

Het gelijkheidsbeginsel *revisited*

Handreiking voor een moderne kijk op het gelijkheidsbeginsel in de uitvoeringspraktijk

Marjolein van Everdingen (SVB)

Klaske de Jong (Gemeente Purmerend, UvA)

Gerdo Kuiper (Hogeschool Leiden)

Bert Marseille (RuG)

Arnt Mein (Hogeschool van Amsterdam)

Frank van Tienen (Pels Rijcken)

Irene van der Heijden (Pels Rijcken)

Inleiding & samenvatting

Naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire wordt van het bestuur (waaronder de uitvoeringspraktijk) en de bestuursrechter verwacht dat zij bevredigende (maatwerk)oplossingen vinden voor geschillen met de overheid. Hiertegen wordt regelmatig het gevaar voor precedentwerking ingebracht. Het angstbeeld van menig jurist is dat, als eenmaal een uitzondering wordt gemaakt om een maatwerkoplossing te vinden, door de werking van het gelijkheidsbeginsel¹ de spreekwoordelijke zondvloed zal volgen: een vaste lijn in de besluitvorming valt niet meer te volgen; elke uitzondering is aanleiding voor een volgende.

Terrassen na corona

Tijdens de coronapandemie zijn op veel plaatsen tijdelijke terrassen toegestaan. Horeca-ondernemers willen deze terrassen behouden, ook nadat de coronamaatregelen zijn opgeheven, maar dat is vaak in strijd met de Algemene plaatselijke verordening. Het is mogelijk om een afwijking toe te staan, en daar wordt ook vaak een beroep op gedaan, maar die verzoeken worden veelal geweigerd. De vrees bestaat dat, wanneer één vergunning wordt verleend, andere verzoeken niet meer kunnen worden geweigerd, met vermindering van de vrije openbare ruimte tot gevolg.

Klopt die opvatting van de werking over het gelijkheidsbeginsel wel? In het kader van het project "Het gelijkheidsbeginsel *revisited*" hebben wij onderzocht of en hoe die vrees voor precedentwerking kan worden weggenomen. Daarbij hebben wij ons de vraag gesteld hoe het gelijkheidsbeginsel zo kan worden uitgelegd dat het geen

¹ Het gelijkheidsbeginsel wil niet alleen dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden, maar ook dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld, naar de mate waarin zij verschillen.

argument tegen het bieden van maatwerk vormt, en dus niet *tegen* de burger werkt, en tegelijkertijd oog wordt gehouden voor een werkbare uitvoering van wet- en regelgeving.

Om die vraag te beantwoorden, hebben wij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel vanuit verschillende perspectieven onderzocht. Dat is allereerst een rechtsfilosofisch perspectief, waarin het gelijkheidsbeginsel refereert aan de waarden rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, terwijl vandaag de dag van een responsief bestuur wordt verwacht om (ook) uitdrukking te geven aan begrippen als maatwerk en menselijke maat.

Vervolgens inventariseerden wij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak op twee – onderling sterk verschillende – deelgebieden van het bestuursrecht: het socialezekerheidsrecht enerzijds, gekenmerkt door tweepartijengeschillen waarin met name belangen van financiële aard spelen, en het ruimtelijk ordeningsrecht anderzijds, waarin verschillende algemene (deel)belangen moeten worden afgewogen tegen de uiteenlopende belangen van verschillende partijen en (derde-)belanghebbenden.

Onze analyse is dat een beroep van een burger op het gelijkheidsbeginsel, in die zin dat hij wil dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, in de praktijk bij de rechter slechts bij uitzondering slaagt, omdat gevallen meestal niet voldoende vergelijkbaar zijn. Die rechtspraak kan volgens ons dus geen aanleiding zijn om te vrezen voor precedentwerking. In recente rechtspraak zien wij ook dat de bestuursrechter zoekt naar een balans tussen rechtsgelijkheid en maatwerk.² De rechter lijkt dus ook de opvatting te huldigen dat het gelijkheidsbeginsel niet bij voorbaat in de weg staat aan maatwerk.

Tegelijkertijd constateren wij ook dat in de rechtspraak nog altijd de nadruk ligt op de vergelijkbaarheidstoets, dat wil zeggen, de vraag of er sprake is van vergelijkbare gevallen. Veel minder bekend is de rechtspraak, met name die van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep, waarin (ook) een rechtvaardigingstoets wordt toegepast. Als eenmaal wordt vastgesteld dat voorgelegde gevallen in relevante opzichten gelijk zijn, staat daarmee nog niet vast dat deze gevallen ook gelijk moeten worden behandeld. Er kan – op grond van het evenredigheidsbeginsel – een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan om gelijke of vergelijkbare gevallen toch verschillend te behandelen. Andersom kan ook een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel. Weliswaar geldt als uitgangspunt dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld, maar wel alleen naar de mate waarin zij verschillen. In dat geval wordt beoordeeld of sprake is van een 'overduidelijke onevenredigheid' tussen de behandeling van verschillende gevallen. Bij ongelijke behandeling van ongelijke gevallen kan er dus nog wel een evenredigheidstoets plaatsvinden.

Nu ook deze situaties zich kunnen voordoen, zou bij een beroep op het

² Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:87.

gelijkheidsbeginsel niet moeten worden volstaan met een vergelijkbaarheidstoets, maar zou meer de vraag centraal moeten staan of een rechtvaardiging bestaat voor het maken van onderscheid. De belangrijkste vraag is uiteindelijk *niet* of gevallen wel of niet vergelijkbaar zijn, maar of er een rechtvaardiging bestaat om gevallen, gelijk of niet, verschillend te behandelen.

Wij hebben ons daarbij laten inspireren door het pleidooi van Janneke Gerards om de vergelijkbaarheidstoets te vervangen door een rechtvaardigingstoets.³ Deze benadering maakt het overbodig om vast te stellen welke gevallen wel of niet vergelijkbaar zijn en welke aspecten of kenmerken van de gevallen daarvoor relevant zijn. Gerards bepleit dat deze ingewikkelde exercitie wordt overgeslagen. In plaats daarvan moet volgens haar worden beoordeeld of er een legitiem doel is voor ongelijke behandeling en of er een redelijke en proportionele verhouding bestaat tussen het nagestreefde doel en de belangen die worden aangetast door de ongelijke behandeling.

Die visie sluit volgens ons aan bij de recente rechtspraak die meer ruimte biedt aan bestuursorganen om het evenredigheidsbeginsel in te zetten om maatwerk te bieden, bij de toepassing van discretionaire bevoegdheden, beleidsregels en lagere regelgeving (algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde een wet in formele zin), en heel soms ook bij de toepassing van een formele wet (door beginselconforme uitleg of bij niet-verdisconteerde omstandigheden).⁴

Onze handreiking is om de huidige invulling van het evenredigheidsbeginsel leidend te laten zijn in de beantwoording van de vraag of een uitzondering moet worden gemaakt bij de toepassing van regelgeving en beleidsregels. Onze stelling is dat, als een bestuursorgaan op een gepaste en bedachtzame wijze toepassing geeft aan het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel niet hoeft te worden geschonden en dus geen vrees voor (bovenmatige) precedentwerking hoeft te ontstaan. Het gelijkheidsbeginsel vormt dan geen belemmering zijn voor het bieden van maatwerk.

De nadruk moet daarbij dan wel komen te liggen op (het voorkomen van) schrijnende gevallen. Wordt alleen in daadwerkelijk schrijnende situaties een uitzondering gemaakt, om onevenredigheid weg te nemen, dan is daarmee de rechtvaardiging gegeven voor een afwijkende behandeling (rechtvaardigingstoets) en wordt dus ook op een juiste wijze invulling gegeven aan het gelijkheidsbeginsel. Er zou dan geen sprake moeten zijn van een grote groep van voldoende vergelijkbare gevallen waarin óók een uitzondering moet worden gemaakt. Het kan volgens ons in ieder geval niet gaan om zoveel uitzonderingen dat de vraag zal rijzen of de (beleids)regels zelf moeten worden aangepast. Bij deze handreiking geven wij ook enkele praktische suggesties hoe bestuursorganen mogelijk onevenredige uitkomsten kunnen signaleren en voorkomen.

³ J.H. Gerards, 'Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel door de bestuursrechter', *JBplus* 2002/11. Zie ook de noot in *EHRC Updates* 2020/201 van J.H. Gerards bij EHRM 30 juni 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002694413 (Popović e.a. tegen Servië).

⁴ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334 (*Harderwijk*), ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1225 (Besluit kinderopvangtoeslag), ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1140 (Afsluitingsregeling) en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852.

Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid versus maatwerk. Het spanningsveld vanuit rechtsfilosofisch perspectief

In het recht komen situaties voor waarbij juristen een afweging moeten maken tussen rechtsgelijkheid en rechtszekerheid enerzijds en maatwerk anderzijds. Deze waarden zijn te koppelen aan verschillende invalshoeken. In een bureaucratische rechtsstaat staan de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid centraal, terwijl in een responsieve rechtsstaat de nadruk ligt op uitgangspunten zoals maatwerk en de menselijke maat. De vraag is of die waarden met elkaar in strijd zijn, of juist verenigd kunnen worden. De transitie naar een responsieve rechtsstaat vraagt daarom.

Er bestaat namelijk een groeiende onvrede onder (bestuurs)rechtswetenschappers over het functioneren van onze rechtsstaat. Die onvrede bestaat eruit dat de rechtsstaat (onbedoeld) door de burger als bureaucratisch wordt ervaren en onvoldoende in staat is om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval (maatwerk). Wat de overheidsjurist in de bureaucratische rechtsstaat bijna vanzelfsprekend als rechtmatig ziet, wordt door de burger nogal eens als oneerlijk en onrechtvaardig ervaren.

Tegenover het beeld van de bureaucratische rechtsstaat wordt dan ook het ideaal geplaatst van de responsieve rechtsstaat.⁵ Daarin zou meer oog zijn voor het achterliggende doel van de regeling en het individuele belang van de burger. Leidende waarden zijn dan rechtvaardigheid en het oplossen van de problemen van rechtzoekenden, door middel van op de burger toegespitst maatwerk. Dit is eens te meer van belang, nu steeds duidelijker begint te worden dat rechtzoekenden doorgaans veel minder zelfredzaam zijn dan aanvankelijk werd gedacht. Zo kan onder meer stress afbreuk doen aan het zogenoemde doenvermogen van burgers, waardoor zij minder goed in staat zijn procedures te volgen en voorschriften na te leven. Dit terwijl veel overheidsregelingen een rationeel handelende burger veronderstellen, die informatie verzamelt, afweegt en beslist.⁶

Wij bevinden ons op dit moment in een overgangsfase van een bureaucratische rechtsstaat naar een meer responsieve rechtsstaat. Die overgang roept vragen op. Zo lijkt het bieden van maatwerk essentieel om de responsieve rechtsstaat te realiseren, maar is een casuïstische praktijk, met maatwerk als uitgangspunt, wel uitvoerbaar? Leidt het concept van maatwerk niet tot een informele praktijk die niet transparant en evenwichtig is?⁷ Of zelfs tot rechtsonzekerheid, meer in het bijzonder tot willekeur en ongelijke behandeling?⁸ Met andere woorden: gaat de instrumentele benadering van het recht, die ten grondslag ligt aan het idee van de responsieve rechtsstaat, niet ten koste van de waarborgfunctie van het recht en de voorspelbaarheid van het

⁵ Scheltema, M., Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?, *NTB*, 2015/37, p. 287-289.

⁶ WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR, 2017.

⁷ Doornbos, N., Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat, in: Bert Marseille e.a., *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, p. 567-578.

⁸ Berge, L. van den, Responsief bestuursrecht, in: *Maatwerk in het bestuursrecht. Preadviezen voor de VAR, vereniging voor bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridisch, 2020a, p. 7-62.

overheidshandelen? Tussen de beide functies van het recht – waarborg en instrument – moet immers een evenwicht worden bewaard.

Over het spanningsveld tussen enerzijds rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en anderzijds maatwerk, bestaan verschillende zienswijzen. Eén van die zienswijzen, die behulpzaam kan zijn als sprake lijkt van strijd tussen het gelijkheidsbeginsel en het bieden van maatwerk, is die van Radbruch. Zijn visie is dat rechtsgelijkheid en rechtszekerheid terzijde moeten worden geschoven, wanneer de kloof tussen rechtszekerheid en gerechtigheid te groot is.⁹

De rechtsfilosofische discussie die hieraan ten grondslag ligt, is die tussen het rechtspositivisme en het natuurrecht. Rechtspositivisme gaat ervan uit dat je in je beslissingen (als rechter of als juridisch medewerker) altijd de letter van wet moet volgen (legisme). Bij rechtspositivisme wordt er een scheiding gemaakt tussen recht en moraal. Morele noties zijn voor iedereen verschillend. Daarom moet het recht zich enkel richten op de tekst van de wet in het belang van de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het natuurrecht gaat er daarentegen van uit dat je het positieve recht moet toetsen aan een hoger recht, zodat sprake is van rechtvaardigheid. Bij het natuurrecht is er dus geen scheiding van recht en moraal. Het complexe aan deze benadering is dat verschillende mensen verschillende toetsstenen zullen hanteren. Dit resulteert in verschillende uitkomsten die als juist of rechtvaardig worden aangemerkt.

Radbruch was vóór de Tweede Wereldoorlog een rechtspositivist. Drie bestanddelen van het recht waren volgens Radbruch van belang: gerechtigheid in de zin van gelijkheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Met name de rechtszekerheid was van belang en zodoende was het positieve recht, zelfs als het een onrechtvaardige inhoud had, altijd rechtsgeldig en afdwingbaar.¹⁰ Na de verschrikkelijke gebeurtenissen in de Tweede Wereldoorlog kwam Radbruch tot een bijstelling van zijn theorie. In zijn naoorlogse werk gaat hij in op het failliet van het strikte rechtspositivisme. In zijn nieuwe opvatting krijgt gerechtigheid, vanwege zijn intrinsieke waarde, een sterkere positie. Het belang van rechtszekerheid kan nog steeds leiden tot recht dat niet tot gerechtigheid leidt, maar er is volgens Radbruch een omslagpunt wanneer dat niet meer het geval is. Als de kloof tussen rechtszekerheid en gerechtigheid te groot wordt, dan wint de gerechtigheid.

Ook in de kinderopvangtoeslagaffaire hebben we gezien dat het verschil tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid soms te groot was.¹¹ De visie van Radbruch – houd je aan de wet, tenzij het verschil tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid te groot wordt – kan steun bieden in de zoektocht naar een rechtsstatelijke balans tussen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid enerzijds en maatwerk anderzijds. In deze

⁹ Radbruch, G, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* (1946), in Radbruch: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler Verlag (1932) 1970.

¹⁰ Nan, J.S., *Lex Certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011, par. 3.5.4, p. 89-92.

¹¹ Aanvankelijk was in veel zaken waarin kinderopvangtoeslag was teruggevorderd, sprake van grote tekortkomingen bij ouders wat betreft (het kunnen bewijzen) van de betaling van de kosten van kinderopvang. De zogenoemde alles-of-niets-lijn is nadien echter ook toegepast op besluiten waarvan - achteraf gezien - duidelijk is dat die toetsing aan het evenredigheidsbeginsel niet kunnen doorstaan, aldus *Recht vinden bij de rechtbank*, rapport van de werkgroep Reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, Den Haag 2021, p. 31.

handreiking proberen we handen en voeten te geven aan deze zoektocht.

Onze zoektocht start met een inventarisatie van de rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel op twee – onderling sterk verschillende – deelgebieden van het bestuursrecht: het sociale zekerheidsrecht en het ruimtelijk ordeningsrecht.

Toetsing door de rechter aan het gelijkheidsbeginsel in het socialezekerheidsrecht

In zaken waarin de Centrale Raad van Beroep onderzoekt of *gelijke* gevallen gelijk worden behandeld, stranden de beroepen op het gelijkheidsbeginsel vaak omdat de voorgelegde gevallen niet vergelijkbaar zijn.¹² De beoordeling van de vergelijkbaarheid is meestal summier gemotiveerd.¹³ Uit die motivering blijkt vaak niet duidelijk welke verschillen *wel* en welke verschillen *niet* relevant zijn voor de vergelijkbaarheidstoets die de rechter uitvoert. Bovendien kunnen ook overeenkomsten tussen gevallen relevant zijn. Ook die overeenkomsten worden echter maar weinig expliciet in uitspraken benoemd.¹⁴ Zelden komt de rechter toe aan de vraag of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

De lijn in de jurisprudentie is anders als wordt beoordeeld of *ongelijke* gevallen ongelijk worden behandeld naar de mate waarin zij verschillen. Dan beoordeelt de Centrale Raad van Beroep of sprake is van 'overduidelijke onevenredigheid' bij de verschillende behandeling. Er is sprake van een overduidelijke onevenredigheid als voor de ongelijke behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.¹⁵ Het gaat om een terughoudende toets waarbij de rechter veel ruimte laat aan de wetgever. Het is daarbij niet voldoende dat de wetgever een andere, voor de betrokken burger minder nadelige keuze had kunnen maken.¹⁶ De toets is zelfs zo terughoudend dat de Centrale Raad van Beroep tot nu toe nog geen enkele keer een overduidelijke onevenredigheid heeft aangenomen.

De Centrale Raad van Beroep toetst vanaf 2009 aan het criterium 'overduidelijke onevenredigheid'. Aanleiding was een zaak over het verschil in zorgverzekeringspremie voor personen die in Nederland wonen en personen die in het buitenland wonen.¹⁷ De Centrale Raad van Beroep heeft zich toen aangesloten bij jurisprudentie van de Hoge

¹² Zie bijvoorbeeld CRvB 29 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ5918; CRvB 16 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3678; CRvB 4 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1639; CRvB 28 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1051 en CRvB 28 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1062.

¹³ Zie echter voor een uitgebreidere motivering bijvoorbeeld CRvB 11 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0159; CRvB 21 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4148; CRvB 13 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:172 en CRvB 4 april 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1291.

¹⁴ Dit gebeurde bijvoorbeeld wel in CRvB 3 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6691, waarin de CRvB aangaf dat niet een van "een volledig gedeeld oorlogsverleden" kan worden gesproken.

¹⁵ CRvB 22 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1840.

¹⁶ CRvB 25 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4507 en CRvB 26 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6362

¹⁷ CRvB 26 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6362.

Raad waarin deze evenredigheidstoets werd verricht.¹⁸ Deze lijn is doorgezet in een aantal meer recente uitspraken van de Centrale Raad van Beroep.¹⁹

De rechter hanteert dus een erg hoge lat om aan te nemen dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Wij kunnen ons daarom niet goed voorstellen dat de huidige rechtspraak over beroepen van burgers op het gelijkheidsbeginsel aanleiding is om bij het bieden van maatwerk te vrezen voor precedentwerking. Overigens doen bestuursorganen in rechtszaken op het terrein van het socialezekerheidsrecht zelden een expliciet beroep op het gevaar van precedentwerking. De Centrale Raad van Beroep wijst dit beroep meestal af.²⁰

Toetsing door de rechter aan het gelijkheidsbeginsel in het ruimtelijke domein

In het ruimtelijk ordeningsrecht wordt vaker door het bestuur geschermd met het gevaar van precedentwerking. Kenmerkend voor dit rechtsgebied is dat bij een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet alleen feitelijke verschillen, maar ook nogal eens juridische verschillen tussen aangedragen gevallen de boventoon voeren in de rechtspraak. Zo kunnen de "andere" gevallen bijvoorbeeld onderhevig zijn aan ander beleid, onder een ander bestemmingsplan vallen, of de bevoegdheid betreffen van een ander bestuursorgaan.²¹ Dat om die redenen verschillende regimes gelden, is voor de rechter veelal voldoende voor de conclusie dat geen sprake is van een gelijk geval. De rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel stopt op dat punt. De vraag of er ook een rechtvaardiging is voor uiteenlopend handelen, aan de hand van feitelijke verschillen, komt dan niet aan de orde.

¹⁸ CRvB 26 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6362.

¹⁹ CRvB 29 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4288; CRvB 25 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4507; CRvB 4 april 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1291; CRvB 19 november 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2906; CRvB 22 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1840; CRvB 28 februari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:481 en CRvB 26 april 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:768.

²⁰ In de afgelopen tien jaar is in de volgende zaken een beroep op precedentwerking gedaan: CRvB 11 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:387; CRvB 13 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:163; CRvB 31 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:364; CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:659; CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:660; CRvB 7 maart 2019; CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:661 en CRvB 31 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4351. Het beroep op precedentwerking is alleen in de eerste zaak gehonoreerd. In die zaak speelden overigens ook nog andere argumenten een rol.

²¹ Zie bijv. ABR 28 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3992. Een voorbeeld van een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel is ABR 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:308.

Oeverbeschoeiing in Juinen

Een inwoner van Juinen had oeverbeschoeiing aangebracht die hoger was dan het bestemmingsplan toestond. In reactie op handhavend optreden voerde hij aan dat hij had verzocht om de afwijking van het bestemmingsplan te legaliseren en dat die afwijking moet worden toegestaan, omdat zijn buurman aan de overkant van het water een oeverbeschoeiing van dezelfde hoogte had aangebracht. Op het perceel van de buurman was echter een ander bestemmingsplan van toepassing, waarin die hoogte wél was toegestaan. Het waren daarom, aldus B&W, geen gelijke gevallen en er werd geen omgevingsvergunning verleend voor afwijking van het bestemmingsplan.

De juridische verschillen kunnen worden opgeheven door uitzonderingen toe te staan, maar bestuursorganen zijn daar traditioneel terughoudend mee. Vrijwel iedere uitzondering heeft namelijk zichtbare gevolgen in de openbare ruimte en scheidt al snel een precedent. Bij het toestaan van afwijkingen van het bestemmingsplan wordt hiermee vaak rekening gehouden door deze uitzondering als 'trendsetter' aan te merken.²² De afwijking wordt acceptabel geacht voor meerdere gevallen en vormt daarmee als het ware het startpunt van nieuw beleid. Wanneer geen nieuwe lijn van uitzonderingen is beoogd, zal strak de hand moeten worden gehouden aan het bestaande beleid. De vrees is dat het toestaan van één uitzondering uiteindelijk zal leiden tot uitholling van het ruimtelijke beleid. In de literatuur en de rechtspraak wordt de vrees voor precedentwerking reëel geacht.²³

Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2896:

"Bij het verstrekken van een verklaring van geen bezwaar moet ervoor gewaakt worden dat via precedentwerking de regels steeds verder worden opgerek. [...] De rechtbank heeft terecht overwogen dat de minister deugdelijk heeft gemotiveerd dat er geen zwaarwegende redenen zijn om toch een verklaring van geen bezwaar te verlenen. De minister heeft in redelijkheid een zwaarder gewicht kunnen toekennen aan belang van het tegengaan van risico en hinder voor de luchtvaart dan aan de belangen die gemoeid zijn met woningbouw op de gronden van [appellante sub 1]. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat de verlening van een verklaring van geen bezwaar wel degelijk tot precedentwerking kan leiden. De omstandigheden die [appellante sub 1] en het college noemen zijn namelijk niet specifiek voor dit geval maar spelen in meer gevallen. Het is geen bijzondere omstandigheid dat de gronden van [appellante sub 1] vlakbij het dorpscentrum van Rijsenhout liggen, omdat er in Rijsenhout meer gronden met een agrarische bestemming zijn die op korte afstand van het dorpscentrum liggen."²⁴

Met een beroep op precedentwerking laat een bestuursorgaan het algemene belang om het gekozen beleid te kunnen continueren, dus prevaleren boven het individuele belang van de aanvrager bij afwijking van dat beleid.

²² Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 januari 2022 ECLI:NL:RVS:2022:159.

²³ Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 8.

²⁴ Zie ook ABRvS 16 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2022:503.

Het is een bekend gegeven dat ook in het ruimtelijk ordeningsrecht een beroep van een burger op het gelijkheidsbeginsel bij de rechter maar zelden slaagt.²⁵ Wel brengen bestuursorganen dus regelmatig precedentwerking in stelling om géén uitzonderingen toe te staan. Dat betoog wordt vaak gevolgd.

Een voorbeeld biedt ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2387:

“Voorts heeft de rechtbank terecht overwogen dat het college in redelijkheid de vrees voor precedentwerking aan de weigering ten grondslag heeft kunnen leggen. Het college heeft zich op het standpunt gesteld dat het beleid erop is gericht om bewoning in de tweede lijn tegen te gaan, zodat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het gevolgen kan hebben voor soortgelijke gevallen als het college bewoning in het onderhavige geval zou toestaan, nu het college in iedere zaak de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen, waaronder het gelijkheidsbeginsel.”²⁶

Recente rechtspraak laat wel zien dat de rechter hogere eisen lijkt te stellen aan een beroep op precedentwerking door een bestuursorgaan.

Zie voor een voorbeeld ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:87:

“Daarbij betreft de Afdeling dat het college zijn motivering voornamelijk heeft gebaseerd op het standpunt dat sprake is van oneigenlijk gebruik van een ontheffing en de vrees voor precedentwerking. Echter, het college heeft hierbij niet inzichtelijk gemaakt hoe zijn beleid zich verhoudt tot de in artikel 2, eerste lid, van de Wegenverkeerswet 1994 genoemde doelen. Naar het oordeel van de Afdeling is het college dus onvoldoende ingegaan op de door [appellant] geschetste omstandigheden en heeft hij niet onderzocht of gemotiveerd of deze omstandigheden reden kunnen zijn om van zijn vaste gedragslijn af te wijken.”

Bestuursorganen doen er daarom goed aan om de precieze aard en gevolgen te concretiseren als zij precedentwerking verwachten.

Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:438:

“Volgens het dagelijks bestuur gaat van het bouwplan een aanzienlijke precedentwerking uit indien het zou worden toegestaan. Omdat het realiseren van het bouwplan verstrekkende gevolgen heeft voor een groot aantal vergelijkbare bouwblokken in De Baarsjes, weegt de individuele wens van [appellante] volgens het dagelijks bestuur minder zwaar dan de precedentwerking die van het bouwplan uitgaat. In dit verband heeft het dagelijks bestuur erop gewezen dat uit een verbeelding met daarop alle basis orde panden, waartoe ook de woning van [appellante] behoort, (...) blijkt dat het om een potentieel van tientallen bouwblokken gaat met honderden woningen en daarmee ongeveer 50% van de bebouwing in stadsdeel De Baarsjes.”²⁷

²⁵ Zie voor een heldere uiteenzetting de noot van T.N. Sanders bij ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3438, AB 2018/112.

²⁶ Zie bijv. ook ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1120, ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:734, ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3465 en ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1266.

²⁷ Zie ook ABRS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1921, ro. 7.1-7.2.

Uit bovenstaande uitspraak volgt dat de consequenties van een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel voor de publieke ruimte groot kunnen zijn. Tegelijkertijd kunnen wij ons niet goed voorstellen dat in het ruimtelijke domein schrijnende situaties ontstaan als wordt vastgehouden aan beleid en een beroep op het gelijkheidsbeginsel daarom wordt afgewezen, anders dan zoals in het sociale zekerheidsrecht of bij een woningsluiting op grond van overtreding van de Opiumwet. Dit maakt dat bestuursorganen in het ruimtelijke domein gemakkelijker een gerechtvaardigd beroep op precedentwerking kunnen doen.

Wanneer slaagt een beroep van het bestuursorgaan op precedentwerking niet? Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat wanneer sprake is van specifieke bijzondere omstandigheden die wél significante gevolgen hebben voor een individu, maar niet voor de publieke ruimte, een beroep van het bestuur op precedentwerking geen hout snijdt.

Een voorbeeld biedt ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:503:

"[appellant] heeft echter bijzondere omstandigheden aangevoerd en uitgebreid toegelicht hoe hij zijn bus gebruikt voor zijn werk. Zijn kantoor is in zijn woning. Voor zijn werk beweegt hij zich gedurende de dag meermaals met zijn bus tussen zijn woning en klanten waarvoor hij onderhoud aan huizen en kantoren verricht. Wanneer hij gebruik moet maken van een parkeerplaats op het dichtstbijzijnde bedrijfsterrein op ongeveer 2 of 3 kilometer afstand wordt zijn werk nog meer bemoeilijkt. Bij het heen en weer rijden heeft [appellant] wisselend gereedschap en attributen voor zijn werk bij zich. De bus is speciaal ingericht voor zijn werk. Verder heeft hij toegelicht dat hij kostbare spullen waaronder gereedschappen voor zijn werk, tevens erfstukken, in zijn bus heeft. [...]

Daarnaast heeft het college niet bestreden dat [appellant] zijn bus al meer dan twintig jaar voor zijn huis parkeert. Bij besluit van 14 april 2004 heeft hij een inritvergunning gekregen voor een uitbreiding van de parkeerplaats voor zijn woning. Voor deze uitbreiding heeft hij meebetaald. Volgens [appellant] was toen bij de gemeente bekend dat hij de vergunning nodig had ten behoeve van de auto van zijn zoon en zijn bus. [...]

Het bovenstaande valt niet te rijmen met de vrees van het college voor precedentwerking van een aan [appellant] te verlenen ontheffing. Gelet op de hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden van [appellant], en dan in het bijzonder de verlening van de inritvergunning en het feit dat de bus al meer dan 20 jaar voor zijn woning geparkeerd staat, valt bovendien niet te verwachten dat van verlening van een ontheffing aan [appellant] precedentwerking uitgaat.

In de bovenstaande uitspraak wordt niet alleen het individuele belang van appellant om zijn bus voor zijn woning te parkeren benadrukt, maar wordt ook een vraagteken gezet bij het belang van het bestuursorgaan om in dit concrete geval vast te houden aan het parkeerbeleid. Het doel van het betreffende beleid was om het uiterlijk aanzien van de woonwijk te beschermen, door het parkeren van busjes en andere hoge voertuigen te verbieden. Schiet het besluit echter niet dit doel voorbij, wanneer als gevolg daarvan een bewoner van die wijk, die daar al twintig jaar lang zijn bus parkeert, die bus moet verwijderen? Of kun je concluderen dat hier de nadelige

gevolgen van het besluit niet in verhouding staan tot de met het besluit te dienen doelen?

Biedt toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zoals in deze uitspraak in feite is gedaan, een uitweg bij de vraag in hoeverre beroep op precedentwerking het bieden van maatwerk belemmert?

Als we kijken naar de casus 'Oeverbeschoeiing in Juinen' dan zien we het volgende. De regels van een bestemmingsplan zijn bedoeld om te zorgen voor een goede ruimtelijke ordening. Deze regels worden per gebied op een andere manier ingevuld. Dat heeft in deze casus tot gevolg dat de beschoeiing aan de ene kant van het water hoger mag zijn dan aan de andere kant. Is echter het doel van de regels, het realiseren van een goede ruimtelijke ordening, in het geding wanneer de beschoeiing aan beide kanten even hoog is? Zeker niet, dit zal de ruimtelijke ordening eerder ten goede komen. Het publieke belang het handhaven van de regels lijkt kleiner te zijn dan het individuele belang bij het mogen behouden van de beschoeiing. In dit specifieke geval kwam het betreffende bestuursorgaan ook tot deze conclusie en werd de vrijstelling van het bestemmingsplan uiteindelijk toch verleend.

Naar een andere kijk op het gelijkheidsbeginsel

Van vergelijkbaarheidstoets naar rechtvaardigingstoets

Het gelijkheidsbeginsel brengt met zich dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate waarin zij verschillen. Dat lijkt van bestuursorganen te vragen dat zij onderzoeken en vaststellen of gevallen gelijk zijn, in welke mate ze ongelijk zijn en hoe verschillend ongelijke gevallen moeten worden behandeld. Dit is in de uitvoeringspraktijk een lastige opgave, zeker voor bestuursorganen en uitvoeringsorganisaties die veel besluiten nemen, met in sommige gevallen minimale menselijke betrokkenheid in de primaire fase. Welke kenmerken, behoeften en belangen bepalen of sprake is van gelijke gevallen?

Een beproefde methode om op een gestructureerde wijze vast te stellen welke gevallen (in onderscheidende mate) verschillen van andere gevallen, ontbreekt. Er zijn geen concrete handvatten om te beoordelen welke verschillen of overeenkomsten tussen gevallen relevant zijn. In de rechtspraak wordt vaak maar summier gemotiveerd dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet slaagt, veelal omdat geen gelijke gevallen worden aangenomen. De rechtspraak is ook sterk casuïstisch van aard.

Een en ander treft niet alleen de burger, op wie de bewijslast rust bij een beroep op het gelijkheidsbeginsel, maar ook een bestuursorgaan dat vreest voor precedentwerking als de vraag opkomt of maatwerk kan worden geboden. Tegelijkertijd vraagt de rechter wel van bestuursorganen om rekening te houden met specifieke bijzondere omstandigheden die om een uitzondering vragen en om, als een bestuursorgaan stelt dat het maken van een uitzondering tot precedentwerking leidt, dat concreet te onderbouwen. Hoe nu hieraan handen en voeten te geven?

Wij denken dat zowel de burger als de uitvoeringspraktijk erbij gebaat is wanneer bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet langer de vergelijkbaarheidstoets centraal staat, maar een rechtvaardigingstoets, zoals die nu al – in een uiterst terughoudende variant weliswaar – naar voren komt in rechtspraak van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep. De vraag is wel hoe die toets eruit moet zien. Hiervoor kan volgens ons inspiratie worden gevonden in de ‘nieuwe’ rechtspraak over de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb.²⁸ In die bevoegdheid ligt bij uitstek de zoektocht naar een balans tussen rechtsgelijkheid en maatwerk besloten.

Beleidsregels: minder gelijkheid, meer evenredigheid

Een belangrijk instrument voor bestuursorganen om het gelijkheidsbeginsel te operationaliseren, is het vaststellen van beleid. Hoezeer het vaststellen van beleid ook kan bijdragen aan rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, algemeen wordt aangenomen

²⁸ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. Bröring, JB 2016/235, m.nt. Timmermans.

dat er geen plicht tot het vaststellen van beleid geldt.²⁹ Wordt eenmaal wel een vaste gedragslijn gevoerd, al dan niet aan de hand van gepubliceerde beleidsregels, dan is het bestuursorgaan dat deze heeft vastgesteld (of in delegatie uitvoert), daaraan gebonden. Voor beleidsregels volgt dat expliciet uit artikel 4:84 Awb, eerste volzin, maar voor ander beleid geldt die zelfbinding evenzeer.³⁰ Deze zelfbinding borgt een consistente toepassing en een gelijke behandeling van de gevallen die door de beleidsregel worden bestreken.

Bestuursorganen hebben meer ruimte gekregen om af te wijken van beleidsregels, sinds de *tournaire* in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 26 oktober 2016.³¹ Sindsdien is de doctrine dat bij de vraag of toepassing van een beleidsregel leidt tot onevenredige gevolgen voor belanghebbenden, die niet in verhouding staan tot de met het beleid te dienen doelen (artikel 4:84 Awb, tweede volzin), en afwijking van de beleidsregel is geboden, óók de omstandigheden moeten worden betrokken die wel zijn “verdisconteerd” (overzien) bij het opstellen van het beleid.

Vóór deze uitspraak werd steeds eerst de voorvraag gesteld of de omstandigheden waarop een beroep werd gedaan, al dan niet zijn verdisconteerd bij het opstellen van het beleid. Dat kwam neer op de vraag of de gevolgen van de toepassing van het beleid bij die omstandigheden zijn voorzien. Was dat niet het geval, dan konden deze omstandigheden worden betrokken in de afweging of van het beleid zou moeten worden afgeweken. Wel in het beleid verdisconteerde omstandigheden mochten echter per definitie buiten beschouwing worden gelaten. In deze laatste categorie werd dus zonder meer gelijk gehandeld, omdat de beleidsregel dan onverkort werd toegepast.

Volgens de huidige rechtspraak moeten álle omstandigheden van het geval worden betrokken in die afweging om een beleidsregel al dan niet onverkort toe te passen. Er geldt zagezegd geen drempel meer voor een beroep op afwijking van een beleidsregel. Degene die zich daarop beroept, hoeft dus ook niet te onderbouwen dat zijn geval zich (wezenlijk) onderscheidt van de gevallen waarop de beleidsregel wordt toegepast, maar kan zich richten op de onevenredigheid van de situatie die zou ontstaan als de beleidsregel op hem wordt toegepast.

Het evenredigheidsvereiste prevaleert hier dus. Ook in gevallen waarin de rechtens relevante omstandigheden gelijk zijn aan de gevallen die conform de beleidsregel zijn toegepast, kan of moet soms worden afgeweken van de beleidsregel, op grond van het evenredigheidsvereiste dat in de slotzin van artikel 4:84 Awb besloten ligt.³² Het is de potentiële strijd met het evenredigheidsvereiste die de kwestie dan “bijzonder” maakt in de zin van artikel 4:84 Awb. Deze moderne opvatting van de inherente

²⁹ Een enkele keer is overwogen dat die verplichting wel bestaat als een eenmaal gevormde - maar niet gepubliceerde - vaste gedragslijn wordt gewijzigd, uit het oogpunt van rechtszekerheid, maar het gaat daarbij om een uitzondering, zie ARRvS 24 april 1981, ECLI:NL:RVS:1981:AM6096, AB 1982/5.

³⁰ Zie bijv. ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3457, JB 2017/38.

³¹ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

³² Het gaat hier om een *specialis* van het evenredigheidsvereiste van artikel 3:4 lid 2 Awb, die ook van toepassing is op beleidsregels. Zie N.W.A Tollenaar en M. Feenstra, ‘Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels’, *JBplus* 2018/1.

afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb kan er dus toe leiden dat verschillend moet worden gehandeld in gevallen die rechtens (volgens de beleidsregel) gelijk zijn, of dat juist gelijk wordt gehandeld in gevallen die verschillend zijn.

De evenredigheidstoets als rechtvaardigingstoets

Door dezelfde evenredigheidstoets leidend te laten zijn bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, kan de operationalisering van het gelijkheidsbeginsel door uitvoeringsorganisaties en andere bestuursorganen die veel besluiten nemen, worden vereenvoudigd. Als de toepassing van regelgeving of het beleid in een individueel geval leidt tot onevenredige gevolgen in de zin van artikel 4:84 Awb, bestaat er een rechtvaardiging om onderscheid te maken. Het is die onevenredigheid die het een ongelijk geval maakt. Dit geval moet dus juist niet hetzelfde worden behandeld als andere gevallen, vanwege de onevenredigheid die gelijke behandeling zou opleveren.

In deze benadering berust de bewijslast niet meer primair op de burger, die moet stellen en onderbouwen dat en welke vergelijkbare gevallen zich hebben voorgedaan, maar verschuift de bewijslast naar het bestuursorgaan, dat zal moeten uitleggen waarom in een bepaald geval, gelijk of niet, wel of niet anders is gehandeld, gelet op het evenredigheidsvereiste.

Voordeel van deze aanpak voor bestuursorganen is dat het niet nodig is om de “werkvoorraad” door te lichten op specifieke kenmerken die zaken vergelijkbaar maken, maar dat de focus ligt op kenmerken die wijzen op onevenredige uitkomsten bij de toepassing van regelgeving en beleid. Door de gevallen te identificeren waar een schending van het evenredigheidsbeginsel op de loer ligt, kunnen bestuursorganen er dus tegelijkertijd voor waken dat niet in strijd wordt gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

Wij denken dat de kenmerken van zaken om mogelijk onevenredige uitkomsten te identificeren, eenvoudiger zijn vast te stellen dan kenmerken om te bepalen of gevallen gelijk zijn.³³ Hierbij denken wij bijvoorbeeld aan de volgende vragen:

- Wordt de burger gelet op zijn situatie (financieel) zwaar getroffen?
- Wordt de burger in verhouding tot andere burgers zwaar getroffen?
- Is de situatie van de burger uniek of komt deze veelvuldig voor?
- Passen de gevolgen van het besluit bij de doelen van de regeling? Of cumuleren deze met consequenties voor de toepassing van andere regelingen waarmee geen rekening is gehouden?
- Hebben andere burgers in een vergelijkbare situatie met succes bezwaar gemaakt of beroep ingesteld tegen het besluit, met een beroep op het evenredigheidsbeginsel?

³³ Zie verder over kenmerken die bij de evenredigheidstoets een rol kunnen spelen: M. Feenstra, ‘De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties’, *NTB* 2022/345.

De nadruk moet hierbij volgens ons komen te liggen op het detecteren van schrijnende gevallen. Wordt alleen in daadwerkelijk schrijnende situaties een uitzondering gemaakt, om onevenredigheid weg te nemen, dan is daarmee de rechtvaardiging gegeven voor een afwijkende behandeling, is de rechtvaardigingstoets doorstaan en wordt daarmee dus ook op een juiste wijze invulling gegeven aan het gelijkheidsbeginsel. Er zou dan geen sprake moeten zijn van een grote groep van voldoende vergelijkbare gevallen waarin óók een uitzondering moet worden gemaakt. Het kan volgens ons in ieder geval niet gaan om zoveel uitzonderingen dat de vraag zal rijzen of de (beleids)regels zelf moeten worden aangepast. Door op zo'n bedachtzame wijze toepassing te geven aan het evenredigheidsbeginsel, hoeft geen volgens ons geen vrees voor (bovenmatige) precedentwerking te ontstaan. Het gelijkheidsbeginsel kan dan dus ook geen belemmering zijn voor het bieden van maatwerk.

Een risico bij het in kaart brengen van schrijnende gevallen is dat een limitatieve lijst van gevallen ontstaat waarin maatwerk wordt geboden. Dat is nu juist niet de bedoeling.³⁴ Het kan wel zinvol zijn om te registreren in welke gevallen maatwerk is toegepast. Een dergelijke lijst kan dienen als inspiratiebron voor toekomstige gevallen. Als uitgangspunt kan dan gelden dat in vergelijkbare gevallen óók een uitzondering wordt gemaakt. Bestuursorganen zouden zich er dan wel steeds rekenschap van moeten geven dat in de uitvoeringspraktijk ook andere afwijkingen gerechtvaardigd kunnen zijn en medewerkers moeten aansporen actief te blijven zoeken naar gevallen die nog niet op zo'n lijst staan.

³⁴ Aldus ook L. Mitsinga, 'Maatwerk bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels, *JBplus*, 2021/7.