JBplus en toegang tot het handboek van Konijnenbelt en Van Male. Een overzicht van de gebruikte literatuur is opgenomen in het bronnenoverzicht.
- Ten slotte de *jurisprudentie*. Voor het jurisprudentieonderzoek is gebruikgemaakt van het zoekstelsel van rechtspraak.nl, het zoekstelsel van Legal Intelligence, kronieken uit vaktijdschriften, annotaties en verwijzingen in de literatuur. Een overzicht van alle jurisprudentie is opgenomen in het bronnenoverzicht.

2. GEBONDEN BEVOEGDHEDEN IN HET NEDERLANDSE BESTUURSRECHT

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op bestuursrechtelijke bevoegdheden, specifiek de bevoegdheid om besluiten te nemen. Daarbij wordt ingegaan op noties van beslissing-, beleids- en beoordelingsruimte bij het nemen van besluiten en de vraag wanneer in het licht daarvan sprake is van een gebonden bevoegdheid. Vervolgens wordt ingegaan op de manieren waarop een beslissing ‘gebonden’ kan worden, te weten middels de wet (‘bij wet gefixeerd’), middels beleid (‘bij beleid gefixeerd’) en middels de jurisprudentie. Ten slotte volgt een conclusie met een overzicht van mijn belangrijkste bevindingen.

2.1 BEVOEGDHEDEN, BEOORDELINGS- EN BESLISSINGSRUIMTE

Schlössels en Zijlstra beschrijven het bestuursrecht als “*voor het overgrote deel bevoegdhedenrecht*”: het bestuursrecht bestudeert volgens hen voor een groot deel de uitoefening van bestuursbevoegdheden door het openbaar bestuur.¹⁹ Bij bestuursbevoegdheden gaat het in de ruimste zin om “*het gehele juridische vermogen van het openbaar bestuur om op grond van en overeenkomstig het recht in het algemeen belang rechtshandelingen of feitelijke handelingen te verrichten.*”²⁰ Bestuursbevoegdheden bestaan er in allerlei soorten en maten, zoals wet- en regelgevende bevoegdheden, bevoegdheden om beschikkingen te nemen (besluiten in een individueel geval) en de aan ieder privaatrechtelijk subject toekomende privaatrechtelijke bevoegdheden.²¹ Het gaat daarbij overigens niet om een in bijvoorbeeld de Awb of Grondwet gedefinieerd begrip. De rechtspraktijk en de academie houden zich met name bezig met de bevoegdheid om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb te nemen, mede omdat de materiële rechtsmacht van de bestuursrechter grotendeels tot besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb is beperkt.²² Ook in dit onderzoek wordt enkel ingegaan op de bevoegdheid om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb te nemen. Waar hierna van bevoegdheid wordt gesproken, wordt dus niet bedoeld op het opstellen van algemeen verbindende voorschriften of het opstellen van plannen, maar enkel op beschikkingsbevoegdheden.

De bevoegdheid om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb te nemen is de meest specifieke en individuele vorm van de eenzijdige, publiekrechtelijke machtsuitoefening door het openbaar bestuur, handelend in de vorm van een ‘bestuursorgaan’ in de zin van artikel 1:1 Awb.²³ Deze bevoegdheden kunnen door het attribuerende orgaan – in de meeste gevallen de wetgever – op verschillende manieren worden vormgegeven. Bevoegdheden kunnen zéér ruim omschreven zijn en de bevoegdheidsuitoefening in het geheel openlaten of juist in het geheel voorschrijven wanneer gebruik moet worden gemaakt van de bevoegdheid.²⁴ Weinig bevoegdheden zullen

¹⁹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 95-96; Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 1-2.

²⁰ Schlössels & Zijlstra 2017 p. 96. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 115-116.

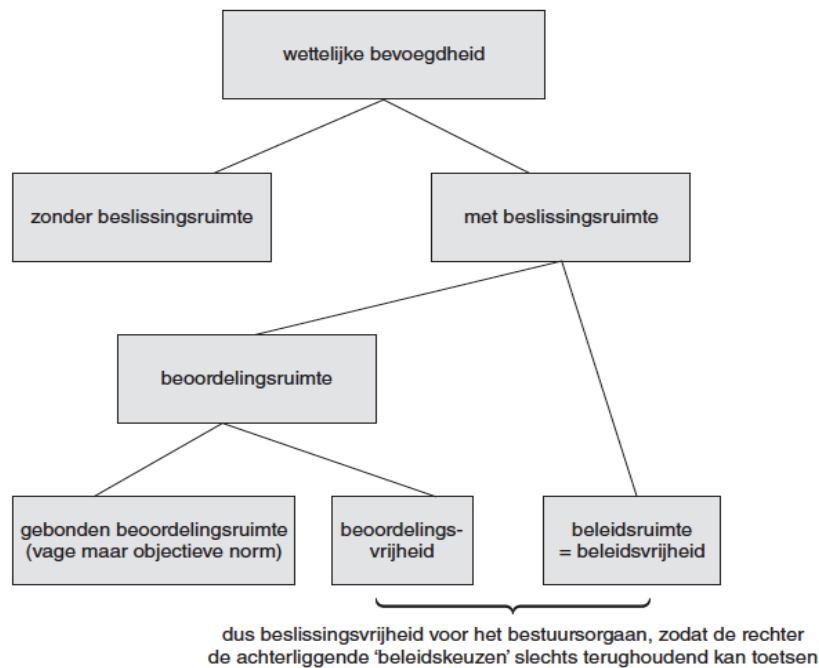
²¹ Denk aan het verschil tussen artikel 81 Grondwet (wetgevende bevoegdheid), artikel 147 Gemeentewet (regelgevende bevoegdheid) en artikel 5.15 Wabo (beschikkingsbevoegdheid).

²² ‘Grotendeels’, omdat bijvoorbeeld ook geprocedeerd kan worden over handelingen die gelijkgesteld kunnen worden met een besluit (zie o.a. artikel 8:2 Awb) of over verzoekschriften en in de zin van artikel 8:88 Awb. Deze verzoekschriften zien voornamelijk op besluiten, maar kunnen ook zien op feitelijke handelingen in de vorm van gegevensverwerking, zie o.a. ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898.

²³ Zie voor een uitgebreide bespreking van wat moet worden verstaan onder een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb: Schreuder-Vlasblom 2017, p. 142-212.

²⁴ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 146; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 118.

zich op de uitersten van deze schaal begeven en dus geheel open/vrij of geheel gebonden/dwingend zijn: de meesten bevoegdheden bevinden zich ergens verspreid tussen deze twee uitersten.²⁵ Voor een goed begrip van deze ‘schaal’ is het van belang om af te bakenen wanneer we spreken van een geheel vrije of van een geheel gebonden bevoegdheid en hoe daartussen wordt ‘bewogen’. Daarvoor belang om in te gaan op wat moet worden verstaan onder ‘beslissingsruimte’, doorgaans onderverdeeld in beoordelingsruimte en beleidsvrijheid.²⁶ Voor de overzichtelijkheid maak ik gebruik van het hieronder opgenomen Figuur 1, ontleend aan het handboek van Konijnenbelt en Van Male.²⁷



FIGUUR 1 - KONIJNENBELT EN VAN MALE'S SCHEMA²⁸

Beslissingsruimte

Wettelijke bevoegdheden kunnen wel of geen beslissingsruimte bieden, waarbij de indeling afhankelijk is van de aanwezigheid van beoordelings- en beleidsruimte. Voor zover in het geheel geen sprake is van beoordelings- of beleidsruimte, is sprake van een wettelijke bevoegdheid zonder beslissingsruimte. Deze bevoegdheden duid ik aan als ‘geheel gebonden bevoegdheden’, nu de uitoefening van de bevoegdheid direct volgt uit de wet en het bevoegde

²⁵ Bakker 2018, p. 27; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 146; Ook Wim Duk als auctor actualis van dit begrippenkader, ging hier in de jaren '70 en '80 al vanuit: Duk, *RMThemis* 1988, p. 161.

²⁶ Voorheen werden zij aangeduid als -vrijheid in plaats van -ruimte, maar de Afdeling is van deze termen afgestapt, omdat zij verwarren. Geen gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden is immers vrij: *Jaarverslag 2017 2018*, p. 61.

²⁷ Huisman en Jak hebben in het NTB een variant op dit schema opgetuigd waarin meer recht wordt gedaan aan de ‘nieuwe’ terminologie van de Afdeling uit 2017. Die terminologie wordt echter (nog) niet in het gehele bestuursrecht gehanteerd, waardoor zowel Huisman en Jak als ik kiezen voor het dogmatische schema van Konijnenbelt & Van Male en Schlössels & Zijlstra: Huisman & Jak, *NTB* 2019/20, p. 213-215.

²⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 154; Dit schema komt grotendeels overeen met het schema van Schlössels en Zijlstra, waardoor ik ook gebruik zal maken van verwijzingen naar hun handboek. Zie Schlössels & Zijlstra 2017, p. 121.

orgaan geen keuzes of beoordelingen moet of überhaupt mag maken.²⁹ Deze bevoegdheden zijn met een reden zeer zeldzaam: enige ruimte voor het bestuur om een vertaalslag te maken van de algemene regel naar de sociale werkelijkheid is nodig. De wetgever kan bij het opstellen van de regel immers nooit alle modaliteiten en details voorzien en regelen.³⁰ De noodzakelijkheid van algemeenheid van wetgeving en de discussie daarover is al even oud als het recht, maar heeft bij de ontwikkeling van het bestuursrecht met name plaatsgemaakt voor een discussie over de ‘vrijheid’ bij het maken van die vertaalslag en de vraag hoe de rechter deze dient te toetsen.³¹ Konijnenbelt en Van Male noemen in ieder geval twee geheel gebonden bevoegdheden: allereerst artikel 46, tweede lid, Gemw dat bepaalt dat de gemeenteraad een wethouder ontslag verleent indien hij een incompatibele functie bekleedt en het nalaat om onverwijld uit die functie te worden ontheven en ten tweede het besluit tot geldigverklaring van een kandidatenlijst op grond van de Kieswet.³²

De tegenpool van de geheel gebonden bevoegdheden betreffen de eerder door mij genoemde ‘geheel vrije bevoegdheden’, zij het dat geheel vrije beschikkingsbevoegdheden eigenlijk niet voorkomen. Hirsch Ballin wijst nog wel op een enkel voorbeeld waarin de terminologie nog een geheel vrije bevoegdheid impliceert, maar waarbij ook dat het geval niet meer is: het verlenen van koninklijke onderscheidingen, waarbij het de koning “heeft behaagd” om hem toe te kennen.³³ Van Konijnenbelt en Van Male wijzen op hun beurt op een hypothetisch gemeentelijke vergunningen- of subsidiestelsel waar het college van B&W geheel vrij wordt gelaten, maar merken daarbij op dat het haast ondenkbaar is dat de gemeenteraad geen enkele richting geeft en dat het college daarnaast gebonden zou zijn aan de beleidslijn die langzamerhand ontstaat na het nemen van enkele beschikkingen.³⁴

Beoordelingsruimte

Zojuist noemde ik al kort de beoordelings- en beleidsruimte, die nodig zijn om te kunnen spreken van beslissingsruimte. Deze ruimtes spelen beide in een andere ‘fase’ bij de besluitvorming: de beoordelingsfase (beoordelingsruimte) en de besluitfase (beleidsruimte).³⁵ Allereerst wat betreft de beoordelingsruimte. Van beoordelingsruimte is sprake indien het bestuursorgaan ruimte heeft in het bepalen of is voldaan aan de normcondities (bevoegdheidscondities) voor toepassing van een bevoegdheid. Die ‘ruimte’ zit hem in de

²⁹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 119; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 146.

³⁰ Idem; Konijnenbelt en Van Male geven nog enkele andere redenen voor wat zij aanduiden als ‘gelede normstelling’: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 144-146.

³¹ Zo bespreekt Bakker in haar dissertatie de *Ethica Nicomachea* van Aristoteles, geschreven omstreeks 340 voor Christus: Bakker 2018, p. 2 & 33-37.

³² Voor deze eerste bevoegdheid geldt dat ook beoordelingsruimte afwezig is, nu het begrip ‘onverwijld’ uit het eerste lid reeds is ingevuld door een redelijke termijn te laten tot het opheffen van de incompatibiliteit. Bij het verlopen van die termijn resteert dus geen enkele keuze of beoordeling meer: *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 93; Bij de tweede groep besluiten gaat het bijvoorbeeld om het besluit tot geldigverklaring van de kandidatenlijsten voor de Tweede Kamer op grond van artikel I 4 Kieswet. In artikel I 5 Kieswet is limitatief opgesomd in welke gevallen een lijst ongeldig is, waarbij alle gronden tot ongeldigverklaring zó precies zijn dat daar geen enkele vrijheid of keuzes in gemaakt hoeven te worden. Een partij heeft bijvoorbeeld wel of niet het juiste model gebruikt: daar is geen verdere beoordeling of (beleidsmatige) keuze voor nodig.

³³ Hirsch Ballin 2015, p. 20-21.

³⁴ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 147 & 193-194.

³⁵ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 120-121.

mogelijkheid voor het bestuursorgaan om de normconditie – meestal in de vorm van een ‘vaag’ begrip – uit te leggen of te interpreteren.³⁶ Schlössels en Zijlstra maken een onderscheid tussen ‘objectieve vage begrippen’ en ‘subjectief vage begrippen’, waarbij die eerste groep ziet op vaagheden die inherent zijn aan het gebruik van taal,³⁷ terwijl die tweede groep ziet op een bepaald ‘waarderend oordeel’ van het bestuursorgaan op basis van haar deskundigheid of beleidsmatige (bijvoorbeeld politieke) inschattingen.³⁸ De mate van beoordelingsruimte die het bestuursorgaan toekomt, is afhankelijk van de ‘ruimte’ die de wetgever haar heeft overgelaten in het interpreteren van de normcondities: hoe meer de wetgever heeft uitgewerkt hoe een begrip moet worden geïnterpreteerd, hoe minder ruimte het bestuursorgaan heeft en vice versa. In de situatie dat de wetgever bedoeld heeft om het bestuursorgaan een exclusieve beoordeling van de feiten te laten maken, wordt ook wel gesproken van beoordelingsvrijheid.³⁹ Een tweetal voorbeelden maakt bovenstaand onderscheid in objectief en subjectief vage begrippen duidelijk.

Een goed voorbeeld van een objectief vaag begrip is het begrip ‘bouwwerk’ uit artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, Wabo. In het normale maatschappelijke verkeer zal over het begrip bouwwerk weinig discussie bestaan: zo zouden een zeecontainer en een opblaasbaar speelgoedzwembadje geen bouwwerk zijn, maar is een schuur dat overduidelijk wel. In de juridische context ligt het echter nog niet zo makkelijk. De zojuist genoemde verbodsbepaling om zonder een vergunning een bouwwerk te bouwen, heeft als doel om het langdurig neerzetten van bepaalde creaties niet zonder toezicht te laten verlopen. In het licht daarvan is in de rechtspraak over een van de voorlopers van de Wabo een definitie opgesteld voor bouwwerken, luidend: “*een constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct hetzij indirect met de grond verbonden is, bedoeld om ter plaatse te functioneren.*”⁴⁰ Zeecontainers of kinderbadjes die plaatsgebonden zijn, kunnen dan opeens toch als een bouwwerk worden aangemerkt.⁴¹

Subjectief vage begrippen vragen om een meer normatieve (‘subjectieve’) beoordeling door het bestuursorgaan. Anders dan bij een objectief vaag begrip, loop je niet zozeer tegen de ‘open textuur’ van het recht en de inherente vaagheid van taal aan, maar wordt de vaagheid juist met een doel geïntroduceerd.⁴² Een voorbeeld van een dergelijk begrip is te vinden in de toetsing van de AFM en DNB van beleidsbepalers op grond van de Wft. Deze personen worden onder meer getoetst op de vraag of hun ‘betrouwbaarheid’ naar het oordeel van de AFM of DNB

³⁶ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 122-124; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 147-150.

³⁷ Men spreekt ook wel van semantische onduidelijkheid. Zie voor een bespreking over vage normen in het bestuursrecht Klap 1994; Zie voor een bespreking in het kader van het lex certa-beginsel: Altena 2016.

³⁸ Dit onderscheid heeft gevolgen voor de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 148.

³⁹ Het kan echter bijzonder problematisch zijn om überhaupt vast te stellen of sprake is van beoordelingsvrijheid, zie beknopt: Schlössels, *NTB* 2006/50, p. 354.

⁴⁰ Zie Boeve e.a. 2016, p. 286; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 92.

⁴¹ Zie onder andere ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1761 (*Kinderbadje*) en ABRvS 23 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7104 (*Zeecontainers*).

⁴² Over de relatie taal en recht is veel geschreven. Van de hand van Hart kent iedere rechtenstudent het dilemma van de *Vehicles in the Park*, zie Hart, *Harvard Law Review* (71) 1958, afl. 4, p. 607; Zie voor een beknopte weergave van andere auteurs, zoals Baldinger: Altena 2016, p. 130-136.

buiten twijfel staat.⁴³ Het is aan de financiële toezichthouder om met inachtneming van onder meer strafrechtelijke en bestuursrechtelijke antecedenten af te wegen of de betrouwbaarheid van een beleidsbepaler buiten twijfel staat of niet.⁴⁴ Voor een beperkt aantal ernstig strafrechtelijke antecedenten is overigens bepaald dat de toezichthouders verplicht een negatief betrouwbaarheidsoordeel moeten afgeven.⁴⁵

Beleidsruimte

Vervolgens de beleidsruimte, die speelt in de fase ná de uitleg van de wet, de feitenvaststelling en de kwalificatie van de feiten.⁴⁶ In deze besluitfase gaat het om de vraag *of* en *hoe* gebruik moet worden van de bevoegdheid die kan worden ingezet, nu is voldaan aan de normcondities zoals vastgesteld in de beoordelingsfase.⁴⁷ Indien het bestuursorgaan niet verplicht is om de bevoegdheid uit te oefenen als is voldaan aan de normcondities, wordt besproken van beleidsruimte. Bij de vraag of gebruik moet worden gemaakt van de bevoegdheid, zal het bestuursorgaan de betrokken belangen moeten afwegen (artikel 3:4, eerste lid, Awb).⁴⁸ Bevoegdheden met beleidsruimte zijn in veel gevallen te herkennen aan het feit dat zij een ‘kan-bepaling’ zijn, denk aan de bevoegdheid van de burgemeester tot woningsluiting wegens verstoring van de openbare orde op grond van artikel 174a Gemw of de meer technische bevoegdheid van de ACM om een ontheffing te verlenen van de tariefstructuren en de voorwaarden op grond van artikel 37a Elektriciteitswet 1998.⁴⁹ Het is echter zaak om ook bij het woordje ‘kan’ te blijven interpreteren en op te letten, omdat beleidsruimte ook dan nog geen gegeven is.⁵⁰

2.2 GEBONDEN BEVOEGDHEDEN: VERSCHILLENDE CATEGORIEËN

Met het begrippenkader uit de vorige paragraaf in het achterhoofd, kunnen we komen tot een afbakening van wat onder een ‘gebonden bevoegdheid’ moet worden verstaan. Van doorslaggevend belang daarbij is de aan- of afwezigheid van een bepaalde mate van beslissingsruimte, met name in de besluitfase.⁵¹ Hoe minder beleidsruimte het bestuursorgaan

⁴³ Artikel 4:10 Wft is een voorbeeld van een bepaling op grond waarvan de betrouwbaarheid van deze personen buiten twijfel moet staan. Zie voorts artikel 12 BGfo jo. artikel 13 BGfo jo. bijlage C bij het BGfo.

⁴⁴ Zie voor een praktijkvoorbeeld waar ik bij betrokken was: CBB 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:498, AB 2020/93, m.nt. R. Stijnen.

⁴⁵ Zie artikel 4:10, derde lid, Wft. Het gaat om een interessante figuur, omdat de ‘gebondenheid’ van de betrouwbaarheidsbeoordeling zowel is neergelegd in de wet als in een AMvB (BGfo); Zie over deze figuur uitgebreider de nog te verschijnen dissertatie van I.P. Palm-Steyerberg aan de RU.

⁴⁶ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 124.

⁴⁷ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 127; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 150; Zie daarnaast de bijlage bij de conclusie van A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2020:1077, o. 1.18-1.19.

⁴⁸ Zie bijv. ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2418, AB 2012/246, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1341, AB 2018/234, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1560.

⁴⁹ Deze laatste bevoegdheid is een mooi voorbeeld van een bevoegdheid waarbij de af te wegen belangen zijn beperkt tot enkele in de wet genoemde belangen, specifiek de belangen als bedoeld in artikel 36, eerste lid, onderdelen b tot en met f van de Elektriciteitswet 1998.

⁵⁰ Het enkele woordje ‘kan’ impliceert nog geen ‘kan-bepaling’: ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1107, AB 2018/158, m.nt. R. Ortlep. Ook in de rechtspraak wordt die fout wel eens gemaakt, zie de annotatie van L.J.A. Damen bij ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1337, AB 2012/259.

⁵¹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 146-147 & 193-194; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 120.

heeft, hoe meer zij ‘gebonden’ is aan de voorgeschreven bevoegdheidstoepassing.⁵² Dat betekent bijvoorbeeld dat minder tot geen ruimte bestaat voor het afwegen van de betrokken belangen en het anderszins afstemmen van de bevoegdheidstoepassing op de omstandigheden van het geval.⁵³ Zoals ik al aangaf, gaat het om een gradueel verschil tussen geheel vrij en geheel gebonden.⁵⁴ Iedere bevoegdheid om besluiten te nemen ligt ergens tussen de uitersten van geheel vrij en geheel gebonden, afhankelijk van de mate van beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft. Alhoewel het onmogelijk is om alle nuances te categoriseren, is het mogelijk om toch bepaalde categorieën te onderscheiden in de mate van gebondenheid. De uitersten van de geheel vrije en de geheel gebonden bevoegdheid laat ik verder buiten beschouwing, nu ik die eerder heb toegelicht.

2.2.1 BEVOEGDHEDEN MET BESLISSINGSRUIMTE

De eerste categorie is één stap meer gebonden dan de geheel vrije bevoegdheden. Het gaat hier om *bevoegdheden met beslissingsruimte in de vorm van (enige) beleidsruimte*. Alhoewel het bestuur niet geheel naar ‘behagen’ toepassing kan geven aan haar bevoegdheid, geldt bij deze categorie dat het bestuursorgaan op enige wijze een keuze of afweging kan maken bij het toepassen van de bevoegdheid en de wijze waarop zij wordt uitgeoefend. De eerdergenoemde ‘kan-bepalingen’ reken ik in de regel tot deze categorie. In deze categorie wordt het bestuursorgaan niet in de bevoegdheidsgrondslag zelf gedwongen tot het nemen van een (bepaald) besluit, bijvoorbeeld door het ontbreken van beleidsruimte en daarmee een gedwongen toepassing indien is voldaan aan de normcondities. Toch kunnen bevoegdheden die ogenschijnlijk in deze categorie vallen, gebonden zijn door bijvoorbeeld jurisprudentie of beleidsregels.⁵⁵

2.2.2 SEMI-GEBONDEN BEVOEGDHEDEN

De volgende gradatie in binding betreft de *semi-gebonden bevoegdheden*. Dit zijn bevoegdheden zonder beleidsruimte en waar de bevoegdheidstoepassing – indien eenmaal aan de normcondities is voldaan – in beginsel is voorgeschreven. Er is echter geen sprake van absolute binding, omdat het bestuursorgaan beschikt over een ‘ventiel’ om toepassing onder omstandigheden achterwege te laten. Twee voorbeelden maken duidelijk wat ik met deze categorie voor ogen heb.

⁵² De vraag hoe (en of) een bevoegdheid ingezet moet worden, is met name afhankelijk van beleidsruimte. Toch kan het ook voorkomen dat reeds in de beoordelingsfase belangen kunnen worden afgewogen, waardoor mijns inziens sprake is van minder ‘binding’. In het uiterste geval kan immers een andere beoordeling van de feiten worden gegeven om onder bevoegdheidstoepassing uit te komen. Zie het voorbeeld van Konijnenbelt en Van Male van ‘onaanvaardbare stankhinder’: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 149. Daarnaast kunnen beoordelings- en beleidsruimte dusdanig samenhangen, dat een strikte scheiding moeilijk te maken is.

⁵³ Zo geeft ook de Awb-wetgever aan: *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 67.

⁵⁴ De Commissie Polak sprak bij de eerste evaluatie ook wel van een gradueel verschil tussen ‘beschikkingsfabrieken’ en ‘beschikkingsateliers’: *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996* 1996, p. 28.

⁵⁵ Zie paragraaf 2.3.

Het eerste voorbeeld is de beginselplicht tot handhaving, ook wel ‘de ‘herstelsanctieplicht’.⁵⁶ Alhoewel bevoegdheden tot handhaving in de regel zijn opgesteld met beleidsruimte, zie bijvoorbeeld de ‘prototype’ formulering van artikel 1:79 Wft, geldt op basis van de jurisprudentie toch een beginselplicht tot handhaving.⁵⁷ Een standaardoverweging van de Afdeling is dat een bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift in de regel van deze bevoegdheid gebruik moet maken.⁵⁸ Het gaat evenwel niet om een absolute verplichting: het algemene belang dat is gediend met handhaving – en daarmee de bevordering van naleving van de wet – kan minder zwaar wegen in bijzondere omstandigheden.⁵⁹ Dit kan het geval zijn indien sprake is van concreet zicht op legalisatie of indien handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen doelen, dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien. Deze beginselplicht maakt dat bevoegdheden tot het opleggen van een last onder bestuursdwang of dwangsom semi-gebonden zijn: indien voldaan is aan de normconditie – de aanwezigheid van een overtreding – dient in beginsel gebruik te worden gemaakt van de bevoegdheid om een last op te leggen. Daarvan kan slechts onder bepaalde, bijzondere omstandigheden (het ‘ventiel’) worden afgeweken.

Een tweede voorbeeld betreft de bevoegdheden waar het bestuursorgaan geen beleidsvrijheid heeft in de besluitfase, maar middels een hardheidsclausule toch kan kiezen om af te wijken van de voorgeschreven toepassing. Deze hardheidsclausules zijn bedoeld om te voorkomen dat algemene, gebonden regels in concrete gevallen leiden tot een uitkomst die niet door de wetgever is voorzien bij de belangenafweging voorafgaand aan het opstellen van de gebonden bevoegdheid.⁶⁰ Zij zijn specifiek bedoeld om “*onbillijkheden van overwegende aard*” te voorkomen in gevallen waarin niet vooraf te voorzien is of afwijking nodig zal zijn en, indien dat zo is, om welke gevallen of groepen het bij toepassing van de hardheidsclausule zou gaan.⁶¹ Het gaat daarmee in beginsel om toepassing om individuele gevallen, tenzij er een “*concreet te traceren groep van gevallen*” bestaat, in welk geval het overigens alsnog voor de hand ligt om een algemeen verbindend voorschrift op te stellen in plaats van terug te vallen op de hardheidsclausule.⁶² De artikelen 11.5 Wsf 2000 en artikel 63 Awr zijn voorbeelden van

⁵⁶ Zie uitgebreider over deze beginselplicht: Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 185 e.v.; De uitgangspunten die ik hier formuleer zien op herstelsancties. In het geval van punitieve sancties ligt dit iets genuanceerder, zie Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 191-192.

⁵⁷ Overigens bestaan er ook handhavingsbevoegdheden die zonder beleidsruimte – en dus gebonden – zijn geformuleerd. Zie bijvoorbeeld de boetebevoegdheden uit artikel 18a Pw en artikel 47g Pw. Zij vallen door de afwijkingsmogelijkheden overigens alsnog in de categorie van semi-gebonden bevoegdheden, zie ook het tweede voorbeeld. Er kan immers worden afgezien van het opleggen van de boete indien daarvoor dringende redenen aanwezig zijn.

⁵⁸ Zie van de Afdeling o.a. ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2484; ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:164; ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:615; Zie naar die strekking ook het CBb in o.a. CBb 15 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708 en CBb 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:374.

⁵⁹ De auteurs van Handhavingsrecht beschrijven de beginselplicht dan ook meer als een in beginsel voorgeschreven belangenafweging: Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 188-189.

⁶⁰ Albers 2012, p. 89-90 en Bakker 2018, p. 407-411; Zie ook aanwijzing 5.25 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁶¹ Zie de toelichting op het eerste lid van aanwijzing 5.25 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; Albers 2012, p. 91-93.

⁶² Idem; Zie daarnaast het derde lid van aanwijzing 5.25 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

bepalingen die zijn vormgegeven volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving (“onbillijkheid van overwegende aard”).⁶³ Hardheidsclausules komen echter ook in andere vormen voor, zoals de in artikel 58, achtste lid, Pw gebezigde formulering van “dringende redenen”, de in artikel 5:46, derde lid, Awb gebezigde formulering van “bijzondere omstandigheden” of de nog stringenter “zeer dringende redenen” uit artikel 16 Pw.

Alhoewel beide groepen voorbeelden semi-gebonden zijn in de zin dat in beginsel gebruik moet worden gemaakt van de bevoegdheid bij het voldoen aan de normcriteria en slechts door toepassing van een ‘ventiel’ kan worden afgeweken van die ‘beginseltoepassing’, geldt dat zij aanzienlijk verschillen in binding. Naar mijn mening komt dat met name door het verschil in vormgeving van de binding. Bij de beginselplicht gaat het om het toekennen van een zwaar gewicht aan het belang van handhaving in de belangenafweging overeenkomstig artikel 3:4 Awb, waarbij in principe ieder belang – mits het opweegt tegen het zwaarwegende belang bij handhaving – ertoe kan leiden tot van bevoegdheidstoepassing moet worden afgezien. Daarbij gaat het dus niet enkel over niet door de wetgever voorziene gevallen (“niet-verdisconteerde omstandigheden”), maar om ieder belang dat in een concreet, bijzonder geval zwaarder weegt.⁶⁴ De toepassing van hardheidsclausules is wat dat betreft beperkter, nu zij specifiek is bedoeld om harde wetstoepassing in niet-voorziene gevallen te voorkomen.⁶⁵ Hiermee wil ik benadrukken dat de hier aangedragen categorisering van gebonden bevoegdheden dus ook steeds interne gradaties kent.

2.2.3 BEVOEGDHEDEN MET LOUTER BEOORDELINGRUIMTE

De categorie vóór de geheel gebonden bevoegdheden betreft ten slotte de *bevoegdheden met louter beoordelingsruimte*.⁶⁶ In deze categorie bevoegdheden ontbreekt het aan een ‘ventiel’ om af te wijken van de dwingend voorgeschreven beoordelingstoepassing, indien eenmaal is voldaan aan de normcondities. Deze bevoegdheden zijn relatief zeldzaam, maar komen wel regelmatig voor in SZW- en belastingwetgeving.⁶⁷ Het bekendste voorbeeld is artikel 26 Awir, waarin is bepaald dat in het geval dat een herziening van een tegemoetkoming of een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, dit bedrag in zijn geheel verschuldigd is door de belanghebbende. Deze bepaling is per 1 september 2005 ingevoerd en werd in 2008 voor het eerst door de Afdeling uitgelegd als een gebonden bevoegdheid: de Belastingdienst/Toeslagen zou geen ruimte hebben om af te zien van terugvordering van het gehele bedrag en daarmee

⁶³ Ter illustratie: de Wsf 2000 is aan de orde in 1836 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken, terwijl artikel 11.5 Wsf 2000 in slechts 245 zaken wordt genoemd; Zie ter illustratie ook de ietwat verouderde bespreking van artikel 63 Awr in Albers 2012, p. 95-98.

⁶⁴ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 186-190.

⁶⁵ Wat er overigens niet aan af doet dat ook de toepassing van hardheidsclausules kan zien op een groot aantal gevallen, al is vrij uitzonderlijk. Zo bestaan er meerdere regelingen op grond van de hardheidsclausule uit de Wsf 2000, onder andere voor de ‘Weigerachtige ouders’ (regeling “Weigerachtige ouders”) en de problemen die kunnen ontstaan met studenten uit Aruba en de Nederlandse Antillen (Beleidsregel ‘Internationale aspecten studiefinanciering Aruba en de Nederlandse Antillen’).

⁶⁶ In het onderzoek ‘Maatwerk en bijzondere wetgeving’ wordt ook wel gesproken van bevoegdheden met maatwerkkelpunten (gebondenheid), maar zonder maatwerkstimulans (beleidsruimte of een hardheidsclausule): *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?* 2020, p. 5-7.

⁶⁷ Zie voor een inventarisatie wederom *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?* 2020, p. 5-7.

rekening te houden met het deel van de kosten dat wel aantoonbaar is betaald.⁶⁸ Overigens is er een brede discussie ontstaan over de vraag in hoeverre het daadwerkelijk om een gebonden bevoegdheid gaat, zeker na de ‘ommezwaai’ die de Afdeling met de uitspraken van 23 oktober 2019.⁶⁹ Ik wijs op Van Ettekoven, Van den Brink en Ortlep aan de ene kant en Marseille, Damen, Besselink en Zijlstra aan de andere kant.⁷⁰ De betogen verschillen overigens allemaal, waarbij de ene groep artikel 26 Awir wel als gebonden ziet, maar de nihilstelling op grond van de Wko dan weer niet en vice versa.⁷¹ Ik denk dat Damen met de meest simpele lezing komt: artikel 26 Awir dwingt op zichzelf niet om het geheel verschuldigde bedrag na een herziening van het recht op toeslag terug te vorderen. De bepaling stelt immers dat het gehele bedrag *verschuldigd* is – in het geval van een nihilstelling is dat dus het gehele bedrag dat aan voorschotten is uitgekeerd – maar wordt niet gerept over een verplichting tot *terugvordering* van dat gehele bedrag.⁷² Of dat evenwel betekent dat de interpretatie van de Afdeling in het licht van de Bulgarenfraude en de verharding van de SZW-wetgeving onbegrijpelijk is, laat ik in het midden.⁷³ Artikel 26 Awir bevindt zich overigens niet langer in deze categorie bevoegdheden. De wet is ondertussen opnieuw geïnterpreteerd door de Afdeling en vervolgens door de wetgever aangepast. De bepaling bepaalt nu naar model van artikel 3:4, tweede lid, Awb expliciet dat een belangenafweging moet plaatsvinden en dat de uitkomst daarvan niet onevenredig mag zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁷⁴

Voor andere bevoegdheden die zich in deze groep bevinden, wijs ik onder andere op de verplichte intrekking of herziening van kwijtschelding van een opgelegde bestuurlijke boete in het geval van recidive in verschillende SZW-wetten, zoals artikel 17a, twaalfde lid, Algemene Kinderbijslagwet.⁷⁵ Een ander voorbeeld is artikel 25, derde lid, Algemene Ouderdomswet dat bepaalt dat het besluit tot het afzien van terugvordering of van verdere terugvordering wordt ingetrokken of ten nadele van de belanghebbende wordt gewijzigd in bepaalde in de wet opgesomde gevallen.

⁶⁸ ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262; Zie voor een uitgebreide weergave van deze jurisprudentie ook *Paper: Alles of niets* 2020.

⁶⁹ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 & ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

⁷⁰ Enerzijds Van Ettekoven, *NJB* 2021/101 en Van den Brink & Ortlep, *NJB* 2021/353; Anderzijds A.T. Marseille, annotatie bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AA 2020/393; Besselink, *NJB* 2021/201 en Damen, *NJB* 2021/354.

⁷¹ Zie ook De Poorter, *JBplus* 2021/2, afl. 1, p. 13-14.

⁷² Zie met name Damen, *NJB* 2021/354.

⁷³ Ik doel daarmee ook op het in stand houden van de foutieve interpretatie pré-Bulgarenfraude. De interpretatie van artikel 26 Awir stamt namelijk van voor 2012, zie ook Van de Beeten & Van de Beeten, *NTB* 2021/136. Deze auteurs gaan in mijn ogen voorbij aan het feit dat de harde taal ten tijde van de Bulgarenfraude in ieder geval geen aanleiding gaf om terug te komen op de jurisprudentie, maar eerder een bevestiging daarvan vormde.

⁷⁴ Zie het Verzamelbesluit Toeslagen (*Stcrt.* 22 april 2020, nr. 22720) en de latere wet Wet verbetering uitvoerbaarheid toeslagen (*Stb.* 23 december 2020, nr. 543). Bij deze laatste wet zijn twee leden toegevoegd (het tweede en het derde lid) die expliciteren dat een evenredigheidstoetsing moet plaatsvinden.

⁷⁵ Zie gelijkloidend artikel 39, twaalfde lid, Algemene nabestaandenwet en artikel 17c, dertiende lid, Algemene Ouderdomswet.

2.3 WIJZE VAN BINDING

Gebonden bevoegdheden verschillen niet alleen in de mate van binding, maar ook in de wijze waarop zij zijn gebonden. Daarbij is een driedeling te maken tussen binding bij wet,⁷⁶ binding in jurisprudentie en binding bij beleid. Alhoewel de binding bij wet centraal staat in deze scriptie, is een korte bespreking van deze andere typen binding op zijn plaats. De binding bij wet is daarbij vrij vanzelfsprekend – de wetgever schrijft op de een of andere manier voor wat de uitkomst is en laat daardoor geen beleidsruimte over in de besluitfase – dus ik beperk mij tot een bespreking van de binding bij beleid en de binding bij jurisprudentie.

2.3.1 BELEID

Binding bij beleid vindt plaats door middel van beleidsregels of een vaste bestuurspraktijk.⁷⁷ Om een consistentie te verzekeren bij het nemen van besluiten waar het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft, stellen bestuursorganen al in de tijd vóór de Awb interne werkinstructies op. Mettertijd zijn die ontwikkeld tot de extern wekende beleidsregels die we nu kennen, culminerend in een eigen titel in de Awb (titel 4.3).⁷⁸ Beleidsregels zijn bij besluit vastgestelde algemene regels, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan, aldus artikel 1:3, derde lid, Awb. Beleidsregels kunnen volgens artikel 4:81 Awb worden opgesteld met betrekking tot iedere aan het bestuursorgaan toekomende bevoegdheid, zij het dat in het geval van een gebonden bevoegdheid weinig tot niets meer valt te bepalen over het gebruik.⁷⁹ De beleidsregels binden het bestuursorgaan: zij dient zich in beginsel conform de in de beleidsregel neergelegde gedragslijn te gedragen, zo bepaalt het eerste lid van artikel 4:84. Van beleidsregel gaat evenwel een minder sterke binding af dan van binding bij wet of ander algemeen verbindend voorschrift.⁸⁰

Voor beleidsregels geldt namelijk een inherente afwijkingsbevoegdheid, zoals geformuleerd in het tweede zinsdeel van artikel 4:84, eerste lid, Awb. Alle beleidsregels zijn aan deze afwijkingsbevoegdheid onderhevig, terwijl bij een wettelijke regeling geldt dat deze geëxpliciteerd moet zijn.⁸¹ Voor zover het handelen overeenkomstig de beleidsregel voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, wordt zij buiten toepassing gelaten. In de jurisprudentie gold lange tijd dat de ‘bijzondere omstandigheden’ die aanleiding zouden moeten geven tot afwijking in het individuele geval, niet reeds bij de vaststelling mochten zijn verdisconteerd en waarbij gold dat het bestuursorgaan die uitkomst

⁷⁶ Binding bij lagere regelgeving is ook mogelijk en wordt meegenomen in de bespreking van de toetsingsgronden in hoofdstuk 3 van deze scriptie.

⁷⁷ De binding van deze laatste lijn gaat ook van het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel; Klap 2019. 386-387.

⁷⁸ Klap 2019. 385-386; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 219-221.

⁷⁹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 227.

⁸⁰ Daarbij laat ik nog buiten beschouwing dat ook de beleidsregel zelf onrechtmatig kan worden geacht. Het gaat dan om een exceptieve toetsing van de beleidsregel, bijv. ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:901, r.o. 10. Indien de beleidsregel de exceptieve toetsing niet doorstaat, komt men ook niet aan de toepassing daarvan toe.

⁸¹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 228.

dus ook niet geacht kon hebben te beoogd.⁸² Alleen omstandigheden die bij de totstandkoming van de beleidsregel niet zijn besproken – en daarmee dus niet verdisconteerd waren – konden aanleiding geven tot afwijking van de beleidsregel. De Afdeling is op deze jurisprudentie teruggekomen in haar uitspraak van 26 oktober 2016.⁸³ In deze nieuwe lijn oordeelt de Afdeling dat omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregel zijn verdisconteerd, niet reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten. In de praktijk blijkt dat het bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel bepaalde omstandigheden wel heeft gezien, maar daarmee nog niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden.⁸⁴ Bij het beoordelen of toepassing moet worden gegeven aan de afwijkingsbevoegdheid, dient het bestuursorgaan daarom alle omstandigheden van het geval te betrekken en dient het te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb. Door deze inherente afwijkingsbevoegdheid kan binding bij beleid nooit leiden tot een meer dan semi-gebonden bevoegdheid.⁸⁵

2.3.2 JURISPRUDENTIE

Binding bij jurisprudentie is minder eenduidig. Evenals bij binding door beleid, wordt de beleidsruimte die een bestuursorgaan volgens een strikte lezing van de wet heeft, toch ingekaderd. Bij binding door jurisprudentie gebeurt dit door interpretatie van de wet aan de hand van de vier doorgaans onderscheiden interpretatiemethoden van grammaticale, historische, systematische en teleologische interpretatie.⁸⁶ Het gebruik van deze methoden kan aanleiding geven om een bevoegdheid met beleidsruimte toch zo te interpreteren dat zij gebonden is. Een voorbeeld daarvan zijn de verschillende beginselplichten of ‘uitgangspunten’ die in het kader van handhaving zijn geformuleerd.⁸⁷ Ik wees eerder al op de beginselplicht tot handhaving, maar andere voorbeelden zijn het uitgangspunt tot invordering van een dwangsom en het uitgangspunt tot terugvordering van subsidies.⁸⁸ Deze beginselplichten/uitgangspunten hebben het karakter van een gebonden invulling van een belangenafweging, waarbij steeds bijzondere omstandigheden – zoals onevenredig psychisch, financieel of ander nadeel –

⁸² Zie in deze oude lijn bijvoorbeeld ABRvS 16 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6225; ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1283; ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:951.

⁸³ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring; Waarmee overigens nog niet is gezegd dat ook vaker toepassing wordt gegeven aan artikel 4:84 Awb, zie bijvoorbeeld: Tollenaar & Feenstra, *JBplus* 2018/1.

⁸⁴ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3; In gelijke zin: ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, AB 2019/101, m.nt. V.M. Bex-Reimert.

⁸⁵ In het vervolg van deze bijdrage ga ik niet verder in op de evenredigheidstoetsing van beleidsregels, maar wil ik nog wel wijzen op een recent artikel in de *JBplus*. Mitsinga betoogt daarin dat de ‘principle against fettering of discretion’ (een *common law*-beginsel) in het Nederlands bestuursrecht zou kunnen bijdragen aan een meer responsief bestuursrecht met een meer evenredige uitvoering van beleidsregels: Mitsinga, *JBplus* 2021/7, afl. 2.

⁸⁶ Zie daarover o.a. Groenewegen 2006, hoofdstuk 3; Altena 2016, p. 207-215; Bakker 2018, p. 84-86.

⁸⁷ Zie ook Sanders 2019, p. 66-86 & 224-235

⁸⁸ Zie de standaardoverweging voor de invorderingsplicht bij dwangsommen voor het eerst in: ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935 en ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587. Doorslaggevend zijn “het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom” en de wetsgeschiedenis; Zie CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt voor een uitspraak waarin de beginselplicht tot terugvordering van de subsidie wordt genoemd. Doorslaggevend is het belang bij het betalen van schulden door schuldenaren en de wetsgeschiedenis.

aanleiding kunnen zijn om het in beginsel zwaarder wegende belang bij handhaving of terugvordering toch minder zwaar te laten wegen dan het belang bij het voorkomen van het onevenredige nadeel bij de belanghebbende.

De uitgangspunten worden steeds geformuleerd aan de hand van een bepaald zwaarwegend belang, vaak ontleend aan een passage in de wetsgeschiedenis. De beginselplicht tot invordering is bijvoorbeeld ontleend aan een passage in de memorie van toelichting bij artikel 5:37, eerste lid, Awb. In die passage wordt aangegeven dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen ook ingevorderd worden.⁸⁹ Daarmee vormt de beginselplicht het resultaat van een weging van de verschillende interpretatiemethoden: grammaticaal gelezen biedt artikel 5:37 Awb geen aanleiding voor het ‘gebonden’ interpreteren van de bevoegdheid, maar een wethistorische en teleologische lezing doen dat wel. Een dergelijke weging heeft waarschijnlijk ook plaatsgevonden bij de ‘alles-of-niets-benadering’ zoals die is geformuleerd in de jurisprudentie bij de Wko, waarbij de wetssystematiek en de wethistorie aanleiding gaven om de relevante bepalingen zo uit te leggen dat geen sprake was van beleidsruimte voor de Belastingdienst/Toeslagen.⁹⁰ Anders dan na de eerder genoemde uitspraken van 23 oktober 2019, gold in de oude lijn van de Afdeling dat geen recht op kinderopvangtoeslag bestond wanneer de aanvrager niet alle kosten voor de opvang van dat jaar volledig had betaald.⁹¹ De achtergrond van de regeling voor het toekennen van kinderopvangtoeslag en het belang van de controle op een juiste besteding van overheidsmiddelen zou met zich mee brengen dat de verschuldigde kosten voor kinderopvang daadwerkelijk ten tijde van die opvang of uiterlijk kort daarna worden voldaan.⁹² Voorts werd al sinds de eerste zaak over toepassing van artikel 26 Awir gewezen op het feit dat in de Awir geen hardheidsclausule was opgenomen waarmee de Belastingdienst vervolgens van terugvordering kon afzien: een wetssystematisch argument dat duidt op een strikte bedoeling en daarmee een gebonden toepassing.⁹³

Van de Beeten en Van de Beeten wijzen achteraf overigens op ‘de mythe van de hardheidsclausule’ wat betreft dit laatste punt.⁹⁴ Ik denk dat het te kort door de bocht is om te stellen dat sprake is van een ‘mythe van de hardheidsclausule’, omdat de door de auteurs verrichte analyse van de wetsgeschiedenis slechts ziet op de toekenningsfase van een toeslag. Ik zou – gezien de toelichting op artikel 5.25 Aanwijzingen voor de regelgeving over het al dan niet opnemen van hardheidsclausules – eerder stellen dat de wetgever simpelweg niet heeft

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 115.

⁹⁰ Zie de annotatie van Drahmman en Jongkind: A. Drahmman & D.K. Jongkind, annotatie bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85. Ik deel overigens hun visie op het gebruik van de grammaticale interpretatie niet, maar sluit mij aan bij Marseille: A.T. Marseille, annotatie bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AA 2020/393.

⁹¹ Dit zou volgen uit artikel 18, eerste lid, Awir jo. artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder b, Wko, zie ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:956; Een uitzondering daarop betrof de ‘afrondingsverschillen’, bijv. in ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 en ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:773.

⁹² Zie o.a. ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1925, r.o. 3.1 & ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:956, r.o. 4.1-4.3.

⁹³ ABRvS 24 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262 en later ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166.

⁹⁴ Van de Beeten & Van de Beeten, *NTB* 2021/136.

voorzien dat dit artikel zou leiden tot onbillijkheden van overwegende aard in niet door haar voorziene gevallen. Dat kan echter zowel een aanleiding zijn om een strenge interpretatie voor te staan (“*ze hebben geen hardheidsclausule opgenomen en daarmee onbillijkheden van overwegende aard gewild!*”) als wel een aanleiding om ervan uit te gaan dat ze dit punt hebben overzien (“*de wetgever voorzag deze gevallen niet en kan de toepassing niet zo hebben gewild!*”). Daarmee komen we een beetje in een paradoxale discussie. Indien de wetgever voorziet dat er (groepen) gevallen zijn waarin de toepassing van de regeling tot onbillijkheden van overwegende aard zou kunnen leiden, dan ligt het voor de hand om een hardheidsclausule op te nemen.⁹⁵ Maar is het niet-opnemen van een hardheidsclausule in dat geval een aanwijzing dat de regel altijd hard bedoeld is of is in dat geval in het geheel niet voorzien dat de regel ooit hard zou kunnen uitpakken? Dat zal steeds afhangen van de wetsgeschiedenis, het doel van de wetgeving en haar context. In het geval van de Awir en Wko is niet voorzien dat de regel zó hard zou uitpakken, maar is tegelijkertijd geëxpliciteerd dat de procedure uniform is bedoeld en geen uitzonderingen mogelijk moeten zijn.⁹⁶ Het mag duidelijk zijn dat in eerste instantie een zwaarder gewicht is toegekend aan dit laatste, terwijl dat met de uitspraken van 26 oktober 2019 omgeslagen is naar dit eerste.

Deze voorbeelden illustreren de moeilijkheden van binding van bevoegdheden aan de hand van jurisprudentie. Een bepaalde interpretatie – zij het via de wetshistorie of een bepaald zwaarwegend belang – kan de rechter ertoe aanzetten om een bevoegdheid die volgens de tekst der wet beleidsruimte openlaat, toch semi-gebonden of gebonden uit te leggen. Het feit dat de binding uitgaat van interpretatie, maakt echter dat interpretatie ook een oplossing kan zijn om binding te doorbreken. In haar dissertatie spreekt Bakker ook wel van ‘corrigerende interpretatie’: een beslissing die overeenkomst met een billijkheidsuitzondering, zoals een hardheidsclausule, maar die eigenlijk plaatsvindt door het geval weg te interpreteren.⁹⁷ Of dat steeds een mogelijkheid is, is afhankelijk van de bepaling, haar geschiedenis en de aanwezige contra-indicaties. Voor wat betreft deze contra-indicaties wijst Bakker op zogenaamde ‘gekunstelde’ interpretaties die te ver af staan van de tekst van de wet, op interpretaties die te ver afwijken van de bedoeling van de wetgever en interpretaties van wetten in formele zin die zijn gebaseerd op reeds verdisconteerde omstandigheden.⁹⁸ In de gevallen waarin sprake is van een contra-indicatie gaat de corrigerende interpretatie te ver en dient gekozen te worden voor het maken van een uitzondering op andere gronden. Bakker geeft het voorbeeld van een boete aan een vreemdeling omdat deze geen zorgverzekering had, waarbij de Centrale Raad van Beroep kiest voor een nieuwe uitleg van de wet (artikel 9a e.v. Zorgverzekeringswet) waardoor deze vreemdeling niet langer onder de wet zou vallen en dus geen overtreding zou hebben begaan.⁹⁹ Volgens Bakker is de interpretatie ‘gekunsteld’. In een dergelijk geval ligt het volgens haar daarom voor de hand om voor een uitzondering via de abbb te kiezen.¹⁰⁰

⁹⁵ Zo staat immers sinds jaar en dag in de Aanwijzingen voor de regelgeving. In de huidige versie betreft het aanwijzing 5.25 en voorheen stond dit opgenomen in aanwijzing 131.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29764, nr. 5, p. 10-11; Bakker 2018, p. 411.

⁹⁷ Bakker 2018, p. 83-84.

⁹⁸ Bakker 2018, p. 88-93.

⁹⁹ Zie CRvB 24 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:615, AB 2016/146, m.nt. A.C. Hendriks.

¹⁰⁰ Bakker verwijst naar HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8524, *Gst.* 2010/29, m.nt. R.J.B. Schutgens.

2.4 CONCLUSIE

In dit eerste hoofdstuk heb ik mij gebogen over de vraag wat gebonden bevoegdheden zijn. Het was daarvoor noodzakelijk om in te gaan op de vraag wat ‘beslissingsruimte’ inhoudt en wat de verhouding tussen beoordelingsruimte en beleidsruimte is. Aan de hand van deze begrippen heb ik een indeling kunnen maken van verschillende typen gebonden bevoegdheden, niet alleen in de mate van gebondenheid, maar ook in de wijze van binding.

Bij gebonden bevoegdheden gaat het in het kort om bevoegdheden waar het bestuursorgaan geen beleidsruimte heeft bij de vraag hoe toepassing moet worden gegeven aan een bevoegdheid. Indien in de beoordelingsfase – waarin eventueel wel beoordelingsvrijheid kan zijn toegekend – is gebleken dat is voldaan aan de normcondities voor toepassing, heeft het bestuursorgaan (in beginsel) geen mogelijkheid om af te zien van bevoegdheidstoepassing. Deze ‘binding’ in de besluitfase kan in verschillende gradaties voorkomen. Dat heeft mij gebracht tot de categorisering zoals weergegeven in figuur 2. Ik spreek van een gebonden bevoegdheid indien de bevoegdheid zich bevindt in de categorie semi-gebonden of ‘hoger’.

Ten slotte heb ik besproken dat de binding kan volgen uit de wet, uit beleid en uit de jurisprudentie. In het vervolg wordt – in lijn met de probleemstelling van Van Ettekoven – met name ingegaan op de bij wet gebonden bevoegdheden.

Categorie	Typering
<i>Geheel vrije bevoegdheden</i>	Dit zijn bevoegdheden waarbij het bestuursorgaan geheel vrij is gelaten in het bepalen wanneer en hoe toepassing moet worden gegeven aan de bevoegdheid. Qua besluiten kon men vroeger denken aan het toekennen van koninklijke onderscheidingen (“behaagd”). Een niet-beschikkingsbevoegdheid die geheel vrij is, is de bevoegdheid om een raadscommissie in te stellen (artikel 82 Gemw).
<i>Bevoegdheden met beslissingsruimte</i>	Dit zijn bevoegdheden met beslissingsruimte in de vorm van beoordelingsruimte en tenminste enige mate van beleidsruimte in de besluitfase. In de besluitfase wordt enige richting gegeven in de wijze waarop toepassing moet worden gegeven. Een voorbeeld van een bevoegdheid in deze categorie is de bevoegdheid tot het opleggen van een gebiedsverbod op grond van artikel 172a Gemw.
<i>Semi-gebonden bevoegdheden</i>	Dit is de eerste categorie aan ‘gebonden’ bevoegdheden. In het geval van een semi-gebonden bevoegdheid bestaat in beginsel geen beleidsruimte om af te zien van bevoegdheidstoepassing indien is voldaan aan de normcondities. Deze groep bevoegdheden bevat echter altijd een ‘ventiel’ om in bijzondere gevallen af te zien van bevoegdheidstoepassing. In deze categorie bevinden zich de verschillende in de jurisprudentie geformuleerde beginselplichten, bij beleidsregel gebonden bevoegdheden en bevoegdheden zonder beleidsruimte, maar met de mogelijkheid van toepassing van een hardheidsclausule.
<i>Bevoegdheden met louter beoordelingsruimte</i>	Een bevoegdheid waaraan, indien eenmaal is voldaan aan de normcondities, altijd toepassing moet worden gegeven zonder een ‘ventiel’. Het oude artikel 26 Awir valt in deze categorie.
<i>Geheel gebonden bevoegdheden</i>	Een bevoegdheid zonder beslissingsruimte, met het bestuursorgaan enkel als een ‘bouche de la loi’. Artikel 46, tweede lid, Gemw en de besluiten tot geldigverklaring van kandidatenlijsten op grond van de Kieswet vallen in deze categorie.

FIGUUR 2 – SAMENVATTEND OVERZICHT VAN DE VERSCHILLENDE CATEGORIEËN GEBONDENHEID

3. TOETSINGSMOGELIJKHEDEN NAAR DE HUIDIGE STAND VAN HET RECHT

In deze paragraaf staan de toetsingsmogelijkheden op evenredigheid naar het huidige recht centraal. Van ieder van de toetsingsmogelijkheden bespreek ik in hoeverre zij zich lenen voor een toetsing van gebonden bevoegdheden op evenredigheid. Om overzicht te behouden, bespreek ik de verschillende toetsingsmogelijkheden aan de hand van de indeling naar nationaal (geschreven) recht, internationaal recht en ongeschreven recht.

3.1 NATIONAAL (GESCHREVEN) RECHT

3.1.1 ARTIKEL 3:4, TWEDE LID, AWB

De codificatie

De verbrokkeling van het bestuursrecht over meerdere wetten gaf de grondwetgever aanleiding om in 1983 te bepalen dat de wet de algemene regels van het bestuursrecht zou moeten gaan vaststellen.¹⁰¹ Met de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (commissie-Warb) werd een begin gemaakt aan voorstellen voor deze algemene regels van het bestuursrecht,¹⁰² wat uiteindelijk leidde tot een voorstel voor de eerste tranche van de Awb op 19 januari 1987 en een bijna identiek regeringsvoorstel in juli 1989.¹⁰³ Een van de vier hoofddoelen van de Awb werd het codificeren van jurisprudentie, om daarmee de kenbaarheid van het recht en de rechtszekerheid te bevorderen.¹⁰⁴ Een belangrijk onderdeel van die codificatiedrift werd het neerleggen van verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) in de nieuwe Awb. De abbb – van origine dus normen van ongeschreven recht – waren uitgegroeid tot enkele van de belangrijkste toetsingsgronden voor de bestuursrechter en een codificatie zou extra legitimatie verschaffen bij de toetsing daaraan.¹⁰⁵ In navolging op kritiek van de Raad van State, die opmerkte dat de codificatie tot een stilstand in de rechtsontwikkeling zou kunnen leiden,¹⁰⁶ heeft de wetgever daarbij expliciet aangegeven dat het niet de bedoeling was om de verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht af te snijden.¹⁰⁷ Sterker nog, de continu veranderende verhouding tussen overheid en burger is juist aanleiding om de jurisprudentie over de abbb te blijven ontwikkelen om te zorgen dat zij “*functioneel blijven voor het bereiken van de doelstellingen die zij beogen te dienen, terwijl er tevens een evenwicht moet zijn tussen de belasting die zij voor het bestuur kunnen betekenen en de voordelen die eruit voortvloeien.*”¹⁰⁸

Toetsing aan 3:4, tweede lid, Awb

De codificatie van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb leidde niet tot afwijkingen van de eerdere jurisprudentie, maar zorgde eerder voor een instandhouding van de *status quo* die toen al decennia ongewijzigd was. Alhoewel wij in de huidige stand van de

¹⁰¹ Zie artikel 107, tweede lid, Grondwet.

¹⁰² De commissie kreeg deze taak op 23 augustus 1983: Kb. van 23 augustus 1983, *Stb.* 1983, 417.

¹⁰³ Borman 2010, p. 29-30.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 8.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 9.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. B, p. 5-6.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 9.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 12.

rechtswetenschap een onderscheid maken tussen het willekeursverbod en het evenredigheidsbeginsel, werden zij destijds nog in één adem genoemd.¹⁰⁹ Het gevolg hiervan is dat de marginale toetsing die het willekeursverbod met zich meebrengt (“*de belangenafweging mag niet kennelijk onredelijk zijn*”) ook decennialang kenmerkend zou zijn voor de evenredigheidstoetsing. Ter illustratie van die jurisprudentie verwijst de wetgever naar het *Doetinchemse woonruimtevoorziening*-arrest en het arrest *Lucky Luyk*.¹¹⁰ Ook in de codificatie wordt hiervoor gekozen: het tweede lid wordt toegespitst op de gevallen waarin de willekeur bestaat in onevenredigheid tussen doel en middel. In de memorie van antwoord is daarbij expliciet aangegeven dat de codificatie er niet toe leidt dat bestuurlijke belangenafweging in verdergaande mate zou worden getoetst door de rechter dan het geval was onder de genoemde arresten.¹¹¹ Het is niet aan de rechter om te beoordelen welke nadelige gevolgen nog juist wel als evenredig kunnen worden beschouwd en welke net niet meer: de rechter grijpt slechts in indien voor hem vaststaat dat sprake is van onevenredigheid tussen doel en middel. Daarbij zal in beginsel een zekere mate van beoordelingsvrijheid (thans: -ruimte) moeten worden gelaten aan het bestuursorgaan, waardoor die evenredigheid slechts vaststaat in de situatie dat het bestuursorgaan redelijkerwijs niet kon menen dat sprake was van een evenredig besluit.¹¹² Van een volledige herweging van de bestuurlijke belangenafweging door de rechter, zou volgens de wetgever dan ook geen sprake moeten zijn.

De Afdeling bevestigt in de uitspraak *Maxis & Praxis* dat het *business as usual* is na de inwerkingtreding van de Awb: de rechter toetst slechts terughoudend of sprake is van een besluit waarbij de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.¹¹³ In zijn annotatie noemt De Waard een drietal kernelementen: 1) het gaat om een tot het bestuur gericht voorschrift, 2) de wetshistorie – zoals hiervoor uiteengezet – noopt tot terughoudendheid en 3) de uiteindelijk geformuleerde maatstaf van “*zodanige onevenwichtigheid dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen*”.¹¹⁴ Zoals De Waard opmerkt – en zoals ik hiervoor al kort aanstipte bij de bespreking van de wetsgeschiedenis – laat de wetgever echter ruimte om de toetsing in de toekomst aan te passen om zo de functie van het evenredigheidsbeginsel en andere *abb* in het bestuursrecht te blijven waarborgen. Dat is – in het licht van de kritiek op deze jurisprudentie van de laatste jaren – geen overbodige luxe.¹¹⁵

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 69; Dat is waarschijnlijk te danken aan de jurisprudentie over tegemoetkoming in het geval van schade door rechtmatig overheidshandelen. Enkele Kamerleden hadden problemen met dit onderscheid: *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 57.

¹¹⁰ HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963 (*Doetinchemse woonruimtevoorziening*); HR 21 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4526 (*Lucky Luyk*).

¹¹¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 55 & 57.

¹¹² *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 55 & 57.

¹¹³ ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*), *AB Klassiek* 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard.

¹¹⁴ B.W.N. de Waard, annotatie bij ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*), *AB Klassiek* 2016/22, p. 340.

¹¹⁵ De Waard besteedt in zijn annotatie uit 2016 al aandacht aan deze kritiek: B.W.N. de Waard, annotatie bij ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, *AB Klassiek* 2016/22, p. 349-350.

Kritiek op marginale toetsing

Onder leiding van Awb-grootheden als Scheltema en Hirsch Ballin zwelt de kritiek op de marginale toetsingsleer ondertussen aan.¹¹⁶ Ook Van den Berge uit – vanuit zijn kader van een ‘relationeel’ en ‘responsief’ bestuursrecht – felle kritiek op de terughoudendheid, die volgens hem helemaal niet zou passen in een juiste opvatting van de Trias Politica.¹¹⁷ De terughoudendheid van de Afdeling zou een ‘Freies Ermessen’ opleveren voor het bestuursorgaan, ook in gevallen waarin die helemaal niet kan worden gerechtvaardigd doordat er bijvoorbeeld specialistische kennis bij haar berust. Hirsch Ballin wijst erop dat de toekenning van beleidsruimte in de meeste gevallen helemaal niet gebaseerd is op de wens om het bestuursorgaan vrijheid te geven bij het beslissen, maar eerder op praktische noodzaak.¹¹⁸ De rechtsbescherming die daarbij *in abstracto* geboden zou worden met controle door een (in)direct democratisch gelegitimeerd orgaan, schiet (zeker) voor individuen tekort.¹¹⁹ Daarnaast is de marginale toetsingsleer ondoorzichtig en wordt zij inconsistent toegepast.¹²⁰ Dit gaf aanleiding voor De Moor-Van Vugt en Gerards om te betogen dat – los van de vraag of de intensiteit van de toetsing moet worden aangepast – het Duits-Europees model van de geschiktheid van het middel (*Geeignetheit*), de noodzakelijkheid van dit middel en de aanwezigheid van minder belastende alternatieven (*Erforderlichkeit*) en de vraag of de inzet van het middel in wanverhouding staat tot het te dienen doel (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), de inzichtelijkheid en motivering van de toetsing ten goede zou komen.¹²¹ Het aannemen van die motiveringsmethode maakt het mogelijk om inzichtelijk te maken welke omstandigheden meegewogen worden en welke rol zij spelen. Afhankelijk van de aan de orde zijnde omstandigheden zou dan gekozen kunnen worden voor een evenredigheidstoets die verder gaat dan de huidige redelijkheidstoets. Welke omstandigheden bepalen hoe intensief de evenredigheidstoets zou moeten zijn, is onderwerp van discussie in de literatuur.¹²² Huisman en Jak schetsen bijvoorbeeld enkele handvatten voor de toetsingsintensiteit, mede naar aanleiding van de conclusie van A-G Widdershoven inzake exceptieve toetsing.¹²³ Zij noemen factoren als ‘ingrijpende gevolgen en fundamentele rechten’, ‘definitieve geschilbeslechting’, ‘aard van het geschil’ en de ‘feitelijke complexiteit en deskundigheid’.¹²⁴

¹¹⁶Hirsch Ballin 2015, p. 47-50; Scheltema benadert de problematiek wat meer in een ‘helikopterview’ van een gebrek aan flexibiliteit, mede naar aanleiding van de WRR-rapporten over het scheve mensbeeld van de wetgever, o.a.: Scheltema 2020.

¹¹⁷ Zie Van den Berge 2016, p. 287-293; Van den Berge 2020, p. 43-46.

¹¹⁸ Hirsch Ballin 2015, p. 26-27.

¹¹⁹ Hirsch Ballin 2015, p. 48-50; Zie ook conclusie A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.1.

¹²⁰ B.W.N. de Waard, annotatie bij ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*), *AB Klassiek* 2016/22, p. 349-350; Gerards 2007, p. 107-110;

¹²¹Hirsch Ballin 2015, p. 48-50; Gerards 2007, p. 109-110, 113; De Moor-van Vugt 1995, p. 268-273; Ook Barkhuysen en Den Ouden bepleiten dit model: Barkhuysen & Den Ouden, *NJB* 2018/740.

¹²² Zie over de rol van grondrechten bijvoorbeeld: Leijten, *TvCR* 2017/01; Zie met betrekking tot politieke legitimatie en de rol van beoordeling- en beleidsruimte: Hirsch Ballin 2015; Zie over exceptieve toetsing, doch ook relevant voor toetsing in concreto: De Poorter & Çapkurt, *NTB* 2017/10; Voorts Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72.

¹²³ Huisman & Jak, *NTB* 2019/20; Zie uitvoeriger over relevante gezichtspunten bij het bepalen van de intensiteit van rechterlijke toetsing ook: A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 en ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, *AB* 2021/13, m.nt. M. van Zanten.

¹²⁴ Zie Huisman & Jak, *NTB* 2019/20, p. 219-221; Een vraag die Huisman en Jak (en met hen overigens veel anderen) onbeantwoord laten, is wat een intensievere toets inhoudt: wat zijn de gradaties tussen de ‘volle’ toetsing

Einde van een geconditioneerde respons?

De bestuursrechters zijn niet ongevoelig voor de kritiek die in de literatuur is geuit op de marginale evenredigheidstoetsing. Volgens Ortlep en Zorg is sprake van een ontwikkeling naar een toetsing op maat, waarbij marginale toetsing niet meer als standaard toetsingsmethode geldt. Zij spreken dan ook wel van het “*einde van een geconditioneerde respons*”, terwijl Barkhuysen spreekt van een “*opmars van evenredigheid*”.¹²⁵ Ook Van Ettekoven wijst op deze stappen in zijn reactie op de kinderopvangtoeslagaffaire.¹²⁶ Met name de jurisprudentie over de winningsplannen van het Groningen-gasveld en de jurisprudentie over het alcoholslotprogramma leiden hen tot deze conclusie.¹²⁷ De uitspraken over de instemmingsbesluiten met de winningsplannen van het Groningen-gasveld vallen met name op doordat wordt gekozen voor een minder terughoudende toetsing dan de aan de orde zijnde bevoegdheid van artikel 36 Mijnbouwwet zou doen vermoeden. Alhoewel de Afdeling constateert dat de bestuursrechter zich terughoudend moet opstellen bij de beoordeling van het gebruik van de aan de Minister toegekende beleidsvrijheid, komt die terughoudendheid niet terug bij de beoordeling of het besluit berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen, en is voorzien van een deugdelijke motivering. De Graaf en Marseille wijten deze verdergaande toets aan de verstrekkende consequenties van de winningsplannen en de impact op de betrokken fundamentele belangen.¹²⁸ De uitspraak over het alcoholslotprogramma valt anderzijds op vanwege de verstrekkende gevolgen van de evenredigheidstoetsing: de ministeriële regeling op basis waarvan een alcoholslotprogramma werd opgelegd, wordt onverbindend verklaard vanwege het feit dat de minister bij de totstandkoming de onevenredige gevolgen die zich voor bepaalde groepen in de praktijk voordoen, niet afdoende heeft meegewogen.¹²⁹ In dit rijtje passen ook de 23 oktober-uitspraken van de Afdeling inzake de kinderopvangtoeslagaffaire.¹³⁰ Naast deze ‘baanbrekende’ uitspraken, valt te wijzen op tal van minder in het oog springende zaken waarin het evenredigheidsbeginsel een doorslaggevende rol speelt door verder te gaan dan de redelijkheidstoets waar de marginale toetsing in de Maxis en Praxis-leer op neerkwam.¹³¹ Een nieuw kader voor de

bij punitieve sancties (lees: indeplaatsstelling van een eigen oordeel) en de marginale toetsing bij overige besluiten? Ook de Afdeling komt daar niet uit en vraagt daar (deels) een conclusie over: Afdeling bestuursrecht-spraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid’, raadvanstate.nl, 3 februari 2021.

¹²⁵ Ortlep & Zorg, AA 2018/1; Barkhuysen, *NJB* 2018/445.

¹²⁶ Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 99-100.

¹²⁷ Zie o.a. ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen; ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, AB 2016/82, m.nt. H.E. Bröring & J.G. Brouwer; ABRvS 25 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, AA 2018/3, m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille.

¹²⁸ ABRvS 25 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, AA 2018/3, m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille; Bij de beoordeling zelf blijkt de motivering inderdaad ontoereikend. Het instemmingsbesluit wordt daarom vernietigd, zij het dat de minister een jaar krijgt om een vervangend besluit te nemen en dat in dat jaar gewoon geldt wat in het instemmingsbesluit is vastgelegd. De Graaf en Marseille zijn terecht kritisch op de afdoening.

¹²⁹ Zie overigens de dag daarvoor ook de uitspraak van de Hoge Raad over het *ne bis in idem*-beginsel in de situatie dat zowel vervolging als oplegging van een alcoholslotprogramma plaatsvindt: HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

¹³⁰ Zie ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind en ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind.

¹³¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, AB 2021/4, m.nt. I.M. van der Heijden; ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, AB 2020/274, m.nt. J.G. Brouwer, L.M. Bruijn, E.M. Breeuwsmas; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1147, *JG* 2020/23, m.nt. R.D. van Oevelen; Zie over omgevingsrechtelijke zaken ook Kegge, *JBplus* 2018/4.

evenredigheidsbeoordeling ex 3:4, tweede lid, Awb ligt er evenwel nog niet.¹³² In de ene uitspraak wordt zij meer gebruikt als een soort hardheidsclausule vanwege de bijzondere omstandigheden, terwijl zij in de andere dient als een verzwaarde motiveringseis. Gezien de vraag om een conclusie, ligt het in de lijn der verwachting dat de Afdeling dit najaar met een uitspraak komt waarin zij een nieuwe lijn inzet.

Gebonden bevoegdheden

De gebonden bevoegdheden schitteren in afwezigheid in bovenstaande ontwikkeling. Bij de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 3:4, tweede lid, Awb was men namelijk kort en bondig: indien sprake is van een strikt gebonden bevoegdheid, geldt dat artikel 3:4, tweede lid, betekenis mist. Waar noch beleidsruimte, noch beoordelingsruimte bestaat, kan niet uit de wetbepaling voortvloeien dat niet aan het vereiste van evenredigheid is voldaan.¹³³ Voor zover wel sprake is van beoordelingsruimte, kan slechts voor dat onderdeel bezien worden of de gegeven beoordeling en het daarop gebaseerde besluit voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.¹³⁴ Dat laatste lijkt mij slechts het geval voor zover bij die beoordelingsruimte sprake is van een belangenafweging: het is immers moeilijk voor te stellen dat de beoordeling dat sprake is van bijvoorbeeld een ‘bouwwerk’ onevenredig is.¹³⁵

Bovenstaand uitgangspunt uit de wetshistorie is ook overgenomen in de rechtspraak.¹³⁶ De bestuursrechter overweegt bij gebonden bevoegdheden dat door het ontbreken van beleidsvrijheid – of door te spreken van het ontbreken van een mogelijkheid tot belangenafweging – geen evenredigheidsafweging gemaakt kan worden. De bekendste uitspraken in deze lijn zijn de oude uitspraken over artikel 26 Awir. In de eerste uitspraak over het dwingende karakter van artikel 26 Awir in 2008 werd daarbij overigens nog wél ingegaan op de evenredigheid van de terugvordering,¹³⁷ maar in de daaropvolgende uitspraken werd steevast overwogen dat de wet geen ruimte laat voor een evenredigheidstoetsing doordat het om een gebonden bevoegdheid gaat zonder ruimte voor een belangenafweging.¹³⁸ Andere

¹³² Widdershoven merkt op dat het huidige standpunt van de Afdeling waarschijnlijk het beste is weergegeven in een drietal overwegingen in de Groningen-uitspraken, zie o.a. ABRvS 19 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, r.o. 17.

¹³³ Zie de beantwoording van vraag 2.81, waarbij sprake is van een bij lagere regelgeving gebonden bevoegdheid: *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 60. Aangenomen mag worden dat deze restrictieve lijn voor lagere regelgeving, in lijn met artikel 120 Gw, ook geldt voor bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden; In die lijn past ook de toelichting op het eerste lid van artikel 3:4 Awb: *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 67. Volgens Schuurmans e.a. kan hierin ook algemener worden gelezen dat artikel 3:4 Awb in het geheel niet van toepassing is op gebonden bevoegdheden: *Bestuursrecht op Maat* 2020, p. 46.

¹³⁴ Zie de beantwoording van vraag 2.80: *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 59-60

¹³⁵ Volgens Duk – een van de grondleggers van het denken over de beoordelings- en beleidsruimte – kan bij beoordelingsruimte geen sprake zijn van een belangenafweging. De opvatting van Van Konijnenbelt en Van Male lijkt mij meer in lijn met het in de wetgeschiedenis gegeven oordeel en de praktijk, zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 149 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 60.

¹³⁶ Zie ook Van Etekoven, *NJB* 2021/101, p. 99-100 & 103-104.

¹³⁷ Zie ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262, r.o. 2.7. Dit oordeel lijkt mij niet enkel te gaan over het herzien van het voorschot, omdat het aanbieden van een betalingsregeling juist bij uitstek een aangelegenheid is die speelt bij terugvordering.

¹³⁸ Zie onder meer ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7020; ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1835; ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:840; ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

voorbeelden betreffen zaken over de ongeldigverklaring van rijbewijzen, inschrijving in het Nederlands register gerechtelijke deskundigen of de kennisname van politiegegevens.¹³⁹ Ook in het socialezekerheidsrecht wordt regelmatig overwogen dat geen ruimte is voor toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb gelet op het verplichtende karakter van de bevoegdheid, óók in gevallen waar wel ruimte is voor afwijking door middel van een hardheidsclausule.¹⁴⁰ De vraag of gebruik moet worden gemaakt van de hardheidsclausule staat namelijk los van de evenredigheidsbeoordeling en ziet op de aanwezigheid van (zeer) dringende redenen of andere in de wet genoemde omstandigheden.¹⁴¹ Bij de evenredigheidsbeoordeling gaat het (voor zover sprake is van beleidsruimte) om de afstemming van besluiten op een *voorzien* geval, terwijl de hardheidsclausule bedoeld is om te voorkomen dat de wet in *onvoorzien* gevallen leidt tot problemen.

Blijkens de rechtspraak en wetshistorie geldt kortom dat voor zover sprake is van een bevoegdheid zonder beleidsruimte, zoals de door mij onderscheiden categorieën aan gebonden bevoegdheden, niet getoetst kan worden aan artikel 3:4, tweede lid, Awb. Dat weerhoudt bepaalde auteurs er niet van om een ander standpunt te verdedigen. Van der Heijden betoogt in een van haar annotaties bijvoorbeeld dat artikel 3:4, tweede lid, Awb ook geldt in dwingendrechtelijke stelsels zonder discretionaire ruimte, waarbij zij de uitspraak inzake het alcoholslotprogramma aangrijpt.¹⁴² Doorslaggevend voor Van der Heijden lijkt het ontbreken van een beperking, zoals die wel is gemaakt in het eerste lid (“*tenzij uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit*”). Alhoewel een grammaticale lezing van 3:4, tweede lid, Awb niet in de weg staat aan de uitleg van Van der Heijden, lopen we daarbij wel tegen het fundamentele probleem aan van *wettelijke* dwingendrechtelijke systemen en een wetshistorische interpretatie van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Een toetsing op evenredigheid van dergelijke bevoegdheden zou leiden tot beslissingen die direct tegen een bepaling in een wet in formele zin ingaan. Scheltema gaat in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving onder meer in op die problematiek, die hij poogt op te lossen met het betoog dat artikel 3:4, tweede lid, Awb in zijn algemeenheid voorgaat op bijzondere wetten.¹⁴³ Aangezien dit betoog in de woorden van Van Ettehoven (nog) geen “*staande leer in de doctrine*” vormt bij toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb, past een bespreking van Scheltema’s opvatting beter in hoofdstuk 5 van deze scriptie.

Gebonden bij beleid of bij lagere regelgeving?

Voor zover sprake is van binding bij lagere wet- en regelgeving of bij beleidsregel, geldt dat de regeling op grond waarvan het besluit is genomen, exceptief kan worden getoetst in de

¹³⁹ Zie ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3422; ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1552; ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:807.

¹⁴⁰ Zie bijvoorbeeld CRvB 3 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3367; CRvB 19 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:486; CRvB 6 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:915; CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183.

¹⁴¹ Het gaat daar om de vraag of het besluit – zoals terugvordering op grond van de Participatiewet – leidt tot onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen voor de betrokkene: CRvB 19 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:486. Per hardheidsclausule zal verschillen wanneer daaraan toepassing wordt gegeven: *Bestuursrecht op Maat* 2020, p. 47.

¹⁴² ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, AB 2021/4, m.nt. I.M. van der Heijden.

¹⁴³ Scheltema 2020, p. 19-25; Zie ook Bakker 2018, p. 365 e.v.

procedure tegen het besluit. Ondanks dat sprake is van een gebonden bevoegdheid, kan worden gezien of de regeling waarbij de binding plaatsvindt, in strijd is met onder meer artikel 3:4, tweede lid, Awb. De discussie over exceptieve toetsing en haar ontwikkeling heeft een vlucht genomen na de conclusie van Widdershoven over dit onderwerp.¹⁴⁴ Sinds de jaren '80 gold voor de toetsing van algemeen verbindende voorschriften (avv's) aan algemene rechtsbeginselen – zoals het evenredigheidsbeginsel – de toetsingsmaatstaf zoals die in het Landbouwwliegers-arrest is geformuleerd door de Hoge Raad.¹⁴⁵ Deze maatstaf komt erop neer dat de rechter toetst op het verbod van willekeur: kon de regelsteller in redelijkheid tot het voorschrift in de regelgeving of beleidsregel komen?¹⁴⁶ Widdershoven concludeert in lijn met de literatuur dat een minder terughoudende toetsing gewenst is.¹⁴⁷

Widdershoven komt in zijn conclusie tot twee wijzen om zijn minder terughoudende toetsing te operationaliseren.¹⁴⁸ Allereerst geldt dat de willekeursluis moet worden losgelaten bij de toetsing aan formele rechtsbeginselen (o.a. zorgvuldigheid & motivering), waardoor de enkele schending van deze beginselen al kan leiden tot onverbindendheid van de avv.¹⁴⁹ Ten tweede dient voor de toetsing van avv aan het evenredigheidsbeginsel, als belangrijkste materieel beginsel, te worden gekeken naar het Duits-Europese toetsingsmodel.¹⁵⁰ De wetshistorie vraagt expliciet naar een doel-middeltoets, maar die komt in de huidige toetsing onvoldoende naar voren.¹⁵¹ De eerder door mij genoemde toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid zou volgens Widdershoven niet zozeer tot een indringendere toets leiden, maar in ieder geval meer structuur aan de rechterlijke beoordeling verschaffen en beter zichtbaar maken waar door de materiële wetgever rekening moet worden gehouden.¹⁵² Dit komt de voorspelbaarheid van het rechterlijk oordeel ten goede en zou ook de regelgever een model geven om haar motivering en toelichting op aan te passen, bijvoorbeeld door goed aan te geven dat er geen minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn. Vanuit deze structuur kan vervolgens worden gekeken naar een differentiatie in indringendheid van de toetsing op evenredigheid, mede aan de hand van de door Widdershoven onderscheiden vuistregels voor de toetsingsintensiteit.¹⁵³

¹⁴⁴ A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

¹⁴⁵ HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*), *AB Klassiek* 2016/10, m.nt. R.M. van Male; Daarbij moet worden opgemerkt dat deze maatstaf niet meer consequent werd toegepast voor wat betreft toetsing aan materiële beginselen, maar nog wel bij de toetsing aan formele rechtsbeginselen.

¹⁴⁶ De standaardoverwegingen van de andere bestuursrechters zijn ook op dit arrest gebaseerd, zie A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.3.

¹⁴⁷ A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 7.12-7.13 & 8.1.

¹⁴⁸ Zie ook Van Zanten, *NTB* 2020/203 en Van Heusden, *RegelMaat* 2021/1; Daarbij ga ik niet in op de door Widdershoven behandelde vraag of – geïnspireerd op de Europese Constanzo-jurisprudentie – voor het bestuursorgaan een verplichting geldt om regelgeving die in strijd is met algemene rechtsbeginselen zelf buiten toepassing te laten.

¹⁴⁹ A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.5-8.6.

¹⁵⁰ A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.7; Zie ook Van Zanten, *NTB* 2020/203, p. 465-467.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 70-71.

¹⁵² A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.7.

¹⁵³ A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.4 & 9; Dan komen we dus wel weer op de impasse terecht die ik in voetnoot 123 al aanstipte: wat betekent een meer indringende toets? Het verschil tussen een 'volledige' toets (lees: indeplaatsstelling van het oordeel door de rechter) en een redelijkheidstoets is duidelijk, maar de verschillende gradaties die daartussen moeten bestaan zijn lastiger te onderscheiden.

De aanhoudende discussie leidt ook op dit vlak tot een koerswijziging van de bestuursrechters. Met haar uitspraken van 1 juli 2019 laat de Centrale Raad van Beroep als eerste hoogste bestuursrechter de Landbouwwvliegers-toets los en kiest voor een nieuw kader voor exceptieve toetsing, waarin de indringendheid van de toetsing afhankelijk is “*van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen.*”¹⁵⁴ Anders dan de conclusie, geldt in het kader van de CRvB dat de enkele schending van het motiverings- of zorgvuldigheidsbeginsel niet genoeg is om het voorschrift buiten toepassing te laten. In de lijn van de CRvB is hiervoor nog benodigd dat door het ontbreken van de motivering of een zorgvuldige voorbereiding volgt dat de bestuursrechter niet kan beoordelen of het voorschrift in strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁵⁵ De Afdeling sluit met haar uitspraak van 12 februari 2020 aan op deze lijn.¹⁵⁶ Van Zanten wijst in een recente annotatie op relatieve terughoudendheid van de Afdeling en de Centrale Raad – ondanks de nieuwe formulering – maar wijst erop dat dit niet betekent dat de toetsing aan algemene rechtsbeginselen altijd gemakkelijk wordt doorstaan.¹⁵⁷

De exacte toetsing van een avv of beleidsregel waarbij een bevoegdheid is gebonden zal afhankelijk zijn van i) de beslissingsruimte van het vaststellend orgaan en ii) de mate waarin het voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbenden en hun fundamentele rechten. De daadwerkelijke toetsing op evenredigheid zal met name een procedurele invulling krijgen: indien onvoldoende onderzoek is verricht naar de af te wegen belangen – waaronder het belang waar de betrokken belanghebbende(n) in wordt geraakt – zal de toepassing van de regels onevenredig worden geacht.¹⁵⁸ Gebonden bevoegdheden zullen het lastig krijgen, omdat hun karakter (*one size fits all*) maakt dat de regelsteller met een goed verhaal moet komen ter onderbouwing van die benadering en de wijze waarop verschillende belangen in die afweging terugkomen. Voor zover hij daar niet in slaagt, kan dat leiden tot onverbindendverklaring of buitentoepassinglating van de relevante bepaling.

Waarschijnlijk moet het antwoord worden gezocht in sterkere procedurele toetsing. Zie over de onwenselijkheid daarvan in zaken over grondrechten: Den Houdijker 2012.

¹⁵⁴ Zie CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *O&A* 2019/46, m.nt. L.A. van Heusden, r.o. 7.5.1; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2017, r.o. 8.6.1; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, *AB* 2019/493, m.nt. M. van Zanten, r.o. 7.5.1.

¹⁵⁵ Zie CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *O&A* 2019/46, m.nt. L.A. van Heusden, r.o. 7.5.2; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2017, r.o. 8.6.2; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, *AB* 2019/493, m.nt. M. van Zanten, r.o. 7.5.2; Zoals Van Zanten in haar annotatie opmerkt, spreekt de Centrale Raad wel van ‘anders dan de conclusie’, maar staat deze slag om de arm óók in de conclusie van A-G Widdershoven. Anders dan in de conclusie wordt overigens enkel gesproken van het buiten toepassing laten, in plaats van onverbindendverklaring.

¹⁵⁶ ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, *AB* 2021/14, m.nt. M. van Zanten; Zie in die lijn verder ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1760 en ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2756, *AB* 2021/15, m.nt. M. van Zanten.

¹⁵⁷ M. van Zanten, annotatie bij ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2756, *AB* 2021/15.

¹⁵⁸ Zie het duidelijkste CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, *AB* 2019/493, m.nt. M. van Zanten, r.o. 8.8; Ook wel *process review*: Widdershoven, *NTB* 2018/30, p. 190.

3.1.2 CODIFICATIE EVENREDIGHEIDSBEGINSEL IN BIJZONDERE WET

Artikel 3:4, tweede lid, Awb is opgenomen in hoofdstuk 3 van de Awb met algemene bepalingen over besluiten en is daarmee van toepassing op alle besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Voorts is zij op grond van artikel 3:1 Awb van toepassing op besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften, en andere handelingen van bestuursorganen, zulks steeds voor zover de aard van de besluiten of handelingen zich daartegen niet verzet. Voor zover voor bepaalde typen besluiten afwijkende regels benodigd zijn, geldt dat zij in hoofdstuk 4 zijn geplaatst.¹⁵⁹ Gezien de plaatsing van artikel 3:4, tweede lid, Awb is het dus niet nodig om in bijzondere wetten te voorzien in een codificatie van het evenredigheidsbeginsel: voor zover een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb wordt genomen, is artikel 3:4, tweede lid, Awb in principe van toepassing.

Toch komt het voor dat wordt gekozen voor een specifieke codificatie van het evenredigheidsbeginsel in een bijzondere wet, ondanks dat artikel 3:4, tweede lid, Awb van toepassing is. Hiervoor bestaan steeds afzonderlijke, bijzondere redenen. Een voorbeeld betreft het met de Wet verbetering uitvoerbaarheid toeslagen aan artikel 26 Awir toegevoegde tweede lid.¹⁶⁰ In dit tweede lid is artikel 3:4, tweede lid, Awb bijna woordelijk herhaald, om de 23 oktober-jurisprudentie van de ABRvS te codificeren en te benadrukken dat er toch ruimte is om af te zien van gehele terugvordering van het bedrag.¹⁶¹ Andere voorbeelden betreffen de voorgeschreven belangenafwegingen bij de openbaarmakingsbevoegdheden in artikel 60 in de Wet toezicht trustkantoren 2018 en artikel 1:95 Wft of de toepassing van de weigeringsgrond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g Wob. Waar de evenredigheidsbepaling van artikel 26, tweede lid, Awir met name bedoeld is om te benadrukken dat er ruimte is om een afweging te maken en een oordeel in de jurisprudentie te onderschrijven, zijn de evenredigheidsbepalingen bij openbaarmakingsregelingen gebaseerd op een wetssystematisch argument. Bij een systeem waar de weigeringsgronden limitatief zijn opgesomd, is het uit het oogpunt van de systematiek wenselijk om de evenredigheidsgrond in de wet zelf op te nemen.

Evenals artikel 3:4, tweede lid, Awb hebben deze bijzondere evenredigheidsbepalingen geen waarde voor gebonden bevoegdheden. Een gebonden bevoegdheid zou met de aanwezigheid van een dergelijke evenredigheidsbepaling immers geen gebonden bevoegdheid meer zijn, omdat de evenredigheidsbepaling beleidsruimte met zich mee zou brengen.

3.1.3 OVERIGE EVENREDIGHEIDSBEPALINGEN IN DE AWB

De derde groep evenredigheidsbepalingen betreft de overige evenredigheidsbepalingen in de Awb. De belangrijkste twee zijn de eerder benoemde inherente afwijkingsbevoegdheid van

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 61.

¹⁶⁰ Tevens is een algemene hardheidsclausule opgesteld, zie de Wet hardheidsaanpassingen Awir en het daarbij ingevoerde artikel 47 Awir.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35574, nr. 3, p. 27-29; Geheel afzien is overigens slechts mogelijk in het geval waarin sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals een derde die heeft gefraudeerd zonder medeweten en betrokkenheid van de belanghebbende, zie p. 28.

beleidsregels in artikel 4:84 Awb en het nieuwe artikel 4:94a Awb over het geheel of gedeeltelijk kwijtschelden van een bestuursrechtelijke geldschuld.¹⁶² In paragraaf 2.3.1 ben ik reeds ingegaan op de inherente afwijkingsbevoegdheid. In de lijn die de Afdeling heeft ingezet met haar uitspraak van 26 oktober 2016, kunnen alle relevante omstandigheden van het geval maken dat in een concreet geval moet worden afgezien van handelen overeenkomstig de beleidsregel wegens bijzondere omstandigheden die maken dat het handelen volgens de beleidsregel onevenredig is.¹⁶³ Daarbij is niet langer doorslaggevend of de omstandigheid door de opsteller van de beleidsregel reeds was ‘verdisconteerd’ of niet. Een bij beleid gebonden bevoegdheid kan daarom in alle gevallen worden getoetst op evenredigheid ex artikel 4:84 Awb.¹⁶⁴

Artikel 4:94a Awb is een nieuwe toevoeging aan de Awb, ingevoerd per 1 april 2021 (*Stb.* 2020, nr. 500 & *Stb.* 2021, 68). Het artikel bepaalt dat bestuursorganen een algemene bevoegdheid hebben tot het geheel of gedeeltelijk kwijtschelden van geldschulden in gevallen waarin de nadelige gevolgen van de invordering onevenredig zijn in verhouding tot de met de invordering te dienen doelen.¹⁶⁵ Deze bevoegdheid geldt echter voor zover niet bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. In gevallen waarin de kwijtschelding is uitgesloten, zoals bij de eerder door mij gesignaleerde gebonden kwijtscheldingsbevoegdheden bij recidive in verschillende SZW-wetten, geldt dat artikel 4:94a Awb geen grond biedt voor een evenredigheidsbeoordeling.¹⁶⁶

3.2 ONGESCHREVEN RECHT

3.2.1 TOETSING AAN HET ONGESCHREVEN EVENREDIGHEIDSBEGINSEL

Plaatsbepaling ongeschreven evenredigheidsbeginsel

Overheidshandelen moet in overeenstemming zijn met het recht, óók wetgeving in formele zin¹⁶⁷ ‘Het recht’ omvat daarbij zowel geschreven als ongeschreven recht.¹⁶⁸ Zoals ik in paragraaf 3.1.1 heb toegelicht, is met de Awb gekozen voor een codificatie van een deel van de ongeschreven abbb, enkele van de belangrijkste fundamentele rechtsbeginselen. Dat

¹⁶² Daarnaast enkele zeer specifieke bepalingen waaronder artikel 2:6, tweede lid, artikel 8:32, tweede lid en artikel 8:51a, eerste lid, Awb. Voorts is artikel 5:13 Awb een verschijningsvorm van het evenredigheidsbeginsel, maar die norm is slechts van toepassing op de uitvoer van toezichtsbevoegdheden uit titel 5.2 van de Awb.

¹⁶³ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

¹⁶⁴ Dit in aanvulling op de exceptieve toetsing zoals benoemd in paragraaf 3.1.1. Het is dus mogelijk om zowel de grond voor de bevoegdheidstoepassing (of in ieder geval de binding daarvan in de beleidsregel) te toetsen als wel de toepassing daarvan in een concreet geval.

¹⁶⁵ Zie kort over deze bevoegdheid: L. op den Camp, annotatie bij CRvB 11 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3387, *Gst.* 2021/62.

¹⁶⁶ Zie *Kamerstukken II* 2019/2020, 35477, nr. 3, p. 11.

¹⁶⁷ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 263-264 & 268.

¹⁶⁸ In de Awb wordt op drie plekken gesproken van ongeschreven recht: artikel 6:22 Awb, artikel 8:69a Awb en artikel 8:77 Awb. Deze laatste is het belangrijkste, nu zij nog expliciteert dat een besluit in strijd met het recht kan zijn indien sprake is van schending van ongeschreven recht: *Kamerstukken II* 1992/93, 22495, nr. 6, p. 61. Deze toetsing is echter al zo ‘ingeburgerd’ dat de wetgever afzag van het opnemen van toetsingsgronden, zoals dat wel gebeurde in de voorgangers van de Awb.

betekent niet dat aan deze ongeschreven rechtsbeginselen geen betekenis meer toekomt.¹⁶⁹ Met name omdat het toepassingsbereik van de codificaties anders is dan dat van de ongeschreven beginselen.¹⁷⁰ Voor het evenredigheidsbeginsel geldt dat de codificatie in artikel 3:4, tweede lid, Awb beperkt is tot het toepassingsbereik zoals uiteengezet in artikel 3:1 Awb. De voorschriften in afdeling 3.2 – waaronder artikel 3:4, tweede lid, Awb – zijn van toepassing op beschikkingen en op besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften, voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet. Voorts zijn de voorschriften uit afdeling 3.2 van overeenkomstige toepassing op andere handelingen van bestuursorganen. Wetgeving in formele zin valt hier echter niet onder, nu de wetgevende macht géén bestuursorgaan is op grond van artikel 1:1, tweede lid, onder a, Awb en een wet dus ook geen besluit vormt in de zin van artikel 1:3 Awb. De codificatie van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb is dus niet van toepassing op wetgeving in formele zin. Het ongeschreven evenredigheidsbeginsel is echter wél van toepassing op wetgeving in formele zin.¹⁷¹ Dat maakt evenwel nog niet dat de rechter ook kan toetsen of een bij wet in formele zin gebonden bevoegdheid in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel: artikel 120 Gw – of in ieder geval de geldende interpretatie daarvan – staat daar namelijk aan in de weg.

Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw

Het ontbreken van constitutionele toetsing in Nederland is met recht een traditie te noemen. Alhoewel de wetgever bij het vaststellen van wetgeving is gebonden aan onder andere de Grondwet en ongeschreven recht, is met de Grondwetherziening van 1848 voor het eerst voorzien in een bepaling (artikel 131, tweede lid, Gw (oud)) die bepaalt dat het aan de wetgever zelf is om te bepalen wat die binding in de praktijk betekent en wat de gevolgen zijn van wetten in formele zin in strijd met het recht.¹⁷² In de ‘antieke’ bewoording van 1848 wordt gesproken van de ‘onschendbaarheid’ van de wet, wat duidelijk maakte dat de grondwettelijkheid van wetgeving in formele zin is onttrokken aan het oordeel van de rechter.¹⁷³ Met de Grondwetsherziening van 1983 is gekozen voor een nieuwe bewoording. De bepaling vermeldt niet langer dat de wet onschendbaar is, maar bepaalt dat de rechter niet in de beoordeling van de *grondwettigheid* van wetten en verdragen treedt. Over het effect van deze gewijzigde

¹⁶⁹ Zie fundamenteeler over rechtsbeginselen, hun plaats in de normenhiërarchie en hun gelding naast codificatie: Gerards 2012.

¹⁷⁰ Daarnaast geldt dat de codificatie qua inhoud niet overeen hoeft te komen, dat is bijvoorbeeld het geval bij het zorgvuldigheidsbeginsel: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 270.

¹⁷¹ Ook de wet dient immers in overeenstemming te zijn met fundamentele rechtsbeginselen, zie daarover ook de later te bespreken doorbraakarresten, waaronder HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2432, NJ 1979/533, m.nt. M. Scheltema; De toepassing van de gebonden bevoegdheid op grond van het wettelijk voorschrift valt vanzelfsprekend wél onder het toepassingsbereik van artikel 3:4, tweede lid, Awb, zij het dat dit gezien mijn eerdere uiteenzetting niet kan baten.

¹⁷² Elzinga, Hoogers & De Lange 2014, p. 697; Kortmann 2016, p. 358-359; De enige uitzondering hierop betreft de toetsing aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

¹⁷³ Zie ook het Van den Bergh-arrest, waarin artikel 131, tweede lid, Gw (oud) zo is uitgelegd dat het zowel toetsing aan materiële als formele voorschriften uitsluit: HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens; Opvallend genoeg liet deze bewoording vóór de invoering van een specifieke regeling voor strijd met internationaal recht (artikel 66 Gw (oud)) nog wel ruimte om te toetsen aan ongeschreven volkenrecht, aldus de HR in HR 6 maart 1959, ECLI:NL:HR:1959:131, NJ 1962/2, m.nt. D.J. Veegens

bewoording is bij de totstandkoming veel te doen geweest, nu zij tekstueel de ruimte lijkt te scheppen om wetgeving te toetsen aan algemene rechtsbeginselen.¹⁷⁴

De memorie van toelichting was in ieder geval stellig. De nieuwe bewoording lijkt enkel bedoeld om het uiteindelijke systeem van artikel 120 Gw en artikel 94 Grondwet (toetsing aan internationaal recht) op elkaar aan te laten sluiten: een wet is immers niet onschendbaar indien zij volgens het systeem van de Grondwet geen toepassing vindt bij strijd met internationaal recht.¹⁷⁵ Met het verlaten van de terminologie uit 1848 is niet bedoeld om een toetsingsbevoegdheid aan ongeschreven recht te scheppen.¹⁷⁶ Dat heeft de regering driemaal moeten herhalen met daarin telkens de opvallende opvatting dat de bewoording juist “pregnanter” zou zijn dan de oude bewoording, omdat verschillende Kamerleden niet overtuigd waren van de nieuwe bewoording en de door de regering gegeven interpretatie.¹⁷⁷ Kortmann constateert dat een sluitend antwoord op de interpretatie niet wordt gegeven en dat de twijfel die in de parlementaire behandeling is opgeworpen, niet geheel is weggenomen.¹⁷⁸ Alhoewel ik denk dat Kortmann terecht wijst op de duidelijke twijfel bij een aantal Kamerleden en de ongelukkige bewoording van artikel 120 Grondwet, zijn de ter stemming gelegde opvattingen van de regering voldoende duidelijk om te concluderen dat met de nieuwe bewoording geen toetsing aan de algemene rechtsbeginselen is bedoeld.¹⁷⁹

Het duurde zes jaar voor de Hoge Raad een uitleg moest geven aan de relatie tussen het toetsingsverbod zoals in 1983 geformuleerd en toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. In een zaak van de Landelijke Studentenvakbond tegen de Staat over de Harmonisatiewet, waarmee een groep studenten het (zesjarige!) recht op studiefinanciering verloor bij het begin van hun tweede studie, zag de Hoge Raad zich geplaagd voor onder meer de vraag of een wet in formele zin getoetst mag worden aan de ongeschreven rechtsbeginselen.¹⁸⁰ In de uitspraak vindt een duidelijke weging van voor en tegens plaats, waarmee – in de woorden van Elzinga en anderen – een discussiërende aanpak ontstaat.¹⁸¹ De uiteindelijke conclusie is weinig verrassend en volgt de wetshistorie: “[er] moet worden geoordeeld dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Grondwet zich niet (ook) tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet.”¹⁸² Interessanter zijn

¹⁷⁴ Elzinga, Hoogers & De Lange 2014, p. 697-698; Kortmann 2016, p. 360.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, nrs. 3-4, p. 20-21.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, nrs. 3-4, p. 21.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 1980/81, 16162, nr. 6, p. 12-13; *Kamerstukken II* 1980/81, 16162, nr. 8, p. 21-22; *Kamerstukken II* 1980/81, 16162, nr. 10, p. 3; Ten slotte de uitlatingen van regeringscommissaris Simons: Conclusie A-G Mok 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5742, punt 4.2.2.

¹⁷⁸ Kortmann 2016, p. 360-361; Dit standpunt verdedigde Kortmann eerder al in Kortmann 1987.

¹⁷⁹ Dit is ook de opvatting van de meerderheid van de literatuur na de Grondwetwijziging van 1983: Conclusie A-G Mok 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5742, punt 4.2.3.

¹⁸⁰ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema; Zie voor iets meer context: Peters, AA 2010/05; Strikt genomen is in het arrest *Landbouwvliegers* met de passage ‘niet door de formele wetgever gegeven’ al een voorzet gegeven voor dit oordeel: HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwvliegers*), *AB Klassiek* 2016/10, m.nt. R.M. van Male, r.o. 6.1.

¹⁸¹ Elzinga, Hoogers & De Lange 2014, p. 697; Kortmann 2016, p. 360-36.

¹⁸² HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.5-3.6.

echter de genoemde voor- en tegenargumenten én de uitzondering die de Hoge Raad op bovenstaand oordeel formuleert.

Het Harmonisatiewet-arrest: voor- en tegenargumenten

De discussiërende aanpak die de Hoge Raad in het arrest verkiest, maakt dat zowel de voor- als tegenargumenten voor een restrictieve interpretatie van artikel 120 Gw worden belicht. Anders dan A-G Mok die – in de woorden van Hirsch Ballin – een “afkeer” voor toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen heeft, lijkt de Hoge Raad toch ook wel iets te voelen voor beide kampen.¹⁸³ Zoals Peters opmerkt, kan dat deels te wijten zijn aan het feit dat de Hoge Raad expliciet stelt dat zij de bepalingen uit de Harmonisatiewet in strijd acht met het rechtszekerheidsbeginsel en dus enigszins wilde beantwoorden aan het wat rebelse vonnis van de President in eerste aanleg.¹⁸⁴ Hirsch Ballin leest tussen de regels door dat de Hoge Raad een bevoegdheid tot toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen wel passend in zijn rechterlijke taak zou achten, maar het constitutioneel ongeoorloofd acht om zonder consensus van de wetgever een dergelijke stap te zetten.¹⁸⁵

Te beginnen met de argumenten die pleiten voor een restrictieve uitleg van artikel 120 Gw en daarmee dus een toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. De Hoge Raad wijst erop dat de rechter zich steeds vaker voor de taak ziet gesteld om de wet aan internationale verdragen te toetsen, met name aan in die verdragen neergelegde fundamentele rechten.¹⁸⁶ Volgens de Hoge Raad zou een toetsing op fundamentele rechtsbepalingen die (nog) niet zijn neergelegd in eenieder verbindende verdragsbepalingen, zoals beschreven in artikel 94 Gw, goed aansluiten bij die beweging. In gevallen waarin geen verdragenrecht van toepassing is, zou kunnen worden getoetst aan de algemene rechtsbeginselen om te beantwoorden aan de “*groeibehoeftes aan rechtsbescherming tegen de overheid*”.¹⁸⁷ In het licht daarvan moet ook de contra legem werking van abbb worden begrepen, zoals eerder geformuleerd in de doorbraakarresten.¹⁸⁸ De laatste argumenten die de Hoge Raad benoemt, zijn van meer staatsrechtelijke aard. Zij wijst daarbij op de beweging (volgens de literatuur) naar de meer monistische verhouding tussen regering en de volksvertegenwoordiging, en de toename van het overwicht van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten – wat ironisch genoeg ook het geval lijkt bij de Grondwetswijziging van 1983 – waardoor de veronderstelling dat de wetgever zelf toeziet op het rechtsgehalte van haar wetten niet meer zo sterk opgaat.

De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 120 Gw leidt de A-G en de Hoge Raad er echter toe om het standpunt zoals ingenomen door de regering in de hiervoor geciteerde memorie van

¹⁸³ Hirsch Ballin maakt korte metten met de opvatting van Mok over toetsing aan algemene rechtsbeginselen: E.M.H. Hirsch Ballin, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, punt 2.3

¹⁸⁴ Peters, AA 2010/05, p. 363; Dat komt er eigenlijk op neer dat de HR dus wél een beoordeling van de wet geeft, maar hem niet toetst in strikte zin.

¹⁸⁵ E.M.H. Hirsch Ballin, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, punt 2.5-2.6.

¹⁸⁶ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.4; Zie hierna paragraaf 3.3.

¹⁸⁷ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.4

¹⁸⁸ Zie paragraaf 3.2.2.

toelichting en nota's als uitgangspunt te nemen.¹⁸⁹ Volgens zowel Mok als de Hoge Raad is dit het enige expliciete standpunt dat in het Grondwetgevingstraject is ingenomen over de vraag of artikel 120 Gw restrictief of extensief moest worden uitgelegd. Dit standpunt is door de volksvertegenwoordiging niet “wezenlijk” weersproken: er waren geen initiatiefontwerpen, amendementen of moties die blijk geven van een meerderheid voor de restrictieve uitleg en dus een toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen.¹⁹⁰ Daarbij geldt volgens zowel de A-G als de Hoge Raad bovendien dat in aanmerking moet worden genomen dat het extensieve toetsingsverbod past bij “*de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel*” en dat over een herijking van die plaats niet “*in brede kring overeenstemming bestaat.*”¹⁹¹ Dit laatste is doorslaggevend.¹⁹² De tegenargumenten wegen voor zowel de Hoge Raad als de A-G namelijk zwaarder. Al valt volgens de Hoge Raad niet te ontkennen dat “*het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten*” is toegenomen in de zes jaren sinds de Grondwetwijziging van 1983.¹⁹³

Dat heeft in de ruim dertig jaar na het arrest evenwel niet geleid tot een ander oordeel: het blijft vaste rechtspraak dat de rechter wetten in formele zin niet kan toetsen aan algemene rechtsbeginselen.¹⁹⁴ Voor zover een bevoegdheid gebonden is bij wet in formele zin, geldt dat deze wet zelf dus niet getoetst kan worden aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel door de extensieve uitleg van het Harmonisatiewet-arrest. In rechtsoverweging 3.9 van het arrest laat de Hoge Raad evenwel een ‘muizengaatje’ open om in bepaalde (groepen van) gevallen ervoor te kiezen om de wet in formele zin buiten toepassing te laten. Daarover meer in de volgende paragraaf.

3.2.2 DE CONTRA LEGEM WERKING VAN HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL

Doorbraakarresten & Harmonisatiewetarrest

Het ‘muizengaatje’ wordt gevormd door de contra legem werking van de abbb, welk leerstuk in de jaren '70 is ontwikkeld door de CRvB en is overgenomen door de Hoge Raad.¹⁹⁵ In 1975 overweegt de CRvB voor het eerst dat bijzondere omstandigheden kunnen maken dat wetstoepassing in zodanige mate in strijd kan komen met ongeschreven recht, dat het uitvoeren

¹⁸⁹ Conclusie A-G Mok 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5742, punt 3.4, 4.2.2-4.2.3 & 4.3; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.5

¹⁹⁰ Conclusie A-G Mok 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5742, punt 3.4, 4.2.2-4.2.3 & 4.3; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.5

¹⁹¹ Conclusie A-G Mok 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5742, punt 4.3; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.5; Zie de scherpe kritiek van Kortmann in 2005: Kortmann, AA 2005/11.

¹⁹² E.M.H. Hirsch Ballin, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, punt 2.5; M. Scheltema, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469.

¹⁹³ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.6.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729; ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4153; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1166; CRvB 30 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1237.

¹⁹⁵ E.M.H. Hirsch Ballin, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, punt 4.1; Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen*, 2018, p. 362-363; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 348 e.v.

van dat wettelijk voorschrift geen rechtsplicht meer is.¹⁹⁶ Enkele jaren later antwoordt de Hoge Raad met zijn ‘revolutionaire’ Doorbraak-arresten, waarin het vertrouwensbeginsel ertoe leidt dat de toepassing van een voorschrift waaruit de belastingschuld rechtstreeks voortvloeit, buiten toepassing moet worden gelaten.¹⁹⁷ De ‘revolutie’ zit hem erin dat deze uitzondering ook geldt voor zaken waarin géén beleidsruimte bestaat voor het bestuursorgaan, waar die voorheen slechts werd aangenomen in gevallen waarin het bestuursorgaan wel over beleidsruimte beschikte.¹⁹⁸ Het bestuursorgaan wordt in die bijzondere omstandigheden verplicht om contra legem te handelen, waarmee de gebondenheid van het bestuur (en indirect rechter) aan de wet wordt doorbroken.¹⁹⁹ De Raad van State en het CBb volgen later, zij het dat hun rechtspraak op punten verschilt.²⁰⁰ Zo oordeelde de Afdeling dat in vergunningverhoudingen geen contra legem werking mogelijk is en dat bij financiële besluiten amper ruimte is voor contra legem werking.²⁰¹ Van Konijnenbelt en Van Male wijzen erop dat de Afdeling een beroep op de contra legem werking van abbb “*tamelijk vierkant*” afwijst en die strengheid met name compenseert door te wijzen op schadevergoeding, het afwijzen van handhavend optreden of door invordering niet toe te staan.

In het Harmonisatiewet wordt op deze rechtsspraak gewezen, maar de Hoge Raad is van oordeel dat dit iets anders is dan toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen.²⁰² Het in bepaalde (groepen van) gevallen *buiten toepassing* laten in verband met daarin *niet verdisconteerde omstandigheden* – in de hoofdregel gelegen in de wijze waarop de overheid in dat concrete geval is opgetreden, zoals bij vertrouwenwekkende handelingen – die maken dat wetstoepassing in dat concrete geval in strijd komt met fundamenteel rechtsbeginsel, is iets anders dan het buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van de omstandigheden die bij haar totstandkoming juist wél zijn meegewogen. Dat laatste raakt aan de verbindende kracht van de wetsbepaling en zou op toetsing neerkomen in strijd met artikel 120 Grondwet. Doorslaggevend is dus of de belangen en/of omstandigheden die tot de schending van een fundamenteel rechtsbeginsel leiden, bij de totstandkoming zijn meegewogen of niet. Voor zover dat niet het geval is, kunnen de ongeschreven rechtsbeginselen dwingen tot een contra legem werking, omdat de geldigheid van de wet niet ter discussie staat. Indien dat wel het geval is, dient de wet als zodanig te worden beoordeeld en komt men dus in het vaarwater van de extensieve interpretatie van artikel 120 Gw. Hirsch Ballin stelt vraagtekens bij het beperken van de contra legem werking van de abbb tot gevallen waarin geen sprake is van

¹⁹⁶ CRvB 18 februari 1975, AB 1975/243, m.nt. J.R. Stellinga en CRvB 11 september 1980, ECLI:NL:CRVB:1980:AM5745, AB 1981/233, m.nt. B.J. van der Net.

¹⁹⁷ HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX:3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, AB *Klassiek* 2016/5, m.nt. J.H. van Kreveld; AB 1979/262, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1979/533, m.nt. M. Scheltema.

¹⁹⁸ HR 14 oktober 1970, ECLI:NL:HR:1970:AX5130 (*Straat- en rioolbelasting Voorburg*).

¹⁹⁹ J.H. van Kreveld, annotatie bij HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX:3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, AB *Klassiek* 2016/5, p. 63-64.

²⁰⁰ Van Konijnenbelt en Van Male wijten dit deels aan de verschillende typen geschillen waar zij over oordelen: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2014, p. 349 e.v.

²⁰¹ J.H. van Kreveld, annotatie bij HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX:3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, AB *Klassiek* 2016/5, p. 75-77; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 354-357.

²⁰² HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin, r.o. 3.9.

verdisconteerde omstandigheden. Volgens hem is het vreemd om een redelijke doch onvolledige belangenafweging ter zijde te kunnen schuiven, maar een onrechtmatige belangenafweging te beschermen.²⁰³ Dat schuurt volgens hem, zeker omdat de Hoge Raad met haar oordeel etaleert dat zij prima in staat is om te constateren wanneer de door de wetgever gemaakte belangenafweging onrechtmatig is. Dat is immers ook haar taak bij strijd met internationaal recht.²⁰⁴

De Hoge Raad spreekt van ‘verdisconteerde omstandigheden’ indien het gaat om omstandigheden waar de wetsbepaling voor is bedoeld en die bij de afweging bij de totstandkoming zijn betrokken.²⁰⁵ Volgens Bakker gaat het daarbij echter niet enkel om de expliciet in de totstandkomingsgeschiedenis ter sprake gekomen omstandigheden. De wetgever kan immers niet ieder geval bespreken waar het wettelijk voorschrift uiteindelijk op van toepassing is.²⁰⁶ Volgens haar dient de uitzondering te worden gelezen in het licht van de traditionele plaats van de rechter die ten grondslag ligt aan artikel 120 Grondwet en het Harmonisatiewet-arrest en gaat het erom om te bepalen of op een andere manier wordt geoordeeld dan de wetgever over de verenigbaarheid van de wet met een rechtsbeginsel of ander ongeschreven recht.²⁰⁷ Expliciete en impliciete oordelen van de wetgever over die verenigbaarheid mogen dus niet worden “doorkruist”.²⁰⁸ Om die traditionele rol niet te doorkruisen is sprake van verdisconteerde omstandigheden indien ofwel het geval expliciet is benoemd als vallend binnen het toepassingsbereik in de wethistorie, dan wel gelijkenissen vertoont met het geval waar de wetsbepaling normaal voor is bedoeld.²⁰⁹ Bakker maakt daarbij de kanttekening dat naar mate de tijd verstrijkt, de kans groter is dat sprake is van een niet-verdisconteerde omstandigheid. Niet alleen (technische) ontwikkelingen, maar ook een andere tijdsgeest – ik wijs nadrukkelijk op de kinderopvangtoeslagaffaire – kunnen maken dat sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden.²¹⁰ Maatschappelijke opvattingen kunnen veranderen en maken dat de “*wil van het electoraat*” beter tot uitdrukking komt in het toepassen van de uitzondering dan in de toepassing van de wet.

Het evenredigheidsbeginsel contra legem?

In de contra legem-discussie was het deels de vraag welke ongeschreven beginselen een dergelijke werking hadden. Van het vertrouwensbeginsel – dat de aanjager was voor de rechtspraak van de CRvB en de Doorbraak-arresten – en later ook het gelijkheidsbeginsel was

²⁰³ E.M.H. Hirsch Ballin, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, punt 4.3.

²⁰⁴ E.M.H. Hirsch Ballin, annotatie bij HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, punt 4.3.

²⁰⁵ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), AA 1989/05, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin, r.o. 3.9; Bakker 2018, p. 56-57.

²⁰⁶ Bakker 2018, p. 57.

²⁰⁷ Bakker 2018, p. 58.

²⁰⁸ Zie ook Bakker, *DD* 2016/23.

²⁰⁹ Bakker 2018, p. 58-64.

²¹⁰ Bakker 2018, p. 64-66.

dat wel duidelijk.²¹¹ Voor het evenredigheidsbeginsel ligt dat anders, nu het daarbij niet zozeer gaat om een bepaald handelen of een bepaalde gedragslijn van de overheid die ander handelen doet vermoeden, maar om een belangenafweging. Over de mogelijkheid voor contra legem werking van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel zijn de meningen dan ook meer verdeeld.²¹² In de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters komt een uitzondering op grond van het evenredigheidsbeginsel – meestal als onderdeel van het zorgvuldigheidsbeginsel – zéér spaarzaam ter sprake.²¹³ Te wijzen valt op het arrest van de Hoge Raad waarin is bepaald dat onder omstandigheden geen heffingsrente in rekening mag worden gebracht, omdat het zorgvuldigheidsbeginsel zich hiertegen verzet.²¹⁴ In rechtspraak van de CRvB en de Afdeling wordt een dergelijke uitzondering niet per definitie afgewezen. Belanghebbenden slagen er echter niet in om aan te tonen dat sprake is van bijzondere omstandigheden die niet door de wetgever zijn verdisconteerd.²¹⁵ Van Kreveld wijst voorts nog op jurisprudentie van de Afdeling waarin een gefixeerde strafkorting gelet op ‘het evenredigheidsbeginsel van artikel 6 EVRM’ niet mocht worden toegepast.²¹⁶ Deze rechtspraak is door inwerkingtreding van artikel 5:46, derde lid, Awb per 1 juli 2009 echter niet langer contra legem.

De duidelijkste aanwijzing van contra legem werking van het evenredigheidsbeginsel, is terug te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad. In zijn arrest van 19 december 2014 oordeelt de Hoge Raad over een vordering van ouders tegen een zorgverzekeraar tot vergoeding van geneesmiddelen buiten het verzekerde pakket.²¹⁷ De dochter lijdt aan een zeer pijnlijke, langzaam genezende ziekte en krijgt hiervoor door haar kinderarts-immunoloog het geneesmiddel ‘bosentan’ voorgeschreven, nadat alle alternatieven zijn geprobeerd en onvoldoende effectief bleken. VGZ – de zorgverzekeraar van de dochter – weigert vergoeding van het middel en beroept zich in de daaropvolgende procedure op de dwingendrechtelijke vergoeding bij en krachtens de Zorgverzekeringswet. Dit dwingendrechtelijk stelsel is opgezet om de betaalbaarheid van de zorg te waarborgen. Het is zorgverzekeraars dan ook niet

²¹¹ J.H. van Kreveld, annotatie bij HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX:3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, *AB Klassiek* 2016/5, p. 66-72 & 74-79; H.E. Bröring, annotatie bij CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653, *AB* 2001/49, punt 2.

²¹² Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen* 2018, p. 365 & 370-371; Bakker gaat uit van de mogelijkheid van toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb en spreekt in het vervolg niet meer van het ongeschreven beginsel. Zoals ik heb toegelicht, is dat in ieder geval volgens de doctrine onjuist.

²¹³ Bakker constateert dat dit anders is voor contra legem werking bij lagere regelgeving, daar is een uitzondering op grond van het evenredigheidsbeginsel ondertussen geaccepteerd: Bakker 2018, p. 368-370.

²¹⁴ HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8524, *AB* 2010/12, m.nt. R. Ortlep. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat de wetgevingsgeschiedenis deze uitzondering als beleid dicteerde, maar dat de inspecteur zich hier simpelweg niet aan hield. Bovenstaande uitzondering strookte dus beter met de wetgevingsgeschiedenis dan de legistische naleving van de wet door de inspecteur.

²¹⁵ Zie onder meer ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1325; ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:680; CRvB 7 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:693; CRvB 30 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1650, *AB* 2018/355, m.nt. L.J.A. Damen; CRvB 30 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1675; CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1744; CRvB 9 januari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:38; CBb 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:161; CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607.

²¹⁶ J.H. van Kreveld, annotatie bij HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX:3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, *AB Klassiek* 2016/5, p. 78-79; Zie ABRvS 25 maart 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN5980, *AB* 1999/229, m.nt. B.P. Vermeulen en ABRvS 15 april 1999, *JB* 1999/151, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

²¹⁷ HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *JB* 2015/48, m.nt. R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker.

toegestaan om meer of andere zorg te vergoeden dan uit het stelsel van de Zorgverzekeringswet volgt.²¹⁸ Toch komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de vordering door de voorzieningenrechter terecht is toegewezen en dat inderdaad toepassing moet worden gegeven aan de uitzondering zoals geformuleerd in het Harmonisatiewet-arrest en in latere jurisprudentie van de CRvB op grond van de Ziekenfondswet.²¹⁹ De aanspraak op de geneesmiddelen wordt gegrond op de eisen van redelijk en billijkheid, zoals bedoeld in de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Deze uitspraak komt praktisch neer op een evenredigheidstoetsing: de gevolgen voor het niet-vergoeden van het middel zijn dermate ernstig voor de dochter, dat zij zwaarder wegen dan het doel van de dwingendrechtelijke regeling.²²⁰

Waarde voor gebonden bevoegdheden

Het ‘muizengaatje’ uit het Harmonisatiewetarrest en de Doorbraakarresten maakt het mogelijk dat toepassing van een bij wet gebonden bevoegdheid zozeer in strijd komt met fundamentele of algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, dat de toepassing achterwege moet blijven. In de jurisprudentie gaat het bij die uitzonderingen met name om strijd met het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel, maar de contra legem werking van het evenredigheidsbeginsel is niet uit te sluiten. De aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad op grond van de redelijk- en billijkheid is daartoe de sterkste aanwijzing, maar ik zou willen beargumenteren dat hetzelfde geldt voor de jurisprudentie van de Afdeling inzake evenredigheid en punitieve sancties. Ik zie namelijk geen reden om bij de mogelijkheid van ‘doorbreking’ op grond van het evenredigheidsbeginsel een verschil te maken tussen punitieve en niet-punitieve besluiten. Dat neemt niet weg dat het ‘muizengaatje’ nog nooit expliciet is toegepast op grond van het evenredigheidsbeginsel in een zaak betreffende een niet-punitief besluit. Van belang is daarnaast dat zij slechts toepassing kan vinden voor zover de nadelige gevolgen voor belanghebbende die aanleiding zijn voor het oordeel dat sprake is van een onevenredig besluit, niet reeds zijn verdisconteerd bij de totstandkoming van de wetsbepaling. Voor zover het geval ondanks de onevenredige gevolgen expliciet onder het toepassingsbereik van de regel zijn geschaard, weerhoudt het Harmonisatiewet-arrest de rechter ervan om de wettelijke bepaling buiten toepassing te laten met toepassing van het ‘muizengaatje’.

²¹⁸ Zie artikel 11, eerste lid, Zorgverzekeringswet en artikel 11, derde en vierde lid, Zorgverzekeringswet en het op grond daarvan opgestelde Besluit zorgverzekeringswet en Regeling zorgverzekeringswet; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 40 & 78.

²¹⁹ Onder de Ziekenfondswet nam de CRvB ook al dergelijke uitzonderingen aan: CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653, AB 2001/49, m.nt. H.E. Bröring en CRvB 17 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BF0927.

²²⁰ Al gelden er nog wel vier strenge eisen, die volgens Schutgens en Bakker zijn bedoeld om een midden te slaan tussen het moeten kunnen afwijken van de wet en het betaalbaar houden van de zorg: R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker, annotatie bij HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, JB 2015/48, punt 5.

3.3 INTERNATIONAAL RECHT (EVRM)

3.3.1 INLEIDEND

Afbakening

De derde en laatste pijler van rechterlijke toetsing, betreft het internationaal recht. Ook in het internationaal recht komt het evenredigheidsbeginsel tot uitdrukking, zowel als gecodificeerde norm als wel als ongeschreven rechtsbeginsel. De meest prominente plek wordt daarbij ingenomen door mensenrechtenverdragen zoals het EVRM en door het Unierecht. Voor gebonden bevoegdheden, die veruit het meeste terugkomen in SZW- en belastingwetgeving,²²¹ is het Unierecht van weinig waarde.²²² Ik beperk mij daarom tot een bespreking van het EVRM, dat een van de belangrijkste toetsstenen van de bestuursrechter vormt.²²³

Doorwerking van het EVRM

Volgens internationaal gewoonterecht gaat internationaal (on)geschreven recht voor op nationale wettelijke bepalingen.²²⁴ Het is echter de interne rechtsorde van staten die de toetsingsbevoegdheid bepaalt en uitmaakt wanneer een nationaal voorschrift onverbindend moet worden geacht, dan wel buiten toepassing moet worden gelaten vanwege strijd met het hogere recht. In Nederland vindt de rechterlijke toetsingsbevoegdheid haar weerslag in artikel 94 Gw, dat bepaalt dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien de toepassing niet verenigbaar is met *een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties*.²²⁵ Het gaat daarbij zowel om een abstracte als concrete toetsing: een regeling op zichzelf mag niet in strijd zijn met hoger recht en haar toepassing in een concreet geval evenmin.²²⁶ Om te beantwoorden of een concrete bepaling ‘een ieder verbindend’ is, is het *Rookverbod*-arrest van de Hoge Raad leidend.²²⁷ In dat arrest is bepaald dat de vraag of een bepaling ‘een ieder verbindend’ is, moet worden beantwoord door uitleg daarvan aan de hand van de maatstaven uit het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. Voor zover uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Zij dient in dat geval “*onvoorwaardelijk*” en “*voldoende nauwkeurig [te zijn] om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast.*”, wil zij als ‘een ieder verbindend’ worden aangemerkt.²²⁸ Het is breed aangenomen

²²¹ Zie o.a. *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?* 2020; Zie daarnaast over het belastingrecht: *Burgers beter beschermd* 2021.

²²² Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 100.

²²³ Fleuren 2004, p. 66; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 1-2; Leijten & Vanderstappen 2021.

²²⁴ *Kamerstukken I* 1980/81, 15049, nr. 19, p. 1-2; Fleuren 2004, p. 7-8.

²²⁵ Ook bestuursorganen moeten artikel 94 Gw in acht nemen bij het nemen van besluiten, zie bijv. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, *AB* 2015/55, m.nt. van A.E. Schilder & J.G. Brouwer, r.o. 6.3.

²²⁶ *Kamerstukken II* 1977/78, 15049, nr. 7, p. 18-19; Fleuren 2004, p. 342-343; Uzman 2013, p. 75-77.

²²⁷ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *AB* 2015/21, m.nt. J.C. de Wit.

²²⁸ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *AB* 2015/21, m.nt. J.C. de Wit, r.o. 3.5.1-3.5.2.

dat de materiële bepalingen van het EVRM een ieder verbindend zijn en er daarmee toe kunnen leiden dat wettelijke bepalingen geen toepassing vinden.²²⁹

3.3.2 DE BEPERKING(SCLAUSULE) ALS EVENREDIGHEIDSTOETS

Het evenredigheidsbeginsel is ontwikkeld in de rechtspraak van het EHRM, waarbij de terminologie is gebaseerd op de beperkingsclausules zoals die zijn opgenomen bij de verdragsrechten neergelegd in bijvoorbeeld de artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM.²³⁰ In deze beperkingsclausules is bepaald dat een inmenging met een verdragsrecht is toegestaan voor zover de beperking bij wet is voorzien, in het belang is van een van de in de beperkingsclausules genoemde beleidsdoelen én *noodzakelijk is in een democratische samenleving*. In dit laatste ziet het Hof sinds het Handyside-arrest onder meer een proportionaliteitstoets weggelegd, waarbij moet worden afgewogen of de inmenging met het verdragsrecht proportioneel is ten opzichte van het legitieme doel dat daarmee wordt nagestreefd.²³¹ Mettertijd heeft deze proportionaliteitstoets zich ook buiten de gekwalificeerde rechten ontwikkeld en ontbreekt zij enkel bij de absolute rechten, waar gezien hun absolute karakter vanzelfsprekend geen proportionaliteitstoets benodigd is.²³² Het zoeken van een redelijke verhouding tussen doel en middel is een essentieel onderdeel van het EVRM, waar zowel een botsing van verdragsrechten kan plaatsvinden als een botsing van het algemeen belang met de belangen van het individu.²³³ Om een knoop door te kunnen hakken tussen deze botsende belangen, is de evenredigheidstoets van groot belang.

De daadwerkelijke toetsing van het EVRM is weinig structureel, maar werkt volgens enkele vaste principes en elementen, zoals de *margin of appreciation*.²³⁴ Om te bezien of sprake is van een maatregel die noodzakelijk is in een democratische samenleving, moet in het licht van de omstandigheden van het geval worden bezien of rechtvaardiging die de Staat voor inmenging noemt, “*relevant and sufficient*” zijn.²³⁵ Vaststaat dat moet worden beantwoord aan een “*pressing social need*” en dat de inbreuk “*proportionate to the legitimate aim pursued*” moet zijn, wat impliceert dat sprake moet zijn van een “*fair balance*” tussen de strijdige belangen.²³⁶ Daarbij laat het EHRM ruimte voor een “*margin of appreciation*” voor lidstaten, waarbij de exacte “*margin*” afhankelijk is van de aard van de schending (bepaald door het aan de orde

²²⁹Fleuren 2004, p. 273-274; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 29-30; Zoals Fleuren, Barkhuysen en Van Emmerik opmerken, is dit anders voor de artikelen 6 en 13 EVRM voor zover het gaat om een uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter zoals voorzien bij nationale wet.

²³⁰Dit in tegenstelling tot de rechtspraak van het HvJEU waarin een hele sterke link bestaat met de Duitse *Verhältnismäßigkeit*: Den Houdijker 2012, p. 56-57.

²³¹Voorts moet de maatregel beantwoorden aan een “*pressing social need*”: Den Houdijker 2012, p. 57; EHRM 7 december 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0070 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1978/236, r.o. 49.

²³²Den Houdijker 2012, p. 57-58.

²³³EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 89.

²³⁴In de woorden van Den Houdijker gaat het steeds om een “*afweging*”, in plaats van een structurele toets zoals die wordt aangelegd in de rechtspraak van het HvJEU of de Duitse rechter: Den Houdijker 2012, p. 63-65; In theorie zou bij de EVRM-toets echter steeds getoetst moeten worden op de vraag of zij een legitiem doel dienen en noodzakelijk en proportioneel zijn: Leijten & Vanderstappen 2021, p. 170.

²³⁵EHRM 24 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812 (*Paradiso & Campanelli t. Italië*), r.o. 179.

²³⁶EHRM 24 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812 (*Paradiso & Campanelli t. Italië*), r.o. 179-184; EHRM 25 maart 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0325JUD000594772 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 97-98; EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582 (*Lingens t. Oostenrijk*), r.o. 39-40.

zijnde recht en de door de Staat bepleite rechtvaardiging) en de mate waarin in de Verdragsstaten een consensus bestaat over een standaard.²³⁷ Algemene handvatten om te bepalen of sprake is van een “*fair balance*” ontbreken en zijn steeds afhankelijk van het aan de orde zijnde recht, waardoor de praktijk van het EHRM neerkomt op een weging van belangen aan de hand van omstandigheden van het geval en de in de jurisprudentie geschetste gezichtspunten.²³⁸ Illustratief is de benadering in de zaak *Boultif t. Zwitserland*, waarin het EHRM verschillende gezichtspunten schetst aan de hand waarvan moet worden bevestigd of sprake is van een “*fair balance*” bij een inbreuk op artikel 8 EVRM door een burger uit te zetten.²³⁹ Een dergelijke benadering zien we voor artikel 6 EVRM bijvoorbeeld in een zaak over parlementaire immuniteit.²⁴⁰ Voorts kan een EVRM-recht een eigen proportionaliteitstoets met zich meebrengen, zoals artikel 1 EP waarvoor moet worden afgewogen of sprake is van een “*individual and excessive burden*”.²⁴¹

Een begrip dat vaak in één adem wordt genoemd met evenredigheidstoetsing op grond van artikel 6 EVRM is “*full jurisdiction*”. Voor zover besluiten worden genomen inhoudende een *criminal charge* (zie par. 3.3.3) door “*administrative authorities*” die niet hebben te gelden als een *tribunal* in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM, geldt dat achteraf een beoordeling gemaakt moet kunnen worden door een “*judicial body that has full jurisdiction*”. Deze rechter moet bevoegd zijn “*to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below*”: geen enkel aspect van de door een administratieve autoriteit genomen beslissing mag worden onttrokken aan rechterlijke toetsing achteraf.²⁴² Uit deze jurisprudentie wordt mede afgeleid dat de evenredigheid van een sanctie getoetst moet kunnen worden door de rechter,²⁴³ zoals later ook explicieter is bepaald door het EHRM.²⁴⁴ Anders dan door bijvoorbeeld de Awb-wetgever werd aangenomen,²⁴⁵ volgt uit de “*full jurisdiction*”-jurisprudentie niet de eis dat het om een *indringende* toetsing gaat. In de woorden van Van Emmerik en Saris “*moet de rechter iets met evenredigheid*”, maar van een EVRM-eis van indringende toetsing is geen sprake.²⁴⁶ Voor zover al enige eisen worden gesteld vanwege de concrete omstandigheden van het geval, geldt dat zij zowel terugkomen in zaken waarin sprake

²³⁷ Van Dijk en Van Hoof onderscheiden vier niveaus van de margin of appreciation, die ook verschillende wijzen van toetsing met zich meebrengen. In de meest intensieve variant vindt een *fully fledged review* plaats van de machtsuitoefening van de Staat, terwijl de minst intensieve variant neerkomt op de toets of sprake is van een *not unreasonably*-test: Van Dijk e.a. 990, p. 372; Zie voorts Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 25-26 en Den Houdijker 2012, p. 274.

²³⁸ Den Houdijker 2012, p. 63-64 & 247-248.

²³⁹ EHRM 2 augustus 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300 (*Boultif t. Zwitserland*), r.o. 48.

²⁴⁰ EHRM 3 december 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD000891705 (*Kart t. Turkije*), r.o. 92-94.

²⁴¹ Zie Gerverdinck 2020, p. 26-29.

²⁴² EHRM 23 oktober 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001552389 (*Schmautzer t. Oostenrijk*), r.o. 34 & 36; EHRM 23 oktober 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001596390 (*Gradinger t. Oostenrijk*), r.o. 42 & 44.

²⁴³ Van Emmerik & Saris 2014, p. 133-135; Olivier, AA 2014/5, p. 332; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 50-51.

²⁴⁴ EHRM 29 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1129JUD000985203 (*Hummatov t. Azerbeidzjan*), r.o. 142; Zo ook in zaken betreffende *civil rights and obligations*: EHRM 10 februari 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0210JUD000729975 (*Albert en Le Compte t. België*), r.o. 36.

²⁴⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 141-143; Zie in die zin ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 457.

²⁴⁶ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 234-236.

is van een *criminal charge* als wel in zaken waarin sprake is van *civil rights and obligations* (zie over deze begrippen nader paragraaf 3.3.3).²⁴⁷

3.3.3 PROBLEEM MET DE REIKWIJDTE

Zoals ik al aangaf, vindt de EVRM-proportionaliteitstoets plaats bij de beperking van een verdragsrecht. Voor zover geen sprake is van een situatie die een inmenging met een EVRM-recht oplevert, vindt dus ook geen evenredigheidstoets plaats op basis van het EVRM. Voor een groot deel van de gebonden bevoegdheden, die zich met name bevinden in belasting- en SZW-wetgeving, geldt dat zij buiten de reikwijdte vallen van de in de literatuur genoemde relevante EVRM-rechten.²⁴⁸ In de literatuur gaat het dan met name om het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM, het recht op eerbiediging van privé-, familie en gezinsleven uit artikel 8 EVRM en de bescherming van eigendom zoals neergelegd in artikel 1 EP. Een bespreking van de reikwijdte van deze rechten en hun toepasselijkheid op belasting- en socialezekerheidswetgeving is hier dan ook op zijn plaats.

Artikel 6 EVRM

Artikel 6 EVRM waarborgt het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter en vormt daarbij – samen met artikel 13 EVRM – de kern van de procedurele eisen van het EVRM.²⁴⁹ Het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM wordt bepaald door de begrippen *criminal charge* en *civil rights and obligations*, waarbij de rechten uit het tweede en derde lid slechts toekomen aan hen tegen wie een *criminal charge* bestaat. Van belang om op te merken is dat het om zogenaamde autonome begrippen gaat, waarvan de inhoud onafhankelijk van de categorisering van partijen, de wet of de autoriteiten in de nationale rechtsorde plaatsvindt.²⁵⁰ Dit onderscheid wordt ook wel de *civil limb* en *criminal limb* genoemd. Dat maakt overigens niet dat in een zaak niet zowel sprake kan zijn van toepasselijkheid van zowel de *civil limb* als de *criminal limb*.²⁵¹

Allereerst wat betreft *civil rights and obligations*. Om binnen de reikwijdte van de *civil limb* te vallen, dient sprake te zijn van een recht of verplichting dat in de nationale rechtsorde wordt erkend of verdedigbaar is.²⁵² Daarbij gaat het zowel om relaties tussen privépersonen als wel om relaties tussen een burger en de overheid. In de hoofdregel geldt dat voor zover in een procedure een recht of verplichting aan de orde is dat financiële gevolgen heeft voor de betrokkene, sprake is van een procedure waarin de vaststelling van een *civil right of obligation* aan de orde is.²⁵³ Deze *substantive approach* van het EHRM maakt dat ook geschillen die in

²⁴⁷ Van Emmerik & Saris 2014, p. 141.

²⁴⁸ Zie onder andere Zijlstra, *NTB* 2021/60; Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321; Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 100.

²⁴⁹ De Jong 2017, p. 18.

²⁵⁰ Zie o.a. EHRM 5 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108 (*Bochan t. Oekraïne no. 2*), r.o. 43; EHRM 23 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0323JUD004715206 (*Blokhin t. Rusland*), r.o. 176; EHRM 15 maart 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707 (*Nait-Liman t. Zwitserland*), r.o. 106.

²⁵¹ Dit vormt vaste rechtspraak van het Hof, zie recentelijk bijv. EHRM 6 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113 (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá t. Portugal*), r.o. 121.

²⁵² Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 42; De Jong 2017, p. 21-22; Zie over deze eis bijvoorbeeld EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD003757504 (*Boulois t. Luxemburg*), r.o. 90-94.

²⁵³ Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 42; De Jong 2017, p. 21-22.

Nederland als bestuursrechtelijk zouden worden gekwalificeerd, onder *civil rights and obligations* kunnen vallen.²⁵⁴ Zo vallen geschillen in het socialezekerheidsrecht in beginsel onder *civil rights and obligations*,²⁵⁵ net zoals omgevingsrechtelijke toestemmingen en verschillende andere vergunningen of publiekrechtelijke toestemmingen.²⁵⁶ Bepaalde publiekrechtelijke geschillen vallen echter buiten het bereik van *civil rights and obligations*, zoals belastinggeschillen en geschillen over immigratie.²⁵⁷ Voor zover sprake is van een zaak die ziet op *civil rights and obligations* geldt overigens nog wel het vereiste van een *genuine and serious dispute* waar een *decisive determination* van het recht in plaatsvindt. Daarvan zal in de hoofdregel sprake zijn bij een bestuursrechtelijk (hoger) beroep. Het overgrote deel van de door mij in het tweede hoofdstuk besproken gebonden bevoegdheden – althans, de procedures tegen besluiten genomen op grond van deze bevoegdheden – vallen (in ieder geval) onder de civil limb.

Dan wat betreft de criminal limb, waarvoor het begrip *criminal charge* van doorslaggevend belang is. In het Engel-arrest heeft het EHRM drie niet-cumulatieve criteria geformuleerd om te bepalen of sprake is van een *criminal charge*: i) de interne kwalificatie, ii) de aard van de overtreding en de iii) aard en intensiteit van de straf.²⁵⁸ Het eerste criterium betreft het startpunt: voor zover het nationaal recht de zaak als een strafvervolgung aanmerkt, is de criminal limb van artikel 6 EVRM zonder meer van toepassing.²⁵⁹ Indien het nationaal recht geen duidelijkheid schept, wordt een afweging gemaakt aan de hand van het tweede en derde criterium. Bij het tweede criterium wordt met name bekeken of sprake is van een regel die gelding heeft voor een specifieke groep dan wel een meer algemeen karakter heeft, of sprake is van een procedure tegen een nationale autoriteit met toezichts- en handhavingsbevoegdheden, of sprake is van een punitief oogmerk, of sprake moet zijn van schuld en nog enkele overige factoren.²⁶⁰ Ten slotte het derde criterium, dat neerkomt op een weging van het soort straf en de hoogte daarvan.²⁶¹ Door de niet-cumulatieve aard van de criteria, zal steeds per geval getoetst en gewogen moeten worden of sprake is van een *criminal charge*. Verschillende bestuursrechtelijke sancties kunnen als een *criminal charge* worden aangemerkt. Van bestuurlijke boeten is bijvoorbeeld onomstreden dat zij altijd als criminal charge worden aangemerkt.²⁶² Voor herstelsancties zoals de last onder dwangsom en de last

²⁵⁴ Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 42-44; De Jong 2017, p. 21-22.

²⁵⁵ Onder meer in EHRM 29 mei 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0529JUD000856279 (*Feldbrugge t. Nederland*); EHRM 9 december 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001900591 (*Schouten en Meldrum t. Nederland*). EHRM 20 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD004037810 (*Fazia Ali t. Verenigd Koninkrijk*).

²⁵⁶ Zie bijv. EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

²⁵⁷ Zie onder andere EHRM 12 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD004475998 (*Ferrazzini t. Italië*), r.o. 29 en EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003965298 (*Maaouia t. Frankrijk*), r.o. 38; Zie uitgebreider De Jong 2017, p. 21

²⁵⁸ EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a. t. Nederland*), r.o. 82.

²⁵⁹ Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 44-45; Zie expliciet EHRM 22 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1222JUD006827314 (*Gestur Jónsson en Ragnar Halldór Hall t. IJsland*), r.o. 76.

²⁶⁰ Zie onder andere EHRM 10 juni 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092 (*Benham t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 56; EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479 (*Öztürk t. Duitsland*), r.o. 53; EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786 (*Bendenoun t. Frankrijk*) r.o. 47.

²⁶¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 27 augustus 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0827JUD001305787 (*Demicoli t. Malta*), r.o. 34.

²⁶² Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 101-103; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 44-45.

onder bestuursdwang geldt dat in beginsel juist géén sprake is van een criminal charge, omdat zij slechts een reparatoir oogmerk hebben en niet gericht zijn op leedtoevoeging.²⁶³ Voor de intrekking van een begunstigende beschikking ligt dit al lastiger en zal een weging moeten worden gemaakt van factoren als de duur van de intrekking en de strekking daarvan.²⁶⁴ Ook bevoegdheden waar het besluit als een criminal charge kan worden aangemerkt, kunnen gebonden zijn. Het duidelijkste voorbeeld hiervan zijn gefixeerde boetestelsels en de gebonden oplegging van een alcoholslotprogramma.²⁶⁵

Artikel 6 EVRM is kortom van toepassing op de meeste van de door mij gesignaleerde gebonden bevoegdheden. Het overgrote deel valt daarbij onder de civil limb van artikel 6 EVRM, terwijl gebonden bevoegdheden die zien op bestuurlijke boetes onder de criminal limb van artikel 6 EVRM vallen. Slechts voor gebonden bevoegdheden in belastingwetgeving geldt dat zij niet onder de civil limb vallen en dat zij daarom slechts onder artikel 6 EVRM kunnen vallen voor zover sprake is van een criminal charge. Voor zover de bepalingen slechts onder de civil limb vallen, is het sterk de vraag in hoeverre sprake is van een schending indien de evenredigheid van een besluit niet kan worden beoordeeld. Het recht op een eerlijk proces wordt daarmee immers niet ingeperkt en ook de full jurisdiction-toets bij civil rights and obligations is stil over de vraag wat de gevolgtrekking is van binding van de evenredigheidsafweging door de wetgever bij een zaak over civil rights and obligations.

Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM waarborgt het recht op eerbiediging van ieders recht op privé-, familie- en gezinsleven en zijn woning en correspondentie. Artikel 8 EVRM is in beginsel van toepassing voor zover sprake is te leggen met tenminste één van deze aspecten, waarbij het meerdere aspecten van een persoons fysieke en sociale identiteit kan omvatten.²⁶⁶ Het gaat daarbij ook om persoonlijke ontwikkeling in de ‘buitenwereld’, buiten de directe persoonlijke “inner circle” van de betrokken burger.²⁶⁷ Dit recht op persoonlijke ontwikkeling omvat echter geen recht op een “social benefit”, zo bepaalde het EHRM: “*the Convention does not guarantee, as such, the right to work, to social security or to protection of a person’s health.*”²⁶⁸ Artikel 8 EVRM vindt wat betreft de aanspraak op bijvoorbeeld uitkeringen en toeslagen in beginsel geen toepassing, ook niet in geval van bijvoorbeeld een gebonden terugvordering. Dat is anders onder bepaalde omstandigheden, waarin het niet-verstrekken van een “social benefit” – bijvoorbeeld in de vorm van een uitkering, de verstrekking van medicatie of andere typen hulp – ertoe leidt dat de normale ontwikkeling van het gezins- en privéleven van een persoon

²⁶³ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 53-56; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 45.

²⁶⁴ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 138-143.

²⁶⁵ Zie artikel 17, eerste lid, Regeling maatregelen rijvaardigheid en rijgeschiktheid (oud); Keulen & Bröring 2016, p. 72

²⁶⁶ EHRM 25 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (*Denisov t. Oekraïne*), r.o. 95; EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 66.

²⁶⁷ EHRM 25 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (*Denisov t. Oekraïne*), r.o. 96.

²⁶⁸ EHRM 7 september 2000, nrs. 33088/96, 52236/99, 52451/99-52453/99, 52455/99 en 52457/99-52459/99 (*Jazvinsky t. Slowakije*), r.o. 7; EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD000718609 (*Di Trizio t. Zwitserland*), r.o. 59; EHRM 3 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810 (*Jeunesse t. Nederland*), r.o. 131; EHRM 12 maart 2019, nrs. 71815/14 & 71827/14 (*A.D. & L.K. t. Nederland*), r.o. 29-30

onmogelijk wordt gemaakt.²⁶⁹ In die (beperkte) gevallen valt de verstrekking van de “social benefit” wel degelijk onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM door de ernst van de gevolgen in het specifieke geval van degene die zich op artikel 8 EVRM beroept: in dat geval ontstaat op grond van artikel 8 EVRM een *positieve verplichting* om in te grijpen en juist wel een “social benefit” te verstrekken.

Ook de Nederlandse bestuursrechters hebben deze rechtspraak gesignaleerd en de ‘uitzondering’ op de niet-toepasselijkheid van artikel 8 EVRM meermaals aangehaald.²⁷⁰ Zo ook in zaken over de gebonden terugvordering van voorschotten op grond van artikel 26 Awir.²⁷¹ In die zaken overweegt de Afdeling dat artikel 8 EVRM onder omstandigheden positieve verplichtingen meebrengt, die noodzakelijk zijn voor de effectieve waarborg van artikel 8 EVRM, en die maken dat niet kan worden uitgesloten dat het weigeren om een sociale uitkering toe te kennen in bepaalde gevallen in strijd is met artikel 8 EVRM, bijvoorbeeld indien de weigering de normale ontwikkeling van het privéleven en familie- en gezinsleven effectief onmogelijk zou maken. Al Khatib en Linders merken hierover op dat het vreemd is om deze uitzondering alleen aan te nemen indien sprake is van een positieve verplichting, juist omdat in zaken over een terugvordering geen positieve verplichting (zoals verstrekking) aan de orde is, maar een negatieve verplichting: de betrokkene wil immers dat de Staat zich onthoudt van terugvordering van reeds verstrekte voorschotten.²⁷² Zelfs als dit al zou moeten worden aangenomen – men kan immers ook betogen dat men vraagt om een verstrekking waarop eigenlijk geen aanspraak kan worden gemaakt op grond van het nationaal recht en waarin een positieve verplichting op grond van artikel 8 EVRM uitkomst moet bieden – maakt dat niet anders dat de rechtspraak waar zij op wijzen is beperkt tot uitzonderlijke gevallen waarin de weigering een dermate ernstige inbreuk op het privéleven van de betrokkene vormt, dat sprake is van een aantasting van de persoon.²⁷³

Artikel 1 EP

Ten slotte artikel 1 EP, dat het ongestoorde genot van eigendom waarborgt. Doorslaggevend in de reikwijdte van artikel 1 EP is het begrip ‘eigendom’. Een gevoelige vraag – met name in het begin van het EVRM – was de vraag of een aanspraak op een socialezekerheidsuitkering is aan te merken als een ‘eigendom’ in de zin van artikel 1 EP. In de oudere jurisprudentie van het EVRM was van belang of de socialezekerheidsuitkering afhankelijk was van “*compulsory*

²⁶⁹ Zie onder meer EHRM 3 mei 2001, nr. 55996/00 (*Domenech Pardo t. Spanje*); EHRM 26 juni 2001, nr. 39022/97 (*O’Rourke t. Verenigd Koninkrijk*); Onduidelijk is of deze uitzondering enkel geldt voor minderjarigen of dat zij breder moet worden uitgelegd. Aangezien het recht om die ontwikkeling niet verstoord te laten worden evenzeer zou moeten gelden voor anderen, lijkt mij daar een lans voor te breken.

²⁷⁰ Zie onder meer CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 11 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI9325; CRvB 2 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW5471; ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:190; ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:293; ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1747.

²⁷¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2491, *AB* 2019/22, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3296, *AB* 2018/429, m.nt. L.J.A. Damen.

²⁷² Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1485-1486.

²⁷³ Daarbij zijn er ook nog eens aanwijzingen dat die uitzondering slechts wordt gemaakt bij kwetsbare groepen (zoals gehandicapten) en minderjarigen, zie de in voetnoot 267 en 268 aangehaalde rechtspraak.

contributions”.²⁷⁴ In latere jurisprudentie heeft het EHRM deze rechtspraak echter uitgebreid naar “*non-contributory schemes*”.²⁷⁵ In de zaak *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk* is ten slotte uiteengezet dat de “*funding options*” van de “*social benefits*” niet langer een rol spelen bij de vraag of sprake is van eigendom: voor zover sprake is van een “*assertable right under domestic law to a welfare benefit*”, geldt dat artikel 1 EP van toepassing is en deze aanspraak beschermt.²⁷⁶ Van belang is dus wel dat naar nationaal recht sprake is van een *aanspraak*, waarbij het recht op het verwerven van het eigendom in kwestie volgt uit de nationale wetgeving.²⁷⁷ Voor zover de nationale regeling bepaalt dat géén aanspraak (meer) kan worden gemaakt op de “*social benefit*”, is geen sprake van inmenging met artikel 1 EP: “*toutefois, encore faut-il, pour qu’un tel droit prenne naissance, que l’intéressé remplisse les conditions fixées par le droit interne (...)*”²⁷⁸ Op dit uitgangspunt bestaan enkele uitzonderingen, te weten: i) het geval waarin sprake is van een aanvraag te goeder trouw en niet langer wordt voldaan aan de wettelijke eisen door een latere wetwijziging,²⁷⁹ ii) het geval waarin sprake is van een aanvraag te goeder trouw en de initiële toekenning berust op een fout van de autoriteiten²⁸⁰ of iii) het geval waarin de wettelijke voorwaarden discriminatoir zijn.²⁸¹ Daarnaast lijkt automatisch sprake te zijn van een inbreuk op artikel 1 EP voor zover sprake is van een beëindiging of vermindering van een uitkering (of pensioen) op basis van een premieafhankelijke regeling.²⁸²

Dit laatste uitgangspunt leidt tot verschillen in de Nederlandse bestuursrechtspraak. Zo is het ondertussen vaste rechtspraak van de CRvB dat bij de beëindiging of intrekking van een uitkering, het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 EP in het geding is en de beëindiging of intrekking moet worden getoetst aan die bepaling.²⁸³ Het niet voldoen aan de voorwaarden voor de bijstandsuitkering wordt daarom pas betrokken bij de vraag of sprake is van een

²⁷⁴ Zie EHRM 16 december 1974, ECLI:CE:ECHR:1974:1216DEC000584972 (*Müller t. Oostenrijk*); EHRM 14 mei 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0514DEC001009482 (*G. t. Oostenrijk*); EHRM 16 mei 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0516DEC001050383 (*Kleine Staarman t. Nederland*).

²⁷⁵ EHRM 3 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1003DEC003446297 (*Wessels-Bergervoet t. Nederland*) & EHRM 16 december 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1216DEC004465898 (*Van den Bouwhuisen & Schuring t. Nederland*).

²⁷⁶ EHRM 6 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0706DEC006573101 (*Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), AB 2005/376, m.nt. F.J.L. Pennings, r.o. 47-56; Zie ook EHRM 18 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700 (*Andrejeva t. Letland*), r.o. 77.

²⁷⁷ Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1482.

²⁷⁸ EHRM 28 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0427DEC004083298 (*Bellet, Huertas & Vialatte t. Frankrijk*), r.o. 5; EHRM 28 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0428JUD003888605 (*Rasmussen t. Polen*), r.o. 71.

²⁷⁹ Zie EHRM 13 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013 (*Bélané Nagy t. Hongarije*), r.o. 86; Al Khatib en Linders leiden in hun eerder geciteerde bijdrage – naar mijn mening – onterecht uit deze jurisprudentie af dat artikel 1 EP altijd van toepassing is als eenmaal een (voorschot op een) toeslag is ontvangen.

²⁸⁰ Zie EHRM 15 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD001037305 (*Moskal t. Polen*) & EHRM 11 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0211JUD000489313 (*Casarin t. Italië*).

²⁸¹ EHRM 18 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700 (*Andrejeva t. Letland*), r.o. 77.

²⁸¹ Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1482; Zie EHRM 16 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1996:0916JUD001737190 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*) & EHRM 7 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0207JUD001657408 (*Fabris t. Frankrijk*).

²⁸² EHRM 15 december 2009, nr. 18176/05 (*Wieckzorek t. Polen*), r.o. 57.

²⁸³ Zie o.a. CRvB 26 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL2155; CRvB 8 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:946; CRvB 23 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2397; Zie in de oude lijn bijvoorbeeld CRvB 3 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB4816.

proportionele inmenging.²⁸⁴ Dat uitgangspunt komt niet terug in de jurisprudentie van de Afdeling over toeslagen.²⁸⁵ Betogen over artikel 1 EP worden daarin steeds afgewezen. Alhoewel een expliciete redenering van de Afdeling over het verschil met rechtspraak van de CRvB ontbreekt, komt haar redenering er waarschijnlijk op neer dat de Afdeling ervan uitgaat dat bij een voorschot altijd een slag om de arm geldt met betrekking tot de gerechtigdheid tot het moment van definitieve toekenning, waardoor de aanspraak op een voorschot in ieder geval geen eigendom vormt (er waren immers geen gerechtvaardigde verwachtingen)²⁸⁶ en dat ook de definitieve toekenning niet als eigendom kan worden aangemerkt, nu niet is voldaan aan de wettelijke vereisten voor een recht op toeslag. Daarnaast zou het hiervoor gemaakte onderscheid tussen “*contributory schemes*” en overige “*social benefits*” (waar toeslagen toe behoren) redengevend kunnen zijn voor dit verschil.

3.4 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de verschillende toetsingsmogelijkheden die de bestuursrechter ter hand staan bij de beoordeling of een besluit in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, waarbij ik ook steeds heb stilgestaan bij de vraag wat die toetsingsmogelijkheid betekent voor gebonden bevoegdheden.

Allereerst wat betreft de toetsing aan nationaal geschreven recht. Ik heb vastgesteld dat toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb in het geval van gebonden bevoegdheden niet mogelijk wordt geacht. In lijn met de door de wetgever gegeven toelichting bij de totstandkoming wordt in de jurisprudentie standaard overwogen dat de uitoefening van een bij wet gebonden bevoegdheid niet kan worden getoetst aan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Voor bij lagere wetgeving of bij beleidsregel gebonden bevoegdheden ligt dit anders. Zo kunnen deze regelingen exceptief worden getoetst aan 3:4, tweede lid, Awb – waarvan het alcoholslotprogramma het meest impactvolle voorbeeld is – en geldt voor beleidsregel dat daarnaast sprake is van een inherente afwijkingsbevoegdheid ex artikel 4:84 Awb waarmee getoetst wordt of sprake is van een onevenredige toepassing van een beleidsregel. Voor wetten in formele zin geldt dat zij er bekaaid vanaf komen en het nationaal geschreven recht geen evenredigheidstoetsing mogelijk maakt.

Vervolgens heb ik in kaart gebracht in hoeverre getoetst kan worden aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel. De extensieve uitleg die de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest aan artikel 120 Gw verbindt, maakt dat niet kan worden getoetst aan fundamentele rechtsbeginselen en ander ongeschreven recht. Toch laat de Hoge Raad – geheel in lijn met

²⁸⁴ Wat dan ook weer niet wegneemt dat niet wordt geoordeeld over de vraag of terugvordering op grond van bijvoorbeeld artikel 58, eerste lid, Awb (een semi-gebonden terugvorderingsbevoegdheid) proportioneel is. Die vraag lijkt het CRvB uit de weg te gaan, zie: CRvB 20 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1060 en CRvB 12 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:541.

²⁸⁵ Zie o.a. ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445; ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691; ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:482 en ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1711.

²⁸⁶ Zijlstra, *NTB* 2021/60, p. 129-130; Zie expliciet ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445, r.o. 5.1.

haar eerdere Doorbraakarresten – de mogelijkheid open voor contra legem werking van fundamentele rechtsbeginselen in het geval dat strikte wetstoepassing zozeer in strijd komt met ongeschreven recht dat zij achterwege moet blijven. Daarbij geldt de kanttekening dat de belangen en/of omstandigheden die aanleiding geven voor die strijd, niet door de wetgever verdisconteerd mogen zijn. Ik acht het daarbij verdedigbaar dat ook het ongeschreven evenredigheidsbeginsel contra legem kan werken, waarbij ik mij met name baseer op het niet-expliciet uitsluiten daarvan door de hoogste bestuursrechters, de rechtspraak van de Afdeling inzake toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij gefixeerde punitieve sancties en de jurisprudentie van de Hoge Raad op grond van de redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Deze uitzondering op de hoofdregel uit het Harmonisatiewet-arrest maakt het – anders dan volgens het Nederlands geschreven recht – mogelijk om toepassing van een bij wet in formele zin gebonden bevoegdheid zéér beperkt te toetsen op evenredigheid. Gezien de zeer strikte eisen en het feit dat de contra legem werking van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel niet ondubbelzinnig is vastgesteld, mag het niet verbazen dat deze mogelijkheid tot nu toe bij een theoretische exercitie is gebleven.

Ten slotte ben ik ingegaan op de toetsing op evenredigheid volgens het EVRM. De materiële verdragsrechten die bij het EVRM worden toegekend vormen een ieder verbindende bepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw en kunnen er daarmee op grond van artikel 94 Gw toe leiden dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden. Ook bevoegdheden die bij wet in formele zin zijn gebonden, zijn onderhevig aan deze toetsing. De proportionaliteitstoets op grond van het EVRM vindt daarbij plaats in het kader van de beperking van de verdragsrechten. Om bij die proportionaliteitstoets te komen, dient dus wel sprake te zijn van een situatie binnen de reikwijdte van deze verdragsrechten. Bij het uitwerken van drie van de verdragsrechten die in de literatuur worden genoemd als mogelijke toetsstenen, geldt dat hun toepassing op rechtsgebieden waar veel gebonden bevoegdheden terugkomen – specifiek SZW-wetgeving en belastingwetgeving – problematisch is. Dit leidt tot situaties waarin het EVRM niet van toepassing is en de proportionaliteitstoets in het kader van de beperking van de verdragsrechten dus niet aangelegd hoeft te worden.

Uit bovenstaande uiteenzetting volgt dat de wijze van binding van groot belang is voor de vraag of en hoe uitgebreid kan worden getoetst op evenredigheid. Voor bevoegdheden die zijn gebonden bij beleid en lagere regelgeving geldt dat voorzien is in verschillende toetsingsmogelijkheden en -gronden. Voor wetten in formele zin is dit anders en kan slechts worden getoetst aan i) het ‘muizengaatje’ van het Harmonisatiewet-arrest en ii) internationaal recht, waarbij met name een rol is weggelegd voor het EVRM.²⁸⁷ Bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden komen evenwel met name voor in SZW- en belastingwetgeving en voor EVRM-rechten kan dit een probleem opleveren met betrekking tot de reikwijdte. In die gevallen blijft enkel de uitzondering van het Harmonisatiewet-arrest over als grond voor toetsing aan het (ongeschreven) evenredigheidsbeginsel van een bij wet in formele zin gebonden bevoegdheid.

²⁸⁷ Zoals ik eerder aangaf, heb ik het Unierecht buiten beschouwing gelaten. Voor zover het Unierecht van toepassing is, moet deze zin zo worden gelezen dat ook getoetst kan worden aan EU-recht.

4. NOODZAAK VAN EEN EVENREDIGHEIDSTOETS BIJ GEBONDEN BEVOEGDHEDEN

In het derde hoofdstuk heb ik vastgesteld dat bij wet gebonden bevoegdheden slechts zeer beperkt kunnen worden getoetst op evenredigheid. In dit hoofdstuk bezie ik enkele algemene tendensen in het bestuursrecht, die erop wijzen dat het noodzakelijk is om de toetsing op evenredigheid uit te breiden, óók in gevallen waarin de bevoegdheid bij wet is gebonden.

4.1 EEN RESPONSIEVE RECHTSTAAT

De eerste algemene tendens waar ik op wij, betreft de discussie over het realiseren van een ‘responsieve rechtsstaat’. ‘Responsiviteit’ is een breed begrip, dat in de literatuur het karakter van een kapstok – in de woorden van Van den Berge: een “juichwoord” – heeft gekregen voor allerlei betogen met betrekking tot de plaats van de rechter bij toetsing, het leveren van maatwerk en het omgaan met het ‘burgerperspectief’.²⁸⁸ In zijn preadvies brengt Van den Berge dit terug tot de theorie van Nonet en Selznick over een drietal “*stijlen van juridische ordening*”, waarin gaandeweg anders wordt nagedacht over de wijze waarop de overheid haar gezag verdient.²⁸⁹ Het responsieve recht vormt daarbij de derde en laatste fase van de ontwikkeling van een rechtsstaat. Anders dan in de eerste twee fasen, waarin het gezag opeenvolgend voortkwam uit het kunnen leveren van orde en veiligheid (‘absolutisme’) of strenge legaliteit die werd ontleend aan het democratiebeginsel (‘legisme’), komt het gezag in het responsieve recht voort uit de “*open opstelling ten opzichte van de wensen en het weten van burgers*”.²⁹⁰ Zoals Scheltema het samenvat, gaat het erom dat de regeltoepassing in de responsieve rechtsstaat niet langer doel op zich is, maar dat wordt gekeken hoe met de regels recht kan worden gedaan aan het concrete geval en aan het doel van de regel kan worden beantwoord. De responsieve rechtsstaat bestaat er daarin dat de overheid zich interesseert in de positie en argumenten van de burger en zoveel mogelijk vanuit een burgerperspectief en de context in kwestie werkt.²⁹¹ Responsiviteit is dan ook het beste te begrijpen als een bepaalde dispositie van waaruit juridische ordening – zoals het opstellen van wetgeving, het nemen van besluiten of het spreken van recht – moet plaatsvinden, waarbij het ‘responsief-zijn’ de bron voor het gezag van het overheidshandelen vormt.

In deze ‘responsieve rechtsorde’ staan de individuele behoeften van de burger centraal. Dat leidt tot een verschuiving in de kernwaarden van de rechtsorde, gevormd door de vier door Scheltema geformuleerde rechtsbeginselen het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van de dienende overheid.²⁹² Het beginsel van de dienende overheid wint aan belang en dient als uitgangspunt genomen te worden in de juridische ordening. Daarbij krijgt het evenredigheidsbeginsel, als uitwerking van het beginsel van de dienende overheid, een centrale rol.²⁹³ Deze nieuwe, centrale plaats van het

²⁸⁸ Van den Berge 2020, p. 11; In de woorden van Konijnenbelt: “bijna niemand weet wat het woord responsief eigenlijk betekent”, zie Konijnenbelt, *NTB* 2019/28, p. 284.

²⁸⁹ Nonet & Selznick 1978; Zie Van den Berge 2020, p. 15-18.

²⁹⁰ Van den Berge 2020, p. 17-18.

²⁹¹ Scheltema, *NTB* 2015/37, p. 288; Scheltema, *RegelMaat* 2018/33, p. 121; Zie in die lijn ook: Tanja, *NTB* 2018/29.

²⁹² Scheltema 1989, p. 15; Ippel, *NTB* 2020/73, p. 190.

²⁹³ Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 250.

beginsel van een dienende overheid en haar uitvloeisels – zoals onder andere voorgestaan door Schlössels, Damen en Ippel – leidt ook tot een grotere rol voor ‘maatwerk’.²⁹⁴ De moeilijkheid van responsiviteit zit hem daarbij in het vinden tussen een midden van de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid, die immers ook niet hun waarde verliezen, en die openheid ten opzichte van de wensen en behoeften van de burger.²⁹⁵ De algemene aard van responsiviteit als ‘dispositie’ bij juridische ordening, maakt daarnaast dat het onderscheiden van de gevolgen die zij concreet heeft, lastig te bepalen is.²⁹⁶ De driedeling die Vonk maakt op een VAR-studiemiddag, helpt daar echter bij. Hij onderscheidt responsiviteit op drie niveaus: handelingsresponsiviteit op microniveau, stelselresponsiviteit op mesoniveau en systeemresponsiviteit op macroniveau.²⁹⁷

Responsiviteit op microniveau komt neer op een verandering in de wijze waarop de overheid zich in een concrete zaak tegenover de burger opstelt. Ambtenaren moeten zich niet langer opstellen als blinde regeltoepasser, maar oog hebben voor het geval dat voor hen ligt: met het oog op het doel van de regeling en het geschil in kwestie, moet zoveel mogelijk naar oplossingen worden gezocht in plaats van achter regels worden geschuld.²⁹⁸ Ook de beweging naar ‘procedurele rechtvaardigheid’ en daarop gefundeerde initiatieven als de NZB kunnen hieronder geschaard worden.²⁹⁹ Ook de rechter vormt immers een vertegenwoordiger van de overheid. Stelselresponsiviteit op mesoniveau ziet vervolgens op de mate waarin wet- en regelgeving het niet-responsieve handelen van de overheid faciliteert: is zij flexibel genoeg om rekening te kunnen houden met de context waarin zij toepassing vindt? Op dit niveau ontstaat weerstand tegen gebonden bevoegdheden, nu zij het bij uitstek onmogelijk maken om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Wetgeving die gebruikmaakt van gebonden bevoegdheden gaat recht in tegen het idee van stelselresponsiviteit, zowel op het niveau van de welwillende ambtenaar die zich geconfronteerd ziet met een dwingende wet als voor de bestuursrechter die zich gedwongen ziet om de wet legistisch te volgen. Een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zou voorkomen dat in een concreet geval voorbij wordt gegaan aan het doel dat met de regeling wordt nagestreefd. Het derde en laatste niveau betreft de systeemresponsiviteit op macroniveau, dat niet meer enkel ziet op de wet- en regelgeving, maar op het gehele systeem van overheidssturing. Daarbij kan men met name denken aan de vraag of het bestuursrecht zich genoeg aanpast aan nieuwe sturingsmethoden zoals de door Van den Berge zo gehekelde ‘network governance’ en discussies over de toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de intensiteit waarmee de bestuursrechter besluiten toetst.³⁰⁰

²⁹⁴ Ippel, *NTB* 2020/73, p. 190; Schlössels, *Gst.* 2010/102, par. 5.3; Damen, *NTB* 2020/74.

²⁹⁵ Van den Berge 2020, p. 18-20; In die zin ook B.J. Schueler, ‘Wat is daarop uw antwoord? Vragen over responsief bestuur’, *NTB* 2018/45, p. 233.

²⁹⁶ Zie daarom ook het commentaar van Peters op het pre-advies van Van den Berge, dat volgens hem met name neerkomt op een rechtstheoretische exercitie: Peters, *NTB* 2020/131.

²⁹⁷ Zie het slotwoord van Vonk op de VAR-studiemiddag van 15 juni 2018: Kromhout & Marseille, *NTB* 2018/60, p. 380-381.

²⁹⁸ Scheltema refereert in dit kader naar initiatieven om de bezwaarschriftprocedure prettiger te laten verlopen, zoals het initiatief ‘Prettig contact met de overheid’ van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden: Scheltema, *NTB* 2015/37, p. 288; Zie ook Wever 2020, paragraaf 3.4.

²⁹⁹ Zie met name Verburg, *NTB* 2018/31 en Verburg 2019.

³⁰⁰ Van den Berge, *NTB* 2018/40; Van den Berge 2020, hoofdstuk 4.

4.2 EEN REALISTISCH BURGERPERSPECTIEF

Een tweede algemene tendens die zich tegen gebonden bevoegdheden uitspreekt, is de uitgebreide aandacht voor een realistisch burgerperspectief in wetgeving. Volgens Scheltema wordt in het bestuursrecht gebruik gemaakt van een mensbeeld dat de subjecten afschildert als “*een rationeel handelende burger die over alle informatie beschikt die nodig is om de juiste beslissingen te nemen.*”³⁰¹ Ook de rechtsbescherming is geënt op dit beeld, dat Damen beschrijft als het beeld van “*een zelfredzame, juridisch-bureaucratisch vaardige autonome burger*”.³⁰² Dat dit onrealistisch is, blijkt onder meer uit het WRR-rapport *Weten is nog geen doen*. In dat rapport wordt uit een gedragswetenschappelijk perspectief gekeken naar de eisen die wetgeving en het contact met de overheid aan burgers stellen. De conclusie is dat lang niet alle burgers beschikken over de benodigde zelfredzaamheid om procedures en het contact met de overheid goed te doorlopen.³⁰³ Opzienbarend was dat het ontbreken van die zelfredzaamheid niet alleen te wijten valt aan onwetendheid of een ander gebrek aan “*denkvermogen*” – Jan met de pet zal simpelweg niet de kennis hebben om een procedure over het milieurecht te voeren – maar ook aan een gebrek aan wat de WRR “*doenvermogen*” noemt.³⁰⁴ Dat draait om een gebrek aan andere mentale vermogens, die ook benodigd zijn om goed met de overheid om te gaan. Denk aan het om kunnen gaan met stress en tegenslag, ‘het hoofd koel houden’ en ‘volhoudingsvermogen’. Juist dat laatste is zo opvallend, omdat dit ook geldt voor grote groepen burgers die voorheen niet als ‘kwetsbaar’ gezien werden, zoals burgers met een goede maatschappelijke positie of een hoge opleiding, en omdat dit betekent dat ook burgers met de juiste kennis niet altijd juist handelen: weten is dus nog geen doen. De WRR geeft aan dat de overheid toleranter moet zijn voor gedrag dat buiten dat traditionele beeld van de burger ligt en dat bij het insteken van beleid daarom uit moet worden gegaan van een “*realistische inschatting van het denkvermogen en het doenvermogen van gewone burgers.*”³⁰⁵ Dat betekent dat in de uitvoering bijvoorbeeld gedifferentieerd moet worden en niet direct uit moet worden gegaan van onwil of kwade bedoelingen bij de burger.³⁰⁶

Bovenstaande inzichten maken dat het van groot belang is dat de overheid werkt met een beeld van de burger dat past bij de realiteit, in plaats van te werken met een niet-bestaande modelburger.³⁰⁷ Ook dit is weer een ‘dispositie’ in de lijn van ‘responsiviteit’, die ditmaal ook beleidsmatige veranderingen met zich meebrengt.³⁰⁸ Voor het bestuursrecht heeft dat ook procesrechtelijke gevolgen. Zo kan worden gedacht aan een “*bestuursrecht van twee gestrengheden*”, zoals Damen dat voorstaat.³⁰⁹ Met een dergelijk procesrecht – dat in tweepartijengeschillen (met name over financiële betrekkingen) een wat soepelere benadering

³⁰¹ Scheltema, NTB 2016/33, p. 267.

³⁰² Damen, AA 2017/06, p. 628 & 635.

³⁰³ *Weten is nog geen doen* 2017, p. 56.

³⁰⁴ *Weten is nog geen doen* 2017, p. 24-28.

³⁰⁵ *Weten is nog geen doen* 2017, p. 134-136.

³⁰⁶ *Weten is nog geen doen* 2017, p. 146-153.

³⁰⁷ Zie in die zin Damen, AA 2017/06, p. 637.

³⁰⁸ Denk aan de opzet van de Wet maatschappelijke ondersteuning, die volledig om een dergelijk burgerbeeld is gebouwd: Damen, AA 2017/06, p. 637.

³⁰⁹ Damen, NTB 2020/2.

kent – zou niet langer uitgegaan worden van een ‘Awbburger’ (“*de Triple A-burger*”),³¹⁰ die assertief is en iedere procesrechtelijke mogelijkheid (op tijd) benut, maar van een realistischer burgerbeeld waarin het maken van fouten niet langer een einde van de kansen betekent. Op metaniveau kan men denken aan het verdwijnen van ‘one size fits all’-bepalingen die het maken van (kleine) fouten direct bestraffen. Het stelsel van artikel 26 Awir in combinatie met de Wko was hiervan het meest schrijnende voorbeeld.

Het is echter onoverkomelijk dat bij het opstellen van wetgeving of beleid wordt uitgegaan van een bepaald burgerbeeld, gezien de noodzaak van algemene regels.³¹¹ Op een populatie van 18 miljoen mensen valt vervolgens niet uit te sluiten dat het burgerbeeld niet past bij bepaalde groepen. Het is dan ook zaak om te voorzien in mogelijkheden om precies die groepen burgers die daarbuiten vallen, op te vangen met een ventiel. Scheltema concludeert dat daar een rol is weggelegd voor het evenredigheidsbeginsel, ofwel in de vorm van een nieuw artikel 3:4a Awb dan wel in de vorm van toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb zelf.³¹²

4.3 ‘TEGENMACHT’ IN HET NIEUWE DEN HAAG

Een laatste beweging waar ik op wil wijzen is de nadruk op ‘tegenmacht’ in het politieke discours van na de kinderopvangtoeslagaffaire. Waar de rechter pré-kinderopvangtoeslagaffaire onder vuur lag door uitspraken als Urgenda en werd verweten een ‘dikastocratie’ op te zetten,³¹³ maakt de roep om ‘tegenmacht’ dat deze antagonistische taal over de rol van de rechter in de Nederlandse rechtsstaat verleden tijd is. Sterker nog, deze nieuwe politieke beweging maakt dat de roep om ingrijpen van de rechter juist is versterkt. Ten grondslag aan deze ‘rechttersvriendelijke’ houding van het nieuwe Den Haag staan de constatering van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. De commissie constateerde dat “*ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag.*”³¹⁴ De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die “*zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood*”, zijn volgens de commissie tot 2019 volledig weggeredeneerd door de bestuursrechter. Alhoewel dit harde verwijten zijn naar de bestuursrechter, is politiek Den Haag tevens met de neus op de feiten gedrukt wat het gevolg is van dwingende – of in ieder geval als dwingend opgevatte – wetgeving.

Dat leidt tot een handvol initiatieven die wijzen op een herijking van de rechterlijke toetsing. Het meest verstrekkend is de met algemene stemmen aangenomen motie Jetten/Marijnissen, die oproept om de Awb zo aan te passen dat zij het mogelijk maakt “*dat de rechter in een voorkomend geval wetsbepalingen van dwingend recht buiten toepassing kan laten*” en dat

³¹⁰ Damen 2019, p. 116-118; Zie daarnaast Damen 2018.

³¹¹ Scheltema, *RegelMaat* 2018/33, p. 126.

³¹² Scheltema, *RegelMaat* 2018/33, p. 127-128; Scheltema 2020.

³¹³ Culminerend in een rondetafelgesprek van de Commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer van 9 maart 2020 over de “dikastocratie”.

³¹⁴ *Ongekend onrecht* 2020, p. 7-8.

buiten twijfel moet worden gesteld “*dat de abbb leidend moeten zijn indien strikte toepassing van de wet anders tot materiële onaanvaardbare uitkomsten zou leiden, ook bij wetsbepalingen van dwingend recht*”.³¹⁵ Een andere motie waar recentelijk op valt te wijzen is de motie van Segers en c.s. over het waarborgen dat alle uitvoeringsorganisaties voldoende ruimte krijgen voor maatwerk en de menselijke maat. Ook in deze met algemene stemmen aangenomen motie wordt overwogen dat “*algemene beginselen van behoorlijk bestuur klaarblijkelijk bij de afgelopen affaires onvoldoende geldingskracht hadden om de menselijke maat bij deze wetten recht te doen*” en dat de uitvoeringsorganisaties daarom voldoende ruimte moeten krijgen voor “*maatwerk en de menselijke maat*”.³¹⁶ In navolging van een motie van Omtzigt is daarnaast een de Venetië-Commissie van de Raad van Europa gevraagd om een advies uit te brengen. In dit advies zal de Commissie onder andere reflecteren op de vraag of het bestuursrecht in Nederland ‘voldoet’ en welke waarborgen in de wet of uitvoering moeten worden toegevoegd om de burger adequaat te kunnen beschermen.³¹⁷ Ten slotte valt te wijzen op een motie van het lid Kuik en tien andere Kamerleden – aangenomen met een meerderheid van 88 stemmen – waarin de regering wordt verzocht “*binnen een jaar wetsvoorstellen in te dienen om artikel 120 van de Grondwet te schrappen (...)*”.³¹⁸ Op het gebied van wet- en regelgeving valt in deze lijn ten slotte te wijzen op de eerder besproken wijziging van de Awir, het daaraan voorafgaande Verzamelbesluit Toeslagen en de recent ter consultatie gelegde Initiatiefwet vergroten beslissingsruimte gemeenten bij terugvordering bijstand.³¹⁹

Alhoewel bovenstaande ontwikkelingen voor een groot deel in moties zijn neergelegd, markeren zij een duidelijk kantelpunt in de wijze waarop in de politiek wordt gekeken naar de taak van de rechter en de noodzaak om maatwerk te leveren. Voortaan dient sprake te zijn van een “*beginselgeleide uitvoering*”, waarin de abbb leidend moeten zijn en waarin sprake is van “*een minder marginale toets door de bestuursrechter*”.³²⁰ Gesproken wordt van een ‘nieuwe bestuurscultuur’ waarin de ‘menselijke maat’ voorop moet staan en ‘dwingende wetgeving’ (gebonden bevoegdheden) zoveel mogelijk moet wijken voor bevoegdheden die maatwerk mogelijk maken.³²¹ Daarbij gaat aandacht uit naar de positie van alle drie de staatsmachten, waarbij de rechter niet langer als ‘lastpak’ en een verlengstuk voor regeltoepassing wordt gezien. De politiek lijkt daarmee aansluiting te vinden op bewegingen die al langer aan de orde zijn in de juridische literatuur, waaronder de door mij toegelichte ‘responsieve rechtsstaat’ en de roep om meer ‘burgerperspectief’.

³¹⁵ De motie Jetten/Marijnissen onder *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 15, die met algemene stemmen is aangenomen: *Handelingen II 2020/21*, nr. 48, item 14, p. 3.

³¹⁶ De motie Segers c.s. onder *Kamerstukken II 2020/21*, 28362, nr. 52, die met algemene stemmen is aangenomen: *Handelingen II 2020/21*, nr. 73, item 9, p. 2.

³¹⁷ Zie de aanvraag onder *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 53 en de reactie van de Commissie onder *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 55.

³¹⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 28362, nr. 47; Vanzelfsprekend zou hier een krachtiger signaal vanaf gaan bij een meerderheid van 100 of meer leden, maar het laat zien dat in ieder geval een meerderheid van de Tweede Kamer een verandering in de toetsingspraktijk ziet zitten.

³¹⁹ Zie het voorstel van wet tot wijziging van de Participatiewet in verband met het vergroten van de beslissingsruimte van gemeenten bij het terugvorderen van bijstand, raadpleegbaar op internetconsultatie.nl/terugvorderingbijstand.

³²⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 15.

³²¹ Zie onder meer de uitzending van Nieuwsuur met Rutte: ‘Nieuwsuur’, *NOS-NTR*, *NPO* 10 mei 2021 en het Eindverslag van informateur Tjeenk Willink als bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 24.

4.4 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik stilgestaan bij enkele algemene tendensen in het bestuursrecht, die erop wijzen dat gebonden bevoegdheden hun langste tijd hebben gehad en dat de abbb, waaronder het evenredigheidsbeginsel, leidend moeten zijn bij het gebruik maken van (beschikkings)bevoegdheden. In het ‘nieuwe bestuursrecht’ post-kinderopvangtoeslagaffaire staat ‘de menselijke maat’ centraal en bestaat niet langer ruimte voor strikt gebonden bevoegdheden die daar juist geen ruimte voor laten. In de juridische literatuur kan daarbij met name worden gewezen op de beweging naar een responsieve rechtsstaat onder aanleiding van de *auctor intellectualis* van de Awb, Michiel Scheltema. In deze volgende stap in de ontwikkeling van de Nederlandse rechtsorde, dienen de wensen en behoeften van de burger centraal te staan in de juridische ordening. De roep om het centraal stellen van een realistisch burgerperspectief, zoals al decennia bepleit door Leo Damen en benadrukt door de WRR, sluit aan op die ontwikkeling. Mede in het licht van de roep om ‘macht en tegenmacht’ in het Den Haag van na de kinderopvangtoeslagaffaire is bij het leveren van maatwerk en tegenmacht, een duidelijke plek voor de (bestuurs)rechter weggelegd.

5. NIEUWE TOETSINGSMOGELIJKHEDEN VOOR DE BESTUURSRECHTER

In hoofdstuk 3 heb ik beschreven hoe de evenredigheidstoetsing van bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden. Voor deze bevoegdheden geldt dat slechts kan worden getoetst aan ofwel de ‘escape’ van het Harmonisatiewet-arrest, dan wel aan internationaal recht. Dit laatste bleek in bepaalde gevallen ook problematisch, omdat de beleidsgebieden waar de meeste gebonden bevoegdheden op terugkomen – het belastingrecht en SZW-wetgeving – niet binnen de reikwijdte vallen van de meest voor de hand liggende EVRM-rechten. De toetsing op evenredigheid is in die gevallen dus beperkt tot de uitzondering van het Harmonisatiewet-arrest. In hoofdstuk 4 heb ik vervolgens geconcludeerd dat er verschillende bestuursrechtelijke en politieke ontwikkelingen plaatsvinden die maken dat maatwerk en een ‘beginselconforme’ aanpak wenselijk zijn. Het evenredigheidsbeginsel wordt daarbij specifiek een plek toegedicht om te voorkomen dat burgers het slachtoffer worden van harde, ‘dwingende’ wetgeving.

In dit hoofdstuk staat daarom centraal op welke wijze *de bestuursrechter* toetsingsmogelijkheden op evenredigheid kan introduceren ofwel de in hoofdstuk 3 uiteengezette toetsingsmogelijkheden kan uitbreiden opdat zij niet langer een theoretische exercitie zijn. Daarbij houd ik mij aan de indeling die ik in hoofdstuk 3 heb gebezigd, te weten het geschreven nationale recht, het ongeschreven recht en het internationale recht (specifiek het EVRM). Op elk van deze gebieden schets ik mogelijkheden voor de invoer van een betekenisvolle evenredigheidstoets.

5.1 GESCHREVEN (NATIONAAL) RECHT

In paragraaf 3.1.1 heb ik vastgesteld dat het in artikel 3:4, tweede lid, Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel geen toepassing vindt indien sprake is van een bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden. De wetgever overwoog dat voor zover geen afweging van belangen plaatsvindt bij de vraag of een bevoegdheid moet worden aangelegd, ook geen ruimte bestaat voor een evenredigheidstoetsing op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb.³²² De Awb-wetgever gaat ervan uit dat, “[w]aar noch beleidsvrijheid noch beoordelingsvrijheid bestaat, (...) niet uit de bedoelde bepaling [kan] voortvloeien dat aan het vereiste van evenredigheid niet wordt voldaan.”³²³ Besluiten die rechtstreeks uit een wettelijke regeling volgen, kunnen daarmee niet worden getoetst op evenredigheid op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb.³²⁴ Dit in de wetsgeschiedenis opgenomen standpunt is in de rechtspraak overgenomen en geldt nog steeds: voor zover de wet dwingendrechtelijk voorschrijft wat het besluit in kwestie moet zijn, geldt dat niet aan 3:4, tweede lid, Awb wordt getoetst.³²⁵ Dit uitgangspunt staat de laatste jaren evenwel onder druk. De door mij nu al meermaals aangehaalde Michiel Scheltema heeft

³²² *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 60.

³²³ *Idem*; Zie eveneens de eerder door mij aangehaalde toelichting op het eerste lid van artikel 3:4 Awb, waarin de beperking van het eerste lid wordt toegelicht: *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 67.

³²⁴ In de passage waar ik naar refereer wordt dit standpunt ingenomen over wettelijke regelingen, geen wet in formele zin zijnde. Aangenomen mag worden dat dit – in lijn met de extensieve uitleg van artikel 120 Gw – ook geldt voor wetten in formele zin. Deze passage is overigens zijn kracht verloren voor lagere regelgeving, door een later ingediend amendement, zie uitgebreider: Scheltema 2020, p. 19-21

³²⁵ Zie recentelijk bijvoorbeeld CRvB 19 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:486 en CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183.

een tweetal voorstellen gedaan die het wel degelijk mogelijk zouden maken om bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden te toetsen aan een evenredigheidsbepaling in de Awb. Deze twee voorstellen staan centraal in deze paragraaf.

De algemeenheid van regels en haar gevolgen voor het bestuursrecht

In zijn preadvies aan de Nederlandse vereniging van wetgeving reflecteert Scheltema op het eeuwenoude probleem van de ‘onwrikbare wet’, de noodzakelijke algemeenheid van regels en de noodzaak om de wet buiten toepassing te laten in gevallen waarin zij leidt tot onbillijke uitkomsten. Zoals Bakker in haar dissertatie bespreekt, komt dit inzicht al voor in de teksten van Aristoteles.³²⁶ Wetten zijn altijd algemeen en houden in hun toepassing rekening “*met wat in de meeste gevallen voorkomt*”, maar kunnen daarmee niet voorkomen dat – gezien de onvoorspelbare aard van het menselijke handelen en de oneindig mogelijke situaties – er zich gevallen voordoen waarin het onmogelijk is om een bepaalde situatie in een algemene uitspraak te vatten. In die gevallen ontstaat een situatie waarin het recht dat op de wet gebaseerd is niet langer samenvalt met het rechtvaardige, terwijl ‘het billijke’ dat wel doet. Zoals Aristoteles het treffend stelt: “*De moeilijkheid ontstaat in feite doordat het billijke weliswaar rechtvaardig is maar niet samenvalt met het recht dat op de wet gebaseerd is, maar veeleer verbetering inhoudt op het wettelijke recht.*”³²⁷ In dat geval doet zich een tekortkoming voor die inherent is aan wetgeving en ligt het voor de hand om haar te herstellen door middel van een interpretatie van wat de wetgever “*zelf voorgeschreven [had] als hij daar geweest was en wat hij in de wet opgenomen had als hij het onderhavige geval gekend had.*”³²⁸

In zijn preadvies herhaalt Scheltema deze uiteenzetting, zij het in een moderner jasje. Scheltema betoogt dat het maken van een uitzondering in lijn met het inzicht van Aristoteles al lang niet meer gemeengoed is door onverminderd vast te houden aan wetgeving, ook in situaties waar de toepassing van de algemene regel tot schrijnende consequenties leidt.³²⁹ De wetgever wordt voor ‘alwetend’ gehouden en een wet moet – gezien de democratische legitimatie van de wetgever en de openbare totstandkomingsprocedure – wel ‘goed’ zijn. Scheltema relativeert dit beeld. Alhoewel wetgeving in beginsel oneindig lang toepassing blijft vinden, moet men realistisch zijn over wat de wetgever op het moment van opstellen heeft (kunnen) voorzien en wat de toekomstige betekenis van die wettelijke bepaling is. Volgens Scheltema is de samenleving te complex geworden om vast te kunnen houden aan het ideaal van toekomstbestendige, alles overziende wetgeving.³³⁰ De gevolgtrekking van dit ideaaltipe is dat in het moderne bestuursrecht wordt vastgehouden aan de wet alsof zij óók bedoeld is om tot onbillijkheid te leiden in het voorliggende geval, ondanks dat volgens hem in die gevallen niet meer kan worden gesproken van ‘de wil van de wetgever’ als alles-legitimerend

³²⁶ Bakker 2018, p. 34-37.

³²⁷ Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V, 14, 1137a30-1138a5, vertaling Pannier & Verhaeghe 1999, p. 169-171, vgl. Bakker 2018, p. 35.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Scheltema 2020, p. 2-3.

³³⁰ Scheltema 2020, p. 4-6; Scheltema wijst op de snelle veranderingen in de samenleving die niet bijgebeend kunnen worden door langzame wetgevingstrajecten en op internationalisering, ontwikkeling van nieuwe technieken (denk aan een digitaal bestuursrecht) en toenemende culturele diversiteit.

argument.³³¹ Het toepassen van de regel dient dan nog enkel het doel van het “*in stand houden van het juridische systeem, en van de werkwijze van de overheid*” en niet van het uitvoeren van de wil van de wetgever en het komen tot een billijke uitkomst.

Bovenstaande inzichten leiden tot een verandering van de betekenis van wetten, aldus Scheltema. Het is immers niet de problematiek van de algemeenheid van wetten en het niet kunnen overzien van alle gevolgen die onbillijkheden in stand houdt, maar het juridische systeem dat ook in de situaties waar regels niet voor zijn bedoeld, verwijzen naar een niet-bestaande ‘wil van de wetgever’. Het realistischere perspectief op wat de wetgever heeft kunnen voorzien en heeft gewild, zou daarom moeten leiden tot een beweging in de richting van een beleidsregel: de wet geldt steeds als hoofdregel, maar in de situatie waarin toepassing tot onaanvaardbare uitkomsten leidt, moet sprake zijn van een inherente afwijkingsbevoegdheid.³³² Daarmee wordt recht gedaan aan de capaciteiten van de wetgever – het in algemene zin richting geven aan het beleid en de regel voor de ‘normale gevallen’ bepalen – en wordt voorkomen dat de toepassing van wetgeving in een concreet geval leidt tot een onbillijke uitkomst. Dat leidt volgens Scheltema evenwel niet tot een uitbreiding van het toetsingsrecht van de rechter: de rechter weerhoudt zich van het uitspreken van een oordeel over hoe de wetgever in de ‘normale gevallen’ beslist en beperkt zich tot het oordelen dat de wet niet bedoeld is voor het concrete geval dat voor hem ligt.³³³

Waar leidt dat dan wel toe? In de eerste plaats bepleit Scheltema een “*dynamische wetsinterpretatie*” waarin inzichten en ontwikkelingen van na de invoering van de wet een vaste plaats krijgen bij het interpreteren en toepassing in het concrete geval.³³⁴ Deze optie kan er echter toe leiden dat wetsinterpretaties in iedere zaak ter discussie worden gesteld en daardoor steeds bijstelling behoeven. Een oplossing die volgens Scheltema meer “houvast” biedt, betreft daarom het volgen van in de Awb gecodificeerde rechtsbeginselen, óók in situaties waarin de wet strikt gezien verplicht tot een ander besluit. Een dergelijk betoog zien we ook terugkomen in zijn andere bijdragen, zij het in iets aangepaste vorm.³³⁵ Zowel het betoog in aangepaste vorm als het betoog in het preadvies hebben gemeen dat zij op grond van de Awb een evenredigheidstoets mogelijk maken, óók in geval van een bij wet in formele zin gebonden bevoegdheid.

Scheltema #1: artikel 3:4, tweede lid, is altijd van toepassing

Scheltema betoogt dat artikel 3:4, tweede lid, Awb een verankering vormt van het uitgangspunt dat regels gelding hebben, “*tenzij ernstige twijfel kan bestaan over de vraag of dat wel de bedoeling kan zijn geweest.*”³³⁶ Volgens Scheltema maakt artikel 3:4, tweede lid, Awb dat een bij wet gebonden beschikkingsbevoegdheid niet wordt toegepast in gevallen waarin die toepassing leidt tot onevenredige gevolgen voor een belanghebbende – in de woorden van

³³¹ Scheltema 2020, p. 5 & 7-8.

³³² Scheltema 2020, p. 3 & 14-15.

³³³ Scheltema 2020, p. 13-14.

³³⁴ Scheltema 2020, p. 15-17.

³³⁵ Zie met name de later te bespreken suggestie voor een artikel 3:4a Awb uit Scheltema, *RegelMaat* 2018/33 en Scheltema & Lubberdink 2021.

³³⁶ Scheltema 2020, p. 17.

Scheltema een “*evident onredelijk besluit*”.³³⁷ Zoals ik aan het begin van deze paragraaf heb toegelicht, wijkt dat standpunt af van de geldende leer. Hoe komt Scheltema dan tot deze toepassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb, die volgens hem ook nog eens als “*geldend recht*” moet worden beschouwd?

Volgens Scheltema is hiervoor van belang om de plaats van de Awb in het bestuursrecht in acht te nemen. Voor zover in een concreet geval sprake is van strijd tussen twee wetten in formele zin, dient volgens hem geïnterpreteerd te worden volgens enkele vaste regels, zoals *lex posterior derogat legi priori*. Volgens Scheltema gaan die vaste regels echter niet op bij de Awb, nu zij als een ‘systeemwet’ (lex superior) moet worden gezien: een wet met een dusdanig algemene betekenis, dat slechts kan worden aangenomen dat daarvan door de wetgever wordt afgeweken voor zover dat expliciet in een bijzondere wet is bepaald.³³⁸ Een dergelijke benadering is in het Nederlandse bestuursrecht bekend uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Gemeentewet, waarin de wetgever in zijn algemeenheid overweegt dat er een erkende rechtsplicht bestaat dat “*de bijzondere wetgever slechts in uitzonderlijke gevallen van algemene/structurende, meestal organieke wetten afwijk[t]*”.³³⁹ Een dergelijke rechtsplicht wordt afgeleid voor bijvoorbeeld organieke wetten, omdat zij op een opdracht uit de Grondwet zijn gebaseerd.³⁴⁰ Ook de Awb vindt zijn grondslag echter in een dergelijke opdracht: artikel 107, tweede lid, Grondwet bepaalt dat de wet de algemene regels van het bestuursrecht vaststelt. Van de Awb – en daarmee artikel 3:4, tweede lid, Awb – kan men dan ook enkel en alleen afwijken voor zover zulks uitdrukkelijk geschiedt, zoals ook de Awb-wetgever heeft aangegeven.³⁴¹

Aan de gedachte dat artikel 3:4, tweede lid, Awb beperkt wordt in gevallen waarin de belangenafweging door de wetgever is gemaakt en artikel 3:4, eerste lid, Awb dus geen toepassing vindt, heeft Scheltema geen boodschap. Indien de Awb-wetgever die beperking had willen opleggen, had het op zijn weg gelegen om die in dezelfde vorm als in het eerste lid op te nemen.³⁴² Scheltema voelt zich in zijn uitleg gesteund door de eerder door mij genoemde wijziging van de Awir, waarbij wordt gesproken van een “*codificatie*” van het evenredigheidsbeginsel en waaruit Scheltema afleidt dat wordt opgenomen wat ook zonder de wet uit hoofde van artikel 3:4, tweede lid, Awb zou gelden.³⁴³ Belangrijker is de passage waarin de wetgever benadrukt dat een belangenafweging in het kader van een evenredigheidstoetsing mogelijk is, terwijl een belangenafweging in het kader van 3:4, eerste lid, Awb is uitgesloten:

³³⁷ Scheltema 2020, p. 18.

³³⁸ Scheltema 2020, p. 21-22; Bij die strijd geldt volgens Scheltema daarnaast dat zij in beginsel via interpretatie moet worden afgedaan, zoals bij artikel 26 Awir is gebeurd. Redengevend daarvoor is dat van een goed wetgever mag worden aangenomen dat hij geen besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft gewild.

³³⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 10, p. 16.

³⁴⁰ De term ‘rechtsplicht’ moet men hier vooral niet overschatten, zie het eerder als een handvat voor de interpretatie bij strijdigheid van verschillende wetten. Zie daarover o.a. Kortmann 2000; Zijlstra e.a. 2012, par 5.3.3 en De Graaf, *NTB* 2010/30.

³⁴¹ Zie o.a. *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 5, p. 11-12 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 8, p. 4-5.

³⁴² Scheltema 2020, p. 19-20; Gelijkluidend in Scheltema & Lubberdink 2021, p. 456-457.

³⁴³ *Kamerstukken II* 2020/21, 35468, nr. 3, p. 2; Scheltema 2020, p. 23-24; Scheltema & Lubberdink 2021, p. 457-459.

“Voor een zodanige belangenafweging is in beginsel slechts plaats voor zover niet uit een wettelijk voorschrift voortvloeit wat de inhoud van een beschikking dient te zijn. Indien de Awir, de daarop berustende bepalingen of de inkomensafhankelijke regelingen de Belastingdienst/Toeslagen voorschrijven hoe gehandeld dient te worden, is dat voor de Belastingdienst/Toeslagen leidend en komt de vraag naar het afwegen van belangen slechts aan de orde indien het in het tweede lid neergelegde evenredigheidsbeginsel daartoe alsnog verplicht, zoals dat het geval was in de hiervoor genoemde jurisprudentie van de ABRvS.”³⁴⁴ (onderstreping YP)

In deze passage wordt de vaste leer – zoals door mij toegelicht in paragraaf 3.1.1 – onderuit geschouwd: de belangenafweging van het eerste en het tweede lid van artikel 3:4 Awb wordt uit elkaar getrokken, waardoor ook de beperking van de belangenafweging uit het eerste lid (waardoor sprake is van een gebonden bevoegdheid, gezien het ontbreken van beleidsruimte) niet langer doorwerkt naar de evenredigheidstoetsing van het tweede lid. Ook indien sprake is van een gebonden bevoegdheid waarbij geen ruimte is voor een belangenafweging overeenkomstig artikel 3:4, eerste lid, Awb, kan dus nog wel apart worden bezien of de gevolgen in het concrete geval in strijd zijn met artikel 3:4, tweede lid, Awb. De belangenafweging en de vraag of de gevolgen *in concreto* onevenredig zijn, wordt door de wetgever gescheiden. Ook in gevallen waarin sprake is van een gebonden bevoegdheid in de zin dat geen sprake is van beleidsruimte door het ontbreken van de mogelijkheid om een belangenafweging te maken, kan in de visie van de wetgever dus wel degelijk een evenredigheidstoetsing plaatsvinden.³⁴⁵ Uit deze wijziging van de Awir – die woordelijk overeenkomst met artikel 3:4, tweede lid, Awb – leidt Scheltema breder af dat de positie van artikel 3:4, tweede lid, Awb is veranderd. Van een *a contrario* redenering dat het opnemen daarvan in een bijzondere wet uitsluit dat deze interpretatie op grond van de Awb geldt – immers, als dat zo zou zijn zou het zinloos zijn om in de Awir een specifieke codificatie neer te leggen daarvan – wil Scheltema overigens niets weten: de nadruk op de bewoording van artikel 3:4, tweede lid, Awb en het feit dat wordt gesproken van een codificatie maakt dat volgens Scheltema enkel een benadrukking plaatsvindt van een situatie zoals die ook zonder de wijziging van de Awir zou gelden.³⁴⁶ De codificatie is inderdaad in strijd met “*het systeem van ons bestuursrecht*” – het geregelde geldt volgens Scheltema immers al op grond van de Awb – en dient daarom vooral gezien te worden als een signaal dat wordt gebroken met de oude interpretatie van een wet die zoveel ellende heeft aangericht.

De interpretatie die Scheltema aan artikel 3:4, tweede lid, Awb geeft, maakt in ieder geval dat ook de toepassing van bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden kunnen worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel.³⁴⁷ De strijd die daardoor tussen de Awb en de bijzondere wet ontstaat, moet worden opgelost door middel van de eerder door hem aangehaalde dynamische

³⁴⁴ *Kamerstukken II 2020/21, 35468, nr. 3, p. 2.*

³⁴⁵ Scheltema 2020, p. 24; Scheltema & Lubberdink 2021, p. 459.

³⁴⁶ Scheltema 2020, p. 25.

³⁴⁷ Gezien de staande leer ligt het niet voor de hand om ‘af te wijken’ van artikel 3:4, tweede lid, Awb, omdat wordt aangenomen dat de bij bijzondere wet gebonden bevoegdheid daar toch al niet aan getoetst kan worden. Een voorbeeld aanhalen waarbij uitdrukkelijk van 3:4, tweede lid, Awb wordt afgeweken is dus (nog) niet mogelijk.

interpretatie. Scheltema's uitleg heeft niet tot doel om keuzes van de wetgever aan de kaak te stellen, maar maakt het wel mogelijk om te compenseren voor de wetgever die – zoals eerder toegelicht – nou eenmaal niet alle gevallen heeft voorzien en heeft kunnen voorzien.³⁴⁸ Dat leidt ons wel tot het probleem waar ook de Harmonisatiewet-arrest 'escape' tegenaan loopt: wat als de wetgever het juist wél onevenredig heeft bedoeld, of op zijn minst heeft aangegeven dat de omstandigheden die tot de onevenredige situatie leiden wel zijn meegewogen, doch niet doorslaggevend zijn? Oftewel, in de woorden van het arrest, wat als sprake is van door de wetgever verdisconteerde omstandigheden? Scheltema antwoordt simpel: het feit dat de wetgever het evenredigheidsbeginsel in de Awb heeft opgenomen maakt dat verondersteld mag worden dat de wetgever zich daar bij het opstellen van latere wetgeving ook aan houdt.³⁴⁹ Slechts voor zover in de tekst van de bepaling uitdrukkelijk is afgeweken van artikel 3:4, tweede lid, Awb en in de toelichting daarop is gemotiveerd waarom dat het geval is, gaat artikel 3:4, tweede lid, Awb niet voor in de situatie waarin sprake is van een onevenredig besluit. Zoals ik eerder aangaf bestaat een dergelijke bepaling niet en valt niet voor te stellen dat de wetgever een dergelijke bepaling post-kinderopvangtoeslagaffaire zou opstellen. Voor zover hij dat wel doet, vormt deze eerste optie geen uitkomst en zijn wij wederom overgeleverd aan de Harmonisatiewet-arrest uitzondering dan wel toetsing aan internationaal recht. Aangezien een dergelijke situatie slechts een theoretische exercitie zou zijn, lijkt dat een acceptabele 'blinde vlek'.

Zijlstra is kritisch op bovenstaande argumentatie van Scheltema, ondanks dat hij het eens is met het feit dat er een 'oplossing' voor het toetsingsgebrek moet komen. Volgens Zijlstra is de oplossing van Scheltema echter "*juridisch veel ingewikkelder (...) dan hij doet voorkomen*" en "*ook niet nodig*".³⁵⁰ Scheltema's argumentatie levert namelijk – zoals ik eerder aangaf – problemen op voor het moment dat sprake is van door de wetgever voorziene gevallen, die desalniettemin tot een onevenredige uitkomst leiden. Alhoewel Zijlstra het ontwijken van artikel 120 Gw en de extensieve argumentatie van het Harmonisatiewet nog lijkt te accepteren, verzetten volgens hem de *lex specialis*- en *lex posterior*-regel en de normale rechtstoepassing van bijzondere wetgeving het slagen daarvan.³⁵¹ Zijlstra gaat in die argumentatie echter uit van een voorbeeld waarin een *belangenafweging* is uitgesloten en niet van een geval waarin een *evenredigheidstoets* is uitgesloten. De ont koppeling van artikel 3:4, eerste lid, Awb en artikel 3:4, tweede lid, Awb maakt dat geen herijking hoeft plaats te vinden van de *lex specialis*- en *lex posterior*-regel, omdat in die bijzondere wet niet ex- of impliciet is afgeweken van het evenredigheidsbeginsel.³⁵² Alhoewel die loskoppeling van het eerste en tweede lid enige acrobatiek vergt, hoeft zij niet te leiden tot een nieuwe weging van de algemene regels die de relaties tussen wetten in formele zin bepalen.³⁵³

³⁴⁸ Scheltema 2020, p. 25; Scheltema & Lubberdink 2021, p. 469-470.

³⁴⁹ Scheltema 2020, p. 25-27.

³⁵⁰ Zijlstra 2020, p. 2.

³⁵¹ Zijlstra 2020, p. 3-5.

³⁵² Al maakt dit natuurlijk niet anders dat Scheltema een dergelijke herijking gezien het grote belang van de codificaties in de Awb en de door hem voorgestane positie van de Awb als 'systeemwet' voor het bestuursrecht wel zou willen zien. Voor zijn argumentatie is dat echter niet nodig.

³⁵³ Van der Loop richt haar pijlen in haar reactie daarom ook op die ont koppeling, die zou berusten op een onjuiste weging van de geschiedenis van artikel 13b Awir en een onjuiste lezing van de Afdelingsuitspraken. Alhoewel ik

Scheltema #2: Een artikel 3:4a Awb?

Bovenstaand betoog is niet de eerste oplossing die Scheltema heeft aangedragen in deze lijn. Eerder heeft hij een artikel 3:4a Awb voorgesteld, zij het dat dit voorstel dateert van vóór de ontwikkelingen die hem sterken in het betoog dat artikel 3:4, tweede lid, Awb in alle gevallen toepassing vindt. Een korte bespreking van die optie volstaat daarom. In een artikel in *RegelMaat* stelt Scheltema voor om de volgende bepaling op te nemen in de Awb:

“Indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen.”³⁵⁴

Naar aanleiding van het eerder door mij besproken WRR-rapport ‘Weten is nog geen doen’ komt Scheltema in dat artikel tot de conclusie dat van het uitgangspunt moet worden afgestapt dat dwingende wettelijke regels geen ruimte laten voor afwijking op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb.³⁵⁵ De noodzaak van de bestuursrechter om maatwerk te kunnen leveren, wordt – anders dan in het preadvies van zijn hand waarin de algemeenheid van de wet daartoe dwingt – gebaseerd op de door de WRR voorgestelde differentiatie in regeltoepassing aan de hand van het denk- en doenvermogen van de betrokken burger. Scheltema concludeert dat moet worden voorzien in een bepaling die het mogelijk maakt om die differentiatie aan te brengen, omdat een goed wetgever in de ‘responsieve rechtsstaat’ geen regels kan hebben bedoeld die voor bepaalde groepen burgers onevenredig uitpakken. Om te voorkomen dat daarbij wordt vervallen in vage beginselen, concludeert hij dat een wettelijke bepaling ertoe kan bijdragen dat ook bestuursorganen (en dus niet alleen bestuursrechters!) gebruik maken van die mogelijkheid tot differentiatie. In het licht daarvan stelt hij artikel 3:4a Awb voor, als een soort generieke hardheidsclausule.³⁵⁶ Zoals Esser en Becker opmerken, is het onduidelijk hoe dit voorstel moet worden begrepen na het nieuwe betoog in het preadvies.³⁵⁷ Anders dan het eerste betoog, geniet de optie van een artikel 3:4a Awb het voordeel van directe democratische legitimatie van de wetgever en is zij niet afhankelijk van een acrobatische interpretatie van verschillende ontwikkelingen. Daarvoor geldt dan weer wel de beperking dat de bestuursrechter haar niet zelf kan afdwingen en een wetswijziging benodigd is.³⁵⁸

denk dat Van der Loop gelijk heeft en dat de toelichting op artikel 13b Awir misschien niet geheel is afgewogen, denk ik dat zij voorbijgaat aan de wijze waarop de lezing past in de in paragraaf 4.3 toegelichte ontwikkelingen in politiek Den Haag. Zie Van der Loop 2020.

³⁵⁴ Scheltema, *RegelMaat* 2018/33, p. 128.

³⁵⁵ Scheltema, *RegelMaat* 2018/33, p. 127-128.

³⁵⁶ Overigens valt erop te wijzen dat van een generieke hardheidsclausule niet lang geleden door minister Dekker nog van de hand werd gedaan, zij het voor de uitkomsten van de parlementaire ondervragingscommissie werden gepresenteerd: Borman, *NTB* 2020/77, p. 212. In de kabinetsreactie van 15 januari 2021 is die afkeer voor een dergelijke bepaling er niet langer en wordt aangegeven dat de abbb, waaronder het evenredigheidsbeginsel, steeds leidend moeten zijn om onbedoelde gevolgen van wetgeving te vermijden, zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4, p. 12-13.

³⁵⁷ Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 251.

³⁵⁸ Gezien de overeenstemming in Den Haag dat de abbb en maatwerk leidend moeten zijn in het bestuursrecht post-kinderopvangtoeslagaffaire, sluit ik een dergelijke bepaling overigens niet in het geheel uit. De uitkomsten van het rapport van de Venetië-commissie (zie par 4.3) zouden daar ook een rol in kunnen gaan spelen.

5.2 ONGESCHREVEN RECHT

In paragraaf 3.2.1 heb ik uitgewerkt hoe de extensieve interpretatie van artikel 120 Gw maakt dat wetten in formele zin – waaronder daarin gebonden beschikkingsbevoegdheden – niet kunnen worden getoetst aan fundamentele rechtsbeginselen, zoals het ongeschreven evenredigheidsbeginsel. In paragraaf 3.2.2 ben ik vervolgens ingegaan op de beperkte uitzonderingsmogelijkheid (het ‘muizengaatje’ of de ‘escape’) die het Harmonisatiewet-arrest desalniettemin laat voor een contra legem werking van fundamentele rechtsbeginselen. Indien de toepassing van een wettelijk voorschrift zozeer in strijd komt met fundamentele rechtsbeginselen of ander ongeschreven recht, dient het wettelijke voorschrift in kwestie buiten toepassing te worden gelaten. Bij een wet in formele zin is dat volgens de Hoge Raad slechts mogelijk voor zover de omstandigheden die maken dat sprake is van strijd met ongeschreven recht, door de wetgever niet zijn meegewogen (niet verdisconteerde omstandigheden). Van door de rechter verdisconteerde omstandigheden wordt gesproken indien het gaat om een geval dat dichtbij het normaal besproken en bedoelde toepassingsbereik staat, dan wel expliciet in de wetshistorie is genoemd als onder de wettelijke bepaling vallend.

Betogen tot herijking?

Het Harmonisatiewet-arrest blijft in de post-kinderopvangtoeslagaffaire vooralsnog buiten schot. Waar betogen zoals die van Scheltema breed worden uitgelezen in de bestuursrechtelijke literatuur,³⁵⁹ lijkt het ‘heilige huisje’ van het Harmonisatiewet-arrest vooralsnog te blijven staan. Dat is ook niet zo gek: het in zijn algemeenheid toestaan van toetsing van wetten in formele zin aan ongeschreven recht zou artikel 120 Gw en de constitutionele verhoudingen op zijn kop zetten. Alhoewel er zeker het een en ander is te zeggen voor een aanpassing van artikel 120 Gw – dan wel door toetsing aan de klassieke grondrechten uit het eerste hoofdstuk toe te staan zoals in het voorstel Halsema, dan wel door toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen mogelijk te maken – geldt dat een dergelijke fundamentele verandering weloverwogen en in de openbaarheid moet plaatsvinden. Een herijking van de interpretatie van artikel 120 Gw is ook niet nodig om te kunnen beantwoorden aan de in hoofdstuk 4 geschetste tendensen: zij vereisen immers geen toetsing van de wet *in abstracto*, maar enkel het buiten toepassing laten van de wet in (groepen van) gevallen waarin de wetstoepassing tot een onbillijke situatie leidt. Een gebonden bevoegdheid hoeft niet in zijn algemeenheid te worden beoordeeld – gebonden bevoegdheden zullen in de hoofdregel immers tot een evenredige of in ieder geval niet onevenredige uitkomst leiden – zolang hij maar in het concrete geval niet tot een onevenredige uitkomst leidt. Om dat resultaat te bereiken hoeft in lijn met het onderscheid van Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest niet geklust te worden aan het toetsingsrecht, maar juist aan de contra legem toepassing van algemene rechtsbeginselen en ander ongeschreven recht.

Een dergelijk betoog komt mondjesmaat terug in de juridische literatuur, mede bemoeilijkt door het feit dat het standpunt van de Afdeling over de mogelijkheid tot contra legem-werking

³⁵⁹ Zie o.a. Meuwese, *RegelMaat* 2021/1; Damen, *NJB* 2021/354; Barkhuysen & Den Ouden, *NJB* 2021/1214; Brenninkmeijer & Marseille, *NJB* 2021/575.

van algemene rechtsbeginselen inconsistent is.³⁶⁰ Hoe om moet worden gegaan met ‘mits’ van de Hoge Raad in de vorm van de verdisconteerde omstandigheden, wordt daarnaast in veel gevallen in het midden gelaten. Met het enkele wijzen op het ‘muizengaatje’ zijn we er immers nog niet, nu ik in paragraaf 3.2.2 mede heb aangetoond dat de toepassing daarvan volgens de jurisprudentie onmogelijk is indien sprake is van door de wetgever verdisconteerde omstandigheden. Giezeman en Jak doen tussen neus en lippen door in het NJB evenwel een interessante suggestie: zou de uitzondering onder het Harmonisatiewet-arrest niet bijgesteld kunnen worden zoals dat met de uitleg van de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels op grond van artikel 4:84 Awb is gebeurd?³⁶¹

Artikel 4:84 Awb en verdisconteerde omstandigheden

Artikel 4:84 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan overeenkomstig haar beleidsregels handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. In paragraaf 2.3.1 ben ik reeds ingegaan op de jurisprudentie van de Afdeling waarin de toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb is verruimd. In de oude lijn werd slechts gesproken van bijzondere omstandigheden “*indien het gaat om omstandigheden die niet reeds in [de beleidsregel] zijn verdisconteerd en waarin strikte navolging van een beleidslijn zou leiden tot een uitkomst die [het bestuursorgaan] niet geacht kunnen worden te hebben beoogd*”,³⁶² een formule die sterk doet denken aan de uitzondering uit het Harmonisatiewet-arrest. In de eerder behandelde uitspraak van 26 oktober 2016 wordt het criterium dat de omstandigheden niet verdisconteerd mogen zijn, losgelaten.³⁶³ Sinds deze uitspraak dient bij de vraag of sprake is van bijzondere omstandigheden ook te worden gekeken naar bij de totstandkoming van de beleidsregel verdisconteerde omstandigheden. Het feit dat in zijn algemeenheid is overwogen dat een bepaalde omstandigheid geen bijzondere omstandigheden oplevert, maakt namelijk niet dat zij in een concreet geval niet tot onevenredige, onacceptabele gevolgen zou kunnen leiden.

Een dergelijke benadering zou ook kunnen gelden voor de uitzondering uit het Harmonisatiewet-arrest. In deze nieuwe benadering is het enkele feit dat de wetgever een omstandigheid heeft ‘verdisconteerd’ niet langer een reden om contra legem-werking van de algemene rechtsbeginselen en ander ongeschreven recht uit te sluiten. Van omstandigheden die zijn meegewogen, maar in een concreet geval wel degelijk leiden tot het oordeel dat sprake is van strijd met het ongeschreven evenredigheidsbeginsel, moet worden geoordeeld dat zij “*in concreto niet [zijn] verdisconteerd.*” en dat moet worden gezien of zij daarom nopen tot het buiten toepassing laten van de wet.³⁶⁴ Net zoals dat geldt voor een bestuursorgaan bij het opstellen van een beleidsregel, kan van een algemene toelichting op een wet niet worden gezegd dat daarbij is gezien of een algemeen meegewogen omstandigheid alleen of in

³⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Zijlstra, *NTB* 2021/60, p. 131; Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 251; Van den Brink & Ortlep, *NJB* 2021/353, p. 368-370; Zwart, *NJB* 2021/202.

³⁶¹ Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 619.

³⁶² Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6225, r.o. 2.9.

³⁶³ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

³⁶⁴ Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 619.

combinatie met andere factoren in een concreet geval niet toch tot een andere beoordeling zou kunnen leiden.³⁶⁵ Voor zover een in zijn algemeenheid meegewogen omstandigheid in het concrete geval toch tot een andere beoordeling noopt, zou moeten worden geoordeeld dat die omstandigheid *in concreto* niet is verdisconteerd en het wettelijk voorschrift dus buiten toepassing moet worden gelaten. Een dergelijke benadering houdt rekening met de door Scheltema beschreven ‘algemeenheid van wetten’ en geeft blijk van een realistischer perspectief op wat de wetgever heeft kunnen voorzien en meewegen dan het blinde varen op een uit algemeenheden afgeleide ‘wil van de wetgever’ waar de huidige benadering van het Harmonisatiewet-arrest blijk van geeft.

5.3 INTERNATIONAAL RECHT

Een laatste toetssteen die de rechter zou kunnen uitbouwen, is gelegen in de toets aan het EVRM. In paragraaf 3.3.2 heb ik reeds uiteengezet dat het EHRM in het kader van de beperking van verdragsrechten een evenredigheidstoets aanlegt, gebaseerd op de zinsnede “*noodzakelijk in een democratische samenleving*” die in verschillende beperkingsclausules is opgenomen. In het kader van die toets kan worden bezien of sprake is van een redelijke verhouding tussen het doel dat wordt nagestreefd en het middel dat een inbreuk maakt op het verdragsrecht. Deze toets kan óók worden aangelegd bij de toepassing van bij een wet in formele zin gebonden bevoegdheid. Zoals ik in paragraaf 3.3.3 uiteen heb gezet, vallen de terreinen waar de meeste gebonden bevoegdheden zich bevinden echter niet onder de reikwijdte van de meest voor de hand liggende verdragsrechten. Het vinden van een oplossing zal dan ook zitten in het toch onder de reikwijdte van het EVRM brengen van situaties die daar nu niet onder vallen.

Een ruimere uitleg dan die van het EHRM?

De meest simpele oplossing voor het probleem van de reikwijdte van de EVRM-rechten is het kiezen voor een ruimere interpretatie dan het EHRM. Een dergelijke benadering wordt door het EVRM ook niet uitgesloten, zo leiden verschillende auteurs af uit artikel 53 EVRM.³⁶⁶ Toch is sprake van een terughoudende opstelling van Nederlandse rechters bij het toedichten van een ruimere uitleg aan het EVRM dan die (direct) uit de jurisprudentie van Straatsburg volgt. Vlemminx spreekt in dat verband ook wel over “*rechterlijke zelfbeperking*”.³⁶⁷ Vlemminx voert deze terughoudende benadering terug op het arrest *Berrehab t. Nederland* van het EHRM en de daaropvolgende rechtspraak van de Hoge Raad.³⁶⁸ In zijn jurisprudentie tot het Berrehab-arrest bepaalde de Hoge Raad dat sprake is van ‘family life’ in alle gevallen waarin sprake is van een band van “*biologisch ouderschap*”. Het Berrehab-arrest noopte echter tot een minder verre gaande bescherming van het recht op ‘family life’, waarna de Hoge Raad ervoor koos om het door haar in eerdere rechtspraak gehanteerde beschermingsniveau terug te

³⁶⁵ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3.

³⁶⁶ Zie ook A.E.M. Leijten, ‘De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias’, AA 2020/09, p. 908; T. Barkhuysen, ‘De rechter en het Europese maaiveld’, NJB 2013/2020; Vlemminx, NJB 2014/867.

³⁶⁷ Vlemminx, NJB 2014/867.

³⁶⁸ Vlemminx, NJB 2014/867, par 3; EHRM 21 juni 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:0621JUD001073084 (*Berrehab t. Nederland*); HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692, NJ 1990/628, m.nt. E.A. Alkema, E.A.A. Luijten.

draaien en zich aan te sluiten bij de uitleg van het EHRM.³⁶⁹ In latere arresten heeft de Hoge Raad een dergelijke benadering herhaald en voorzien van een nadere onderbouwing: volgens de Hoge Raad volgt uit artikel 94 Gw dat onverenigbaarheid niet kan worden aangenomen op basis van een uitleg die enkel volgt uit de jurisprudentie van de nationale rechter.³⁷⁰

Vlemminx en Barkhuysen betogen beide om deze opstelling te nuanceren. Barkhuysen betoogt daarbij dat de aard van het EVRM maakt dat in veel gevallen sprake is van een terughoudende opstelling in afwachting van overeenstemming in de nationale rechtsorden, terwijl de EVRM-uitspraken zelf in veel gevallen vooral veel ruimte laten voor interpretatie door de nationale autoriteiten.³⁷¹ In plaats van te wachten op deze langzame rechtsontwikkeling, zou de nationale rechter assertiever moeten optreden.³⁷² Vlemminx betoogt dat uit artikel 53 EVRM zelfs een bevoegdheid volgt voor de Nederlandse rechter om een ruimere bescherming te realiseren.³⁷³ Voor zover artikel 94 Gw die bevoegdheid zou willen inperken, dient zij volgens Vlemminx wegens strijd met artikel 53 EVRM daarom buiten toepassing te worden gelaten.³⁷⁴ Alhoewel bovenstaande betogen sympathiek zijn – en in zekere zin hetzelfde bereiken als hetgeen ik eerder heb betoogd in het kader van 3:4, tweede lid, Awb en de toetsing aan de ‘escape’ van het Harmonisatiewet-arrest – acht ik het vanwege de strijd met artikel 94 Grondwet onaannemelijk dat een rechter deze stap zet.

Verschillende rechten nader bezien

Een oplossing die resteert is het bezien of de reikwijdte die in de Nederlandse rechtspraak wordt toegedicht aan EVRM-rechten niet in lijn is met de EVRM-rechtspraak. Verschillende auteurs betogen dat daar sprake van is bij de eerder door mij besproken artikelen 6 en 8 EVRM en artikel 1 EP. Met name in de betogen die zien op artikel 8 EVRM en artikel 1 EP ligt een aanmerkelijke kans dat de Nederlandse rechtspraak inderdaad te beperkt is.

Allereerst artikel 6 EVRM, waarvan ik net aangeef dat ik de kans wat kleiner acht dat zij een uitkomst biedt in situaties waar nu al niet wordt aangenomen dat zij tot een evenredigheidstoets leidt. De kern van de betogen komt erop neer dat in gevallen waarin sprake is van bijvoorbeeld een gebonden terugvorderingsbevoegdheid, wel degelijk sprake is van een criminal charge, waardoor de rechter volgens de full jurisdiction-benadering verplicht is om zich mede over de proportionaliteit van de sanctie uit te kunnen laten. Onder meer Zijlstra oppert dat bij de toepassing van de gebonden terugvorderingsbevoegdheid van artikel 26 Awir sprake was van

³⁶⁹ Zie HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692, *NJ* 1990/628, m.nt. E.A. Alkema & E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

³⁷⁰ Zie HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, *NJ* 2002/278, m.nt. J. de Boer; HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, *BNB* 2014/30, m.nt. R.H. Happé; HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (*Nertsenhouderijen*), *AB* 2018/12, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

³⁷¹ Barkhuysen, *NJB* 2013/2020.

³⁷² Dat zou ook passen bij de steeds grotere rol voor EVRM-rechten die Leijten signaleert, nu de ontwikkelingen die wij in Nederland ondervinden onder verwijzing naar het EVRM in veel landen plaatsvinden door middel van de eigen constituties: Leijten, *AA* 2020/09, p. 907-909.

³⁷³ Vlemminx, *NJB* 2014/867, par. 3; Vlemminx baseert zich daarbij op het gebruik van het woordje ‘law’ in de Engelse vertaling, waaruit hij afleidt dat – gezien het brede wetsbegrip dat het EVRM hanteert – ook nationaal rechtensrecht verder mag gaan op grond van artikel 53 EVRM. Gezien de Franse vertaling (*les lois*), lijkt mij dit wat vergezocht.

³⁷⁴ Vlemminx, *NJB* 2014/867, par. 3.

een criminal charge en daarom een evenredigheidstoets had moeten plaatsvinden.³⁷⁵ Dat is een sympathiek betoog en wordt door de EHRM-rechtspraak niet direct uitgesloten: op basis van de in paragraaf 3.3.3 behandelde Engel-criteria zou men immers tot een dergelijke conclusie kunnen komen. Dat maakt echter niet dat ik denk dat dit de gewezen oplossing is. De vraag is namelijk of de overige gevolgen die het aanwijzen van een bepaalde sanctie als een criminal charge heeft, opwegen tegen de evenredigheidstoets die daarmee gewonnen wordt. In de betogen van Zijlstra en anderen wordt namelijk niet gereflecteerd op de rol van bijvoorbeeld de procedurele waarborgen van artikel 6, tweede en derde lid, EVRM. Het toekennen van die waarborgen in alle gevallen waarin terugvordering het te veel betaalde bedrag zou overschrijden, heeft gevolgen op een dusdanige schaal dat daar niet lichtvoetig mee moet worden omgegaan. Voor zover het betoog er niet toe strekt om in alle gevallen het label ‘criminal charge’ toe te kennen, ontstaat weer het probleem van afbakening: in welke gevallen zou terugvordering dan wel als een criminal charge worden aangemerkt en in welke gevallen niet? Een dergelijke moeilijkheid kennen we al van de intrekking van begunstigende beschikkingen en lijkt mij onwenselijk.³⁷⁶

Positiever ben ik over het betoog van Al Khatib en Linders over artikel 8 EVRM. In lijn met de door mij besproken rechtspraak over de positieve verplichting in het geval het niet-toekennen van een ‘social benefit’ ertoe leidt dat de normale ontwikkeling van het gezins- en privéleven van een persoon onmogelijk wordt gemaakt, betogen zij dat het niet-aannemen daarvan door de bestuursrechters miskent wat de grote gevolgen zijn die besluiten (met name gebonden terugvordering) in het socialezekerheidsrecht voor de betrokken burgers kunnen hebben.³⁷⁷ De schrijvende gevolgen die de kinderopvangtoeslagaffaire aan het licht brachten, maakt dat een herijking van de vraag wanneer wordt gesproken van het onmogelijk maken van de normale ontwikkeling van het gezins- en privéleven, gewezen is. Zoals Al Khatib en Linders stellen: als de gevolgen die de kinderopvangtoeslagaffaire had voor personen al niet werd gezien als een invulling van dat criterium, wat dan nog wel?³⁷⁸ Ik zou daaraan willen toevoegen dat artikel 8 EVRM naar haar aard een sterkere normerende werking heeft dan bijvoorbeeld artikel 1 EP: artikel 8 EVRM ziet op een ‘substantive’ recht, terwijl de rechtspraak van het EHRM over artikel 1 EP met name neerkomt op het in goede (processuele) banen leiden van eigendomsbeperkingen. Bij dat laatste speelt een proportionaliteitsbeoordeling een kleinere rol dan bij de inbreuk op een recht als artikel 8 EVRM.

Ten slotte het betoog dat artikel 1 EP EVRM in meer gevallen grond zou kunnen bieden voor een proportionaliteitstoets.³⁷⁹ Zoals Zijlstra aangeeft, is dit wellicht het recht waar de jurisprudentie van het EHRM het minst eenduidige is en het dus wel degelijk mogelijk zou zijn om een ‘eigen draai’ daaraan te geven.³⁸⁰ Met name over de vraag of bij een voorschot al sprake

³⁷⁵ Zie Zijlstra, *NTB* 2021/60, p. 130 en Zijlstra 2020, p. 6-7.

³⁷⁶ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 138-143.

³⁷⁷ Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1485; Al dient volgens hen niet per se sprake te zijn van een positieve verplichting, nu bij de procedure tegen terugvordering van een toeslag wordt gevraagd om iets niet te doen. Zie ook par. 3.3.3.

³⁷⁸ Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1486.

³⁷⁹ Zie in die lijn onder meer Zijlstra, *NTB* 2021/60l; Zijlstra 2020); Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321.

³⁸⁰ Zijlstra, *NTB* 2021/60l, p. 130.

is van een aanspraak en daarmee van een ‘possession’ kan worden gedebatteerd. Al Khatib en Linders halen ter invulling daarvan bijvoorbeeld rechtspraak aan van het EHRM over subsidieverleningsbesluiten, terwijl Zijlstra wijst op jurisprudentie van het CRvB over de terugvordering van bijstand.³⁸¹ Een belangrijke kanttekening is dat in de rechtspraak van het EHRM wordt gesproken van een excessive burden en dus dat proportionaliteit een minder zware toets is dan bijvoorbeeld bij artikel 8 EVRM waar de proportionaliteitstoets de gebruikelijke EHRM-vorm aanneemt.³⁸²

5.4 CONCLUSIE

Ik heb in de drie voorafgaande paragrafen toegelicht op welke wijze de bestuursrechter toetsingsmogelijkheden op evenredigheid kan introduceren, dan wel kan uitbreiden naar een betekenisvolle toets. Aan de hand van een indeling van geschreven, ongeschreven en internationaal recht heb ik aangetoond dat er verschillende voorstellen zijn om zonder ingrijpen van de wetgever tot een evenredigheidstoets te komen, óók in de problematische gevallen waarin sprake is van een bij wet in formele zin gebonden bevoegdheid.

Allereerst voor wat betreft het geschreven recht. Aan de hand van de opvattingen van Michiel Scheltema heb ik daarin een nieuwe interpretatie van de verhouding tussen het eerste en tweede lid van artikel 3:4 Awb uiteengezet, die het mogelijk maakt dat een bij wet gebonden bevoegdheid wél een beperking vormt in de zin van het eerste lid, maar niet langer doorwerkt voor wat betreft de evenredigheidstoets uit het tweede lid. Deze ‘ontkoppeling’ leidt Scheltema af uit de recente wijziging van de Awir. Als gevolg van deze ontkoppeling ontstaat een strijd tussen artikel 3:4, tweede lid, Awb en de toepassing van de bijzondere wet waarin de gebonden bevoegdheid is neergelegd. Deze moet vervolgens middels ‘dynamische wetsinterpretatie’ worden opgelost, waarbij Scheltema ervan uitgaat dat in beginsel een zwaarder gewicht moet toekomen aan het in de Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Dat laatste volgt uit de plaats van de Awb als systeemwet en de gevolgtrekking daaruit dat de bijzondere wetgever slechts kan afwijken van de Awb indien hij dat expliciet aangeeft en heeft gemotiveerd.

Vervolgens heb ik beschreven dat op het gebied van het ongeschreven recht kan worden gedacht aan de mogelijkheid om de jurisprudentie over de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb ook uit te breiden naar de ‘escape’ van het Harmonisatiewetarrest. Een dergelijke bijstelling van het ‘muizengaatje’ is betoogd door Giezeman en Jak. Met deze bijstelling zou het enkele verdisconteren van een bepaalde omstandigheid er niet meer toe leiden dat contra legem-werking in het licht van die omstandigheid niet meer mogelijk is.

Ten slotte op het gebied van het internationaal recht, waar ik allereerst concludeerde dat het gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad niet mogelijk is om de eerder toegelichte problemen met de reikwijdte van verschillende EVRM-rechten te compenseren door zelf een ruimere uitleg te geven aan het EVRM. Verschillende auteurs hebben daarbij echter wel aangetoond

³⁸¹ Zijlstra, *NTB* 2021/601, p. 130; Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1482-1484.

³⁸² EHRM 15 december 2009, nr. 18176/05 (*Wieckzorek t. Polen*), r.o. 62-64.

dat de EVRM-jurisprudentie op zijn minst twijfel oproept over de reikwijdte die in het Nederlandse bestuursrecht is toegekend aan verschillende EVRM-rechten. Met name de betogen over de reikwijdte van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP overtuigen en zouden ertoe leiden dat ook gevallen die voorheen buiten de reikwijdte van het EVRM vielen in de Nederlandse jurisprudentie, onder de reikwijdte van het EVRM worden gebracht. In een dergelijk geval zou het EVRM aanleiding zijn om een proportionaliteitstoets uit te voeren.

6. CONCLUSIE

In deze scriptie stonde de volgende vraag centraal:

In hoeverre kan de bestuursrechter de uitoefening van gebonden bevoegdheden toetsen op evenredigheid en, voor zover dat niet het geval is, dient hij gezien de algemene tendensen in het bestuursrecht een dergelijke toetsing te introduceren en, zo ja, hoe?

Ter beantwoording daarvan heb ik achtereenvolgend in kaart gebracht i) wat onder gebonden bevoegdheden moet worden verstaan (hoofdstuk 2), ii) hoe deze getoetst kunnen worden op evenredigheid (hoofdstuk 3), iii) welke algemene tendensen erop wijzen dat een evenredigheidstoetsing wenselijk is en ten slotte iv) hoe een toetsing door de bestuursrechter kan worden vormgegeven. Hieronder resumeer ik.

Allereerst heb ik in kaart gebracht in welke gevallen gesproken kan worden van een gebonden bevoegdheid. In hoofdstuk 2 kwam daaruit naar voren dat het gaat om bevoegdheden waarbij het bestuursorgaan geen beleidsruimte heeft bij de vraag hoe toepassing moet worden gegeven aan een bevoegdheid. Verder kunnen gebonden bevoegdheden worden ingedeeld in verschillende ‘bindingsgehalten’ en kan de binding plaatsvinden op verschillende manieren. Vooral dit laatste heeft gevolgen voor de wijze waarop getoetst kan worden op evenredigheid.

In het derde hoofdstuk is dit gebleken bij het in kaart brengen van de verschillende toetsingsgronden op evenredigheid. Voor bevoegdheden die zijn gebonden bij beleid of lagere regelgeving geldt dat toetsing mogelijk is, hetzij middels exceptieve toetsing, dan wel door middel van de aan beleidsregels inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Voor bij wet in formele zin gebonden bevoegdheden bleek dat artikel 3:4, tweede lid, Awb geen grond is voor een evenredigheidstoetsing, nu wordt aangenomen dat de in het eerste lid opgenomen beperking van de belangenafweging ook doorwerkt in het tweede lid. Voor deze gebonden bevoegdheden bleken enkel de overige behandelde toetsingsgronden in de vorm van de ‘escape’ van contra legem werking uit het Harmonisatiewet-arrest en een toetsing aan internationaal recht over. Van de ‘escape’ geldt dat zij zeer beperkt is, nu zij slechts kan worden toegepast in gevallen waarin sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden die maken dat de wetstoepassing zozeer in strijd met het ongeschreven recht is, dat het wettelijk voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten. Het internationaal recht biedt in beginsel wel een uitkomst om te kunnen toetsen op evenredigheid, zij het dat de terreinen waar de meeste gebonden bevoegdheden zich op bevinden (belasting- en SZW-wetgeving) in veel gevallen buiten de reikwijdte van de verdragen valt.

In het vierde hoofdstuk heb ik verschillende tendensen toegelicht die maken dat bovenstaand hiaat in de toetsing op evenredigheid moet worden verholpen. In de beweging naar een responsieve rechtsstaat, waar het burgerperspectief centraal staat en regeltoepassing niet langer een doel op zich moet zijn, is het onacceptabel dat een algemene regel in een concreet geval

kan leiden tot onevenredige uitkomsten. Deze beweging past ook bij de aandacht vanuit de juridische literatuur en de WRR voor een realistisch burgerperspectief. Ten slotte vindt dit standpunt haar weerklank in het ‘nieuwe’ Den Haag van na de kinderopvangtoeslagaffaire. Zowel de regering als Tweede Kamer hebben zich meermaals uitgesproken voor een benadering waarin de abbb leidend moeten zijn indien de strikte toepassing van de wet tot onaanvaardbare uitkomsten lijkt. Ook in gevallen waarin het gaat om ‘dwingend recht’, zoals een wet in formele zin.

In het laatste en vijfde hoofdstuk stond ten slotte centraal hoe de bestuursrechter een dergelijke toetsing zelf zou kunnen vormgeven. De eerste optie die daarbij ter sprake kwam, was de ‘optie-Scheltema’. Aan de hand van onder andere de recente wijziging van de Awir bepleit hij dat het eerste en tweede lid van artikel 3:4 Awb van elkaar moeten worden losgekoppeld. Volgens Scheltema kan de belangenafweging (eerste lid) dus wél worden beperkt zonder dat dit gevolgen heeft voor de evenredigheidstoetsing op grond van het tweede lid van artikel 3:4 Awb. Het gevolg is dat een situatie ontstaat van spanning tussen de Awb in de vorm van 3:4, tweede lid, Awb en de bijzondere wet waarin de binding plaatsvindt. Daarbij wijst Scheltema op zijn ‘dynamische wetsinterpretatie’, waarbij in beginsel meer gewicht zal moeten worden toegekend aan het evenredigheidsbeginsel. Dit leidt Scheltema af uit de aard van de Awb als ‘systeemwet’ en het grote gewicht van de codificatie van algemene rechtsbeginselen. Voor zover de wetgever daarvan zou willen afwijken, dient hij dit expliciet en gemotiveerd te doen. Indien hij dat niet doet, wordt hij geacht in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel te hebben willen handelen. De tweede optie ziet op het ongeschreven recht, waarbij de ‘escape’ van het Harmonisatiewet-arrest wordt opgerekt in lijn met de eerdere uitbreiding van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Door deze jurisprudentie over te nemen, ontstaat de situatie dat een verdisconteerde omstandigheid *in concreto* alsnog kan leiden tot het buiten toepassing laten van het voorschrift in kwestie. De derde en laatste optie ziet op het internationale recht. De jurisprudentie van het EVRM biedt namelijk verschillende aanknopingspunten voor een ruimere uitleg dan de beperkte uitleg die Nederlandse bestuursrechters hebben gegeven.

7. BRONNENOVERZICHT

7.1 LITERATUUR

7.1.1 TIJDSCHRIFTEN EN BOEKEN

Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72

J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB* 2020/72.

Albers 2012

C.L.G.F.H. Albers, 'Hardheidsclausules in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012.

Altena 2016

J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (Meijers-reeks, nr. 268), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Bakker, *DD* 2016/23

F.S. Bakker, 'Het taakstrafverbod van artikel 22b Sr: is de rechter ongehoorzaam?', *DD* 2016/23.

Bakker 2018

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Barkhuysen & Van Emmerik 2011

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen, *NJB* 2013/2020

T. Barkhuysen, 'De rechter en het Europese maaiveld', *NJB* 2013/2020.

Barkhuysen, *NJB* 2018/445

T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445.

Barkhuysen & Den Ouden, *NJB* 2018/740

T. Barkhuysen en W.O. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2018/740.

Barkhuysen & Den Ouden, *NJB* 2021/1214

T. Barkhuysen & W.O. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2021/1214.

Van de Beeten & Van de Beeten, *NTB* 2021/136

J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, 'De mythe van de hardheidsclausule', *NTB* 2021/136.

Van den Berge 2016

L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Van den Berge, NTB 2018/40

L. van den Berge, 'Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht', *NTB* 2018/40.

Van den Berge 2020

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

Besselink, NJB 2021/201

L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/201.

Boeve e.a. 2016

M.N. Boeve e.a., *Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2016.

Borman 2010

T.C. Borman, 'Van Warb tot Awb: de invloed van de commissie Scheltema op de Awb', in T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Deventer: Kluwer 2010.

Borman, NTB 2020/77

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

Van den Brink & Ortlep, NJB 2021/353

J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire', *NJB* 2021/353.

Brenninkmeijer & Marseille, NJB 2021/575

A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, 'Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire', *NJB* 2021/575.

Damen 2018

L.J.A. Damen, 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij lost in translation?', in: L.J.A. Damen e.a., *Vertrouwen in de overheid* (VAR-reeks 160), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

Damen, AA 2017/06

L.J.A. Damen, 'De autonome Awbmens?', *AA* 2017/06.

Damen 2019

L.J.A. Damen, 'Van Awbmens naar responsieve burger', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Damen, NTB 2020/2

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

Damen, NTB 2020/74

L.J.A. Damen, 'Op naar een dienende overheid (1DO)!', *NTB* 2020/74.

Damen, NJB 2021/354

L.J. Damen, 'Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!', *NJB* 2021/354.

Van Dijk e.a. 1990

P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Boston: Kluwer 1990.

Duk, RMThemis 1988

W. Duk, 'Beoordelingvrijheid en beleidsvrijheid', *RMThemis* 1988.

Elzinga, Hoogers & De Lange 2014

D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Emmerik & Saris 2014

M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredigheid bestuurlijke boetes', in: C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Esser & Becker, NTB 2021/106

J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel', *NTB* 2021/106.

Van Ettekoven, NJB 2021/101

B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101.

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Gerards 2007

J.H. Gerards, Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb en het Europese recht, in: T. Barkhuysen. W. den Ouden (red.), *Europees recht effectueren*, Deventer: Kluwer 2007.

Gerards 2012

J.H. Gerards, 'Beginselrecht in de 'regel'', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole, A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012.

Gerverdinck 2020

T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen* (diss. Amsterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Giezeman & Jak, NJB 2020/572

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

De Graaf, NTB 2010/30

K.J. de Graaf, 'De verhouding Awb-Wabo beoordeeld', *NTB 2010/30*.

Groenewegen 2006

T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag/Amsterdam: BJu 2006.

Hart, Harvard Law Review (71) 1958, afl. 4

H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* (71) 1958, afl. 4.

Van Heusden, RegelMaat 2021/1

L.A. van Heusden, 'Indringender rechterlijke toetsing van AVV', *RegelMaat 2021/1*.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.H.M. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag; Boom Juridische uitgevers 2015.

Den Houdijker 2012

F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Publishers 2012.

Huisman & Jak, NTB 2019/20

P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB 2019/20*.

Ippel, NTB 2020/73

M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter', *NTB 2020/73*.

De Jong 2017

T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Wolters Kluwer 2017.

Kegge, *JBplus* 2018/4

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

Keulen & Bröring 2016

B.F. Keulen & H.E. Bröring, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Paris 2016.

Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321

A.A. al Khatib & T.M. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321

Klap 1994

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

Klap 2019

A.P. Klap, 'Beleidsregels: een terecht verguisde rechtsfiguur?', in: T. Barkhuysen e.a. (red), *25 jaar Awb: In Eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Konijnenbelt, *NTB* 2019/28

W. Konijnenbelt, 'Normstelling in het bestuursrecht', *NTB* 2019/28,

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen van 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

Kortmann 2000

C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & mr. P.J.J. Zoontjes *De Awb en de bijzondere wetgeving* (preadvies VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Kortmann, *AA* 2005/11

C.A.J.M. Kortmann, 'Rode draad 'Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad'', *AA* 2005/11.

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Kromhout & Marseille, *NTB* 2018/60

D.M. Kromhout & A.T. Marseille, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte', *NTB* 2018/60.

Leijten, *TvCR* 2017/01

A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondrechtelijk perspectief', *TvCR* 2017.

Leijten, AA 2020/09

A.E.M. Leijten, 'De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias', AA 2020/09.

Leijten & Vanderstappen 2021

A.E.M. Leijten & R. Vanderstappen, 'Blik op mensenrechten', in: C.B. Modderman e.a. (red.), *Juridische vragen in het sociaal domein (Recht en Praktijk nr. DR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van der Loop 2020

M. van der Loop, 'Reactie op "Een wet van Meeden en Perzen?"', preadvies van Michiel Scheltema voor de Vereniging voor Wetgeving' (reactie op het preadvies van M. Scheltema 2020).

Meuwese, RegelMaat 2021/1

A.C.M. Meuwese, 'Maatwerk en andere toverwoorden van een nieuw wetgevingsbeleid', *RegelMaat* 2021/1.

Michiels, Blomberg & Jurgens 2016

F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht* (Handboeken Staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Mitsinga, JBplus 2021/7, afl. 2

L. Mitsinga, 'Maatwerk bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2021/7, afl. 2.

De Moor-van Vugt 1995

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Nonet & Selznick 1978

P. Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper & Row 1978 (eerste editie).

Olivier, AA 2014/5

R. Olivier, 'Bestuurlijke boetes vol getoetst?' AA 2014/5.

Ortlep & Zorg, AA 2018/1

R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', AA 2018/1.

Peters, AA 2010/05

J.A.F. Peters, 'Het Harmonisatiewet-arrest ofwel: de plaats van de rechter', AA 2010/05.

Peters, NTB 2020/131

J.A.F. Peters, 'Maatwerk vereist maatwerk. Bespreking van het VAR-preadvies 'Responsief bestuursrecht' van Lukas van den Berge', *NTB* 2020/131.

De Poorter & Çapkurt, NTB 2017/10

J.C.A. de Poorter & F. Çapkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10.

De Poorter, JBplus 2021/2

J.C.A. De Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *JBplus* 2021/2, afl. 1.

Sanders 2019

T.N. Sanders, *Invordering door de overheid* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019.

Sanders, NTB 2021/70

T.N. Sanders, 'De boodschappenaffaire: de wetgever is het probleem, niet het bestuursrecht', *NTB* 2021/70.

Scheltema 1989

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

Scheltema, NTB 2015/37

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015/37,

Scheltema, NTB 2016/33

M. Scheltema, 'De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?', *NTB* 2016/33.

Scheltema, RegelMaat 2018/33

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018/33.

Scheltema 2020

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018/33 en M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen. Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht* (preadvies Nederlandse vereniging van wetgeving 2020).

Scheltema & Lubberdink 2021

M. Scheltema & H.G. Lubberdink, 'Dura lex, sed lex?' in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Schlössels, NTB 2006/50

R.J.N. Schlössels, 'Kroniek beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2006/50.

Schlössels, *Gst.* 2010/102

R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid?', *Gst.* 2010/102.

Schlössels & Zijlstra 2017

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

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (Recht en Praktijk nr. SB3), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler, *NTB* 2018/45

B.J. Schueler, 'Wat is daarop uw antwoord? Vragen over responsief bestuur', *NTB* 2018/45.

Tanja, *NTB* 2018/29

T.E. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(srechtelijke) praktijk', *NTB* 2018/29.

Tollenaar & Feenstra, *JBplus* 2018/1

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

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Verburg, *NTB* 2018/31

D.A. Verburg, 'De responsieve bestuursrechter', *NTB* 2018/31.

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Vlemminx, *NJB* 2014/867

F.M.C. Vlemminx, 'Constitutionele creativiteit en rechterlijke zelfbeperking', *NJB* 2014/867.

Wallage e.a., *NJB* 2017/1703

B. Wallage e.a., 'Het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag', *NJB* 2017/1703.

Wever 2020

M. Wever, *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Publishers 2020.

Widdershoven, NTB 2018/30

R.J.G.M. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2018/30.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Van Zanten, NTB 2020/203

M. van Zanten, 'Naar een indringender exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen', *NTB* 2020/203.

Zijlstra e.a. 2012

S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2012.

Zijlstra 2020

S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema' (reactie op het preadvies van M. Scheltema 2020).

Zijlstra, NTB 2021/50

S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60.

Zwart, NJB 2021/202

F.P. Zwart, 'Wat mij heeft verbaasd...', *NJB* 2021/202.

7.1.2 OFFICIËLE PUBLICATIES

Bestuursrecht op Maat 2020

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

Burgers beter beschermd 2021

Burgers beter beschermd (Rapport van de Adviescommissie praktische rechtsbescherming in belastingzaken), Den Haag 2021.

Jaarverslag 2017 2018

Jaarverslag 2017 (Jaarverslag van de Raad van State van april 2018),

Jaarverslag 2020 2021

Jaarverslag 2020 (Jaarverslag van de Raad van State van april 2021).

Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? 2020

A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?* (Onderzoek voor de Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving (BZK)) 2020.

Omzien in verwondering 2020

Omzien in verwondering (Eindadvies Adviescommissie uitvoering toeslagen van 12 maart 2020).

Ongekend onrecht 2020

Ongekend onrecht (Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag van 13 december 2020 – *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 2).

Paper: Alles of niets 2020

S.E. Zijlstra, *Paper: Alles of niets* (bijlage bij *Ongekend onrecht* (Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag van 13 december 2020)).

Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996 1996

Commissie Evaluatie Awb (Commissie-Polak), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Den Haag 1996.

Weten is nog geen doen 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (WRR-rapport nr. 97), Den Haag 2017.

7.2 PARLEMENTAIRE STUKKEN

Kamerstukken

Kamerstukken II 1977/78, 15049, nr. 7;
Kamerstukken II 1979/80, 16162, nrs. 3-4;
Kamerstukken II 1980/81, 16162, nr. 6;
Kamerstukken II 1980/81, 16162, nr. 10;
Kamerstukken I 1980/81, 15049, nr. 19;
Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nr. 3;
Kamerstukken II 1988/89, 19403, nr. 10;
Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3;
Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. B;
Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 5;
Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 8
Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 6;
Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3;
Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3;
Kamerstukken II 2004/05, 29764, nr. 5;
Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3;
Kamerstukken II 2019/20, 35477, nr. 3;
Kamerstukken II 2020/21, 35574, nr. 3;
Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4;
Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 15;
Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 53;
Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 55;
Kamerstukken II 2020/21, 28362, nr. 47;
Kamerstukken II 2020/21, 28362, nr. 52;
Kamerstukken II 2020/21, 35788, nr. 24;
Kamerstukken II 2020/21, 35468, nr. 3.

Handelingen

Handelingen II 2020/21, nr. 48, item 14;
Handelingen II 2020/21, nr. 73, item 9.

7.3 RECHTSPRAAK

EHRM

- EHRM 16 december 1974, ECLI:CE:ECHR:1974:1216DEC000584972 (*Müller t. Oostenrijk*);
- EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a. t. Nederland*);
- EHRM 7 december 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0070 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1976/236;
- EHRM 23 september 1982, CLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*);
- EHRM 10 februari 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0210JUD000729975 (*Albert en Le Compte t. België*);
- EHRM 25 maart 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0325JUD000594772 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*);
- EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479 (*Öztürk t. Duitsland*);
- EHRM 14 mei 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0514DEC001009482 (*G. t. Oostenrijk*);
- EHRM 16 mei 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0516DEC001050383 (*Kleine Staarman t. Nederland*);
- EHRM 29 mei 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0529JUD000856279 (*Feldbrugge t. Nederland*);
- EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000981582 (*Lingens t. Oostenrijk*);
- EHRM 21 juni 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:0621JUD001073084 (*Berrehab t. Nederland*);
- EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*);
- EHRM 27 augustus 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0827JUD001305787 (*Demicoli t. Malta*);
- EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786 (*Bendenoun t. Frankrijk*);
- Zie EHRM 16 september 1994, ECLI:CE:ECHR:1996:0916JUD001737190 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*);
- EHRM 9 december 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001900591 (*Schouten en Meldrum t. Nederland*);
- EHRM 23 oktober 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001552389 (*Schmautzer t. Oostenrijk*);
- EHRM 23 oktober 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001596390 (*Gradinger t. Oostenrijk*);
- EHRM 10 juni 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092 (*Benham t. Verenigd Koninkrijk*);
- EHRM 28 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0427DEC004083298 (*Bellet, Huertas & Vialatte t. Frankrijk*);
- EHRM 7 september 2000, nrs. 33088/96, 52236/99, 52451/99-52453/99, 52455/99 en 52457/99-52459/99 (*Jazvinsky t. Slowakije*);
- EHRM 3 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1003DEC003446297 (*Wessels-Bergervoet t. Nederland*);
- EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003965298 (*Maaouia t. Frankrijk*);
- EHRM 3 mei 2001, nr. 55996/00 (*Domenech Pardo t. Spanje*);
- EHRM 26 juni 2001, nr. 39022/97 (*O'Rourke t. Verenigd Koninkrijk*);
- EHRM 12 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD004475998 (*Ferrazzini t. Italië*);
- EHRM 2 augustus 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300 (*Boultif t. Zwitserland*);
- EHRM 16 december 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1216DEC004465898 (*Van den Bouwhuijsen & Schuring t. Nederland*);
- EHRM 6 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0706DEC006573101 (*Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), AB 2005/376, m.nt. F.J.L. Pennings;
- EHRM 29 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1129JUD000985203 (*Hummatov t. Azerbeidzjan*);
- EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*);
- EHRM 18 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700 (*Andrejeva t. Letland*);

- EHRM 28 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0428JUD003888605 (*Rasmussen t. Polen*);
- EHRM 15 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD001037305 (*Moskal t. Polen*);
- EHRM 3 december 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD000891705 (*Kart t. Turkije*);
- EHRM 15 december 2009, nr. 18176/05 (*Wieckzorek t. Polen*);
- EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD003757504 (*Boulois t. Luxemburg*);
- EHRM 7 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0207JUD001657408 (*Fabris t. Frankrijk*);
- EHRM 3 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810 (*Jeunesse t. Nederland*);
- EHRM 5 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108 (*Bochan t. Oekraïne no. 2*);
- EHRM 20 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD004037810 (*Fazia Ali t. Verenigd Koninkrijk*);
- EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD000718609 (*Di Trizio t. Zwitserland*);
- EHRM 23 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0323JUD004715206 (*Blokhin t. Rusland*);
- EHRM 13 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013 (*Bélané Nagy t. Hongarije*);
- EHRM 24 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812 (*Paradiso & Campanelli t. Italië*);
- EHRM 15 maart 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707 (*Naït-Liman t. Zwitserland*);
- EHRM 25 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (*Denisov t. Oekraïne*);
- EHRM 6 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113 (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá t. Portugal*);
- EHRM 12 maart 2019, nrs. 71815/14 & 71827/14 (*A.D. & L.K. t. Nederland*);
- EHRM 22 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1222JUD006827314 (*Gestur Jónsson en Ragnar Halldór Hall t. IJsland*);
- EHRM 11 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0211JUD000489313 (*Casarin t. Italië*);

HR

- HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963 (*Doetinchemse woonruimtevoordering*);
- HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (*Prof. Van den Bergh*), *NJ* 1963/248, m.nt. D.J. Veegen;
- HR 14 oktober 1970, ECLI:NL:HR:1970:AX5130 (*Straat- en rioolbelasting Voorburg*);
- HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX:3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, *AB Klassiek* 2016/5, m.nt. J.H. van Kreveld; *AB* 1979/262, m.nt. F.H. van der Burg; *NJ* 1979/533, m.nt. M. Scheltema;
- HR 21 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4526 (*Lucky Luyk*);
- HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*), *AB Klassiek* 2016/10, m.nt. R.M. van Male;
- HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*); *AA* 1989/05, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin; *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema;
- HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692, *NJ* 1990/628, m.nt. E.A. Alkema, E.A.A. Luijten;
- HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, *NJ* 2002/278, m.nt. J. de Boer;
- HR 25 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8524, *Gst.* 2010/29, m.nt. R.J.B. Schutgens; *AB* 2010/12, m.nt. R.O. Ortlep;
- HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, *BNB* 2014/30, m.nt. R.H. Happé;

- HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *AB* 2015/21, m.nt. J.C. de Wit;
- HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *JB* 2015/48, m.nt. R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker;
- HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen;
- HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (*Nertsenhouderijen*), *AB* 2018/12, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik;
- HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729;
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

ABRvS

- ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*), *AB Klassiek* 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard;
- ABRvS 25 maart 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN5980, *AB* 1999/229, m.nt. B.P. Vermeulen;
- ABRvS 15 april 1999, *JB* 1999/151, m.nt. C.L.G.F.H. Albers;
- ABRvS 16 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6225;
- ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1761 (*Kinderbadje*);
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262;
- ABRvS 23 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7104 (*Zeecontainers*);
- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1337, *AB* 2012/259, m.nt. L.J.A. Damen;
- ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166;
- ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7020;
- ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1835;
- ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2418, *AB* 2012/246, m.nt. L.J.A. Damen;
- ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935;
- ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587;
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:840;
- ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1283;
- ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:190;
- ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:293;
- ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1747;
- ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, *AB* 2015/55, m.nt. van A.E. Schilder & J.G. Brouwer;
- ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:444;
- ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen;
- ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:901;
- ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *AB* 2016/82, m.nt. H.E. Bröring & J.G. Brouwer;
- ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691;
- ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:951;
- ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1325;
- ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610;

- ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring;
- ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:482;
- ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:192;
- ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden;
- ABRvS 19 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156;
- ABRvS 25 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, AA 2018/3, m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille;
- ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3422;
- ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:680;
- ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1711.;
- ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1107, AB 2018/158, m.nt. R. Ortlep;
- ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1341, AB 2018/234, m.nt. L.J.A. Damen;
- ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2491, AB 2019/22, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik;
- ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3296, AB 2018/429, m.nt. L.J.A. Damen;
- ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3407, AB 2019/101, m.nt. V.M. Bex-Reimert;
- ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4153;
- ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:773;
- ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:956;
- ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1552;
- ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1560;
- ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603;
- ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604;
- ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, AB 2020/274, m.nt. J.G. Brouwer, L.M. Bruijn, E.M. Breeuwsmā;
- ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AA 2020/393, m.nt. A.T. Marseille; AB 2020/85, m.nt. A. Drahmān & D.K. Jongkind;
- ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmān & D.K. Jongkind;
- ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/13, m.nt. M. van Zanten.
- ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:807;
- ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898;
- ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1147, JG 2020/23, m.nt. R.D. van Oevelen;
- ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1760;
- ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2484;
- ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, AB 2021/4, m.nt. I.M. van der Heijden;
- ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2756, AB 2021/15, m.nt. M. van Zanten;
- ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:164;
- ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:615;
- ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786;
- ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

CRvB

- CRvB 18 februari 1975, *AB* 1975/243, m.nt. J.R. Stellinga;
- CRvB 11 september 1980, ECLI:NL:CRVB:1980:AM5745, *AB* 1981/233, m.nt. B.J. van der Net;
- CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653, *AB* 2001/49, m.nt. H.E. Bröring;
- CRvB 3 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB4816;
- CRvB 17 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BF0927;
- CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776;
- CRvB 11 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI9325;
- CRvB 26 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL2155;
- CRvB 2 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW5471;
- CRvB 21 januari 2015, *AB* 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt;
- CRvB 24 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:615, *AB* 2016/146, m.nt. A.C. Hendriks;
- CRvB 8 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:946;
- CRvB 3 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3367;
- CRvB 7 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:693;
- CRvB 20 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1060;
- CRvB 30 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1650, *AB* 2018/355, m.nt. L.J.A. Damen;
- CRvB 30 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1675;
- CRvB 12 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:54;
- CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1744;
- CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *O&A* 2019/46, m.nt. L.A. van Heusden;
- CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2017;
- CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, *AB* 2019/493, m.nt. M. van Zanten;
- CRvB 23 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2397;
- CRvB 9 januari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:38;
- CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607;
- CRvB 11 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3387, *Gst.* 2021/62, m.nt. L. op den Camp;
- CRvB 19 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:486;
- CRvB 6 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:915;

- CRvB 30 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1237;
- CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183.

CBB

- CBb 15 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708;
- CBb 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:374;
- CBb 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:498, AB 2020/93, m.nt. R. Stijnen;
- CBb 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:161.

OVERIG

- Conclusie A-G Mok 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5742.
- A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557;
- Bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2020:1077.