

STAATS- EN BESTUURSRECHT

BESTUURS(PROCES)RECHT

AAK20229766

Bert Marseille

Wetgeving

Kamerbrief over een meer mensgerichte Awb

In het vorige *KwartaalSignaal* is al ingegaan op de Kamerbrief over de plannen van het kabinet de Awb ‘meer mensgericht te maken’ (*Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102*). Die brief is zo gevarieerd van inhoud dat ik een aspect dat in het vorige *KwartaalSignaal* niet aan de orde kwam, hier alsnog noem. Het betreft de beschouwing over de hardheidsclausule als instrument om te voorkomen dat de uitvoering van regelgeving zonder beleidsruimte tot strijd met het evenredigheidsbeginsel leidt.

In de Kamerbrief wordt het begrip hardheidsclausule gedefinieerd als een

‘wettelijke bepaling van algemene aard die voorziet in de mogelijkheden voor het bestuursorgaan om af te wijken van een dwingendrechtelijk voorgeschreven resultaat, op grond van het criterium dat dat resultaat, gelet op het belang van doel of strekking van de regeling, zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard’.

Over het toepassingsbereik wordt gesteld dat het situaties betreft waarin de toepassing van de wet leidt tot een gevolg dat de wetgever zou hebben voorkomen als hij dat bij het maken van de wet had voorzien.

Verdient het aanbeveling om steeds een hardheidsclausule toe te voegen aan een wettelijke regel die het bestuursorgaan geen beslissingsruimte biedt? Ter beantwoording van die vraag wordt in de Kamerbrief een aantal voor- en nadelen van hardheidsclausules opgesomd.

De voordelen: hardheidsclausules kunnen voordelig zijn voor de burger die er met succes een beroep op doet, ze kunnen compensatie bieden voor het feit dat de wetgever niet alwetend is, doordat ze als algemeen vangnet een gemakkelijke en snelle oplossing kunnen bieden voor maatwerk, en verzoeken om toepassing van een hardheidsclausule kunnen een belangrijke signaleringsfunctie hebben.

De nadelen: als hardheidsclausules te gemakkelijk worden ingezet, bestaat het risico van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid en daarmee van het ontstaan of de toename van willekeur, niet iedere burger is in staat zelf een beroep te doen op een hardheidsclausule en hardheidsclausules kunnen ertoe leiden dat de normstelling verschuift van wetgever naar bestuursorgaan.

Het kabinet wil ervoor waken dat al te gemakkelijk de weg van de hardheidsclausule wordt gekozen. Het heeft de voorkeur scherper toe te zien op het vermijden van hardvochtige wetgeving. De Kamerbrief stelt daarover:

‘De inzet van het kabinet is er op gericht het proces van totstandkoming van wet- en regelgeving zo aan te passen dat beter wordt nagedacht over hoe hardheden bij de uitvoering kunnen worden voorkomen. [...] Dat vereist dat in de voorbereidingsfase een maximale inspanning wordt geleverd om *alle denkbare gevallen* waarop de norm van toepassing is *in beeld te krijgen* [mijn cursivering, BM] en van een adequate respons te voorzien.’

Twee van de meest opvallende aspecten van de beschouwing in de Kamerbrief over hardheidsclausules zijn het vertrouwen dat het mogelijk is bij de totstandkoming van wetgeving ‘alle denkbare gevallen waarop de norm van toepassing is in beeld te krijgen’, zodat het opnemen van een hardheidsclausule overbodig is, en de omschrijving van het toepassingsbereik: situaties waarin wetstoepassing tot een gevolg leidt dat de wetgever zou hebben voorkomen als die had voorzien dat het zich had voorgedaan. Het vertrouwen lijkt mij ongegrond en dus eerder pleiten voor dan tegen het gebruik van hardheidsclausules, de omschrijving van het toepassingsbereik sluit naadloos aan bij de breed levende wens om het toepassingsbereik van het evenredigheidsbeginsel te verruimen. Al met al: een heel verhelderende analyse van het instrument hardheidsclausule, die tot uiteenlopende conclusies kan leiden.

Constitutionele toetsing

Van belang voor de toekomstige taakvervulling door de bestuursrechter is de ‘*Hoofdpijnenbrief*’ van het kabinet over constitutionele toetsing (*Kamerstukken II 2021/22, 35925-VII, nr. 169*). De brief beschrijft verschillende mogelijkheden voor toetsing van grondwetsbepalingen door de rechter. De voorkeur van het kabinet gaat uit naar toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten; van toetsing van wetten aan sociale grondrechten is het geen voorstander. Het kabinet schrijft:

‘Anders dan de vrijheidsrechten die van de overheid veelal staatsont-houding vragen, vergen sociale grondrechten juist overheidsingrijpen om doelstellingen, zoals voldoende werkgelegenheid, huisvesting of een schoon milieu, te realiseren. Een dergelijke inspanningsverplichting laat zich moeilijker door de rechter beoordelen, omdat de inzet van middelen in de regel een keuze vergt van de politiek. Vaak gaat het hierbij om een afweging van verschillende belangen, zoals financiële, economische en maatschappelijke, en (daarmee) veelal ook politieke belangen. [...] Het kabinet acht de rechter daar weliswaar in beginsel toe in staat, maar acht het ook bij uitstek een taak voor de politiek, en niet voor de rechter.’

Over de mogelijkheid dat de rechter formele wetten toetst aan (ongeschreven) rechtsbeginselen schrijft het kabinet dat ‘dat een nadrukkelijke afwijzing op voorhand van elke vorm van toetsing aan ongeschreven recht niet meer voor de hand ligt’. Het kabinet vervolgt:

‘Tegelijkertijd is de jurisprudentiële ontwikkeling nog volop in beweging en is het de vraag of er voor dit onderwerp voldoende constitutionele rijpheid aanwezig is. Het kabinet volgt deze ontwikkelingen en beziet wat onder de gegeven omstandigheden een passend vervolg is.’

Hoe zou toetsing moeten plaatsvinden? Een mogelijkheid is een systeem van toetsing bij een constitutioneel hof of bij een of meer van de bestaande hoogste rechters

(geconcentreerde toetsing), een alternatief een systeem van toetsing door alle rechters (gespreide toetsing). Vanwege de inpasbaarheid in het huidige stelsel van rechtsbescherming heeft het kabinet een voorkeur voor gespreide toetsing. Die voorkeur wijkt overigens af van die van de staatscommissie-Remkes, die voorstander was van geconcentreerde toetsing door een constitutioneel hof.

Tot slot stelt het kabinet geen voorstander te zijn van constitutionele toetsing *ex ante* (die, aldus het kabinet, alleen maar zin zou hebben in de vorm van geconcentreerde toetsing en die *overkill* zou betekenen naast de advisering over wetgeving door de Raad van State), maar toetsing *ex post* en zou constitutionele toetsing niet moeten leiden tot een advies aan de wetgever, maar tot een bindend oordeel door de rechter.

Jurisprudentie

Evenredigheidsbeginsel

Het bijzondere van de 2-2-22-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (ECLI:NL:RVS:2022:285) is dat in de algemene overwegingen die daarin aan het evenredigheidsbeginsel worden gewijd, de deur wordt opengezet naar een indringender toetsing van besluiten van bestuursorganen aan dat beginsel, maar dat de toetsing van het besluit van de burgemeester van Harderwijk om op grond van artikel 13b Opiumwet een woning te sluiten, niet minder terughoudend plaatsvindt dan in de periode voorafgaand aan de 2-2-22-uitspraak.

Een voorbeeld van een uitspraak van de Afdeling waarin wel sprake is van een indringender toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, is die van 22 juni 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:1741). Het ter discussie staande besluit betreft de sluiting van een woning door de burgemeester van Schiedam voor drie maanden, omdat die aan sekswerkers werd verhuurd zonder dat de eigenaar daarvoor een vergunning had.

De reden om het pand te sluiten was dat de bekendheid van de woning als illegaal bordeel ongedaan zou worden gemaakt, de loop naar de woning zou verdwijnen en recidive zou worden voorkomen.

De Afdeling oordeelt dat de sluiting van de woning voor drie maanden onevenredig is. De onderbouwing voor dat oordeel is dat de woning maar kort als bordeel werd geëxploiteerd, dat de eigenaar, toen die op de hoogte kwam van het illegale gebruik, daar direct melding van heeft gedaan en daarmee het recidiverisico heeft beperkt, dat de eigenaar al eerder maatregelen had genomen om problemen bij de verhuur te voorkomen en dat zij de bureu uitleg heeft gegeven over het incident.

Opvallend, maar niet verrassend (gezien de overwegingen daarover in de 2-2-22-uitspraak) is dat de Afdeling bij de beoordeling van de vraag of sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel geen gebruik maakt van het beoordelingskader waarin die vraag van een antwoord wordt voorzien met toepassing van de criteria ‘geschikt’,

‘noodzakelijk’ en ‘evenwichtig’. Minstens zo opvallend, en wat mij betreft wel verrassend, is dat de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit van de burgemeester niet in de sleutel wordt geplaatst van de vraag hoe de burgemeester toepassing heeft gegeven aan diens beleidsregels en tevens dat de Afdeling wel argumenten noemt die pleiten tegen sluiting van drie maanden maar verder geen woorden vuilmaakt aan de argumenten van de burgemeester om wel voor een sluiting van drie maanden te kiezen. De Afdeling lijkt haar oordeel primair te baseren op wat zij zelf een redelijke reactie vindt op het illegale gebruik – en dat is een nogal andere opstelling dan zij in het verleden hanteerde bij de toetsing van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel.

Van belang voor de toetsing door de rechter van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel is de conclusie van A-G Snijders van 18 mei 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:1441). De conclusie betreft twee hoger beroepen tegen besluiten van de Belastingdienst/Toeslagen. In beide gevallen was kinderopvangtoeslag gevraagd voor een voorgaand jaar. In artikel 1.3 lid 2, aanhef en onder b, van de Wet op de kinderopvang (Wko) is bepaald dat kinderopvangtoeslag met ten hoogste drie maanden terugwerkende kracht kan worden toegekend. De aanvragen werden deels toegewezen (voor de laatste drie maanden van de periode waarvoor toeslag was gevraagd) maar grotendeels afgewezen (voor de andere negen maanden).

De ouders stellen dat de afwijzing in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, omdat die voor hen grote financiële gevolgen heeft, terwijl hun kinderen wel kinderopvang hebben genoten. Daarnaast stellen ze dat ze niet op de hoogte waren van de strenge regels van de Wko. Snijders schrijft over een van de ouders:

‘Zij is als zelfstandig ondernemer gewend om jaarlijks achteraf teruggaven aan te vragen er ging ervan uit dat dit ook kon voor de kinderopvangtoeslag. Door jaarlijks achteraf teruggave te vragen bouwt zij een bedrag op dat zij kan verrekenen met de door haar – eveneens achteraf – te betalen inkomstenbelasting. Een andere reden om de kinderopvangtoeslag pas achteraf te vragen was gelegen in de omstandigheid dat zij als zelfstandig ondernemer niet goed kon inschatten wat de winst zou worden in de jaren 2018 en 2019. Zij was bang te veel kinderopvangtoeslag te ontvangen, die zij dan later zou moeten terugbetalen.’

Dat ik dit gedeelte van de conclusie letterlijk weergeef, is omdat het laat zien dat het vanuit het perspectief van deze ouder volstrekt vanzelf sprak om de toeslag met terugwerkende kracht van een jaar aan te vragen.

Zoals bekend heeft de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725) bepaald dat de rechter wetten in formele zin niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Dat betekent dat de rechter in beginsel niets kan met het argument dat het bestuursorgaan een dwingende bepaling in een formele wet buiten toepassing had moeten laten omdat de uitkomst van die bevoegdheidsuitoefening strijd oplevert met een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het evenredigheidsbeginsel). Dat is alleen anders in het geval van ‘niet verdisconteerde omstandigheden’. Dat

zijn omstandigheden die niet behoorlijk door de wetgever onder ogen zijn gezien bij de totstandkoming van de betreffende bepaling.

De ouders in deze casus kunnen alleen de rechter aan hun zijde krijgen als die afscheid zou nemen van de harmonisatiewetblokkade die de Hoge Raad heeft opgeworpen, of als die oordeelt dat in dit geval sprake is van 'niet verdisconteerde omstandigheden'.

Snijders is er geen voorstander van dat de rechter de harmonisatiewetblokkade doorbreekt, maar hij acht het wel denkbaar dat de rechter in dit geval tot de conclusie komt dat artikel 1.3 lid 2, aanhef en onder b, Wko buiten toepassing moet worden gelaten omdat de omstandigheden die zich in beide casus voordoen, niet behoorlijk door de wetgever onder ogen zijn gezien.

Daarvoor is, aldus Snijders, in de eerste plaats van belang dat de ouders niet op de hoogte waren van het feit dat zij de kinderopvangtoeslag binnen een korte termijn moesten aanvragen, dat ten minste een van de ouders grote uitgaven aan kinderopvang heeft gedaan in de verwachting dat die door de kinderopvangtoeslag zouden worden gedekt en dat beide ouders vermoedelijk zeer ernstig zijn gedupeerd. Daarnaast is van belang dat, afgaande op de wetsgeschiedenis, de wetgever zich onvoldoende heeft gerealiseerd dat gevallen zoals van deze ouders zich onvermijdelijk zouden voordoen.

Over de totstandkoming van het huidige artikel 1.3 lid 2, aanhef en onder b, Wko schrijft Snijders dat de Wko in 2012 is gewijzigd en dat toen, ter voorkoming van fraude, de terugwerkende kracht van aanvragen om kinderopvangtoeslag is beperkt tot twee maanden. Omdat die bepaling ertoe leidde dat veel ouders die te goeder trouw waren toeslag misliepen, werd de bepaling voor 2012/13 niet toegepast en werd de wet in 2014 opnieuw gewijzigd. Om zowel recht te doen aan het belang van de ouders als aan het voorkomen van fraude werd de terugwerkende kracht verlengd van twee naar drie maanden.

Snijders stelt dat in dat compromis niet is verdisconteerd dat ouders die te goeder trouw handelen nog steeds buiten de boot kunnen vallen. Daarbij komt dat in 2014 het concept 'doenvermogen' nog niet bij de wetgever op het netvlies stond en tevens dat onaannemelijk is dat de wetgever deze groep ouders kinderopvangtoeslag zou willen onthouden.

De conclusie van Snijders is dat de wetgever situaties zoals die in deze twee procedures aan de orde zijn, onvoldoende onder ogen heeft gezien en dat artikel 1.3 lid 2, aanhef en onder b, Wko aan het evenredigheidsbeginsel kan worden getoetst. Of dat ertoe moet leiden dat in dit geval die bepaling buiten toepassing moet worden gelaten, is nog ongewis, omdat daarvoor een nader onderzoek naar de feiten nodig is.

Op het moment van schrijven moet de Afdeling bestuursrechtspraak nog uitspraak doen op het hoger beroep van de ouders. Daarbij is de vraag: kiest zij voor de 'lijn-Snijders' of voor de 'lijn-Widdershoven & Wattel'? Die pleitten er in een eerdere conclusie (ECLI:NL:RVS:2021:1468) voor dat de rechter de blokkade die de Hoge Raad

in het *Harmonisatiewet*-arrest opwerpt tegen de toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen, opheft. Barkhuysen (T. Barkhuysen, 'Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de wetgever moet de harmonisatiewetblokkade opheffen', *NJB* 2022/2095) stelt dat de Afdeling bestuursrechtspraak Widdershoven & Wattel zou moeten volgen. Weliswaar biedt de 'lijn-Snijders' de rechter ook al behoorlijk wat speelruimte, omdat die de drempel voor de rechter om aan te nemen dat sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden laag legt (Becker merkt in zijn zeer informatieve bespreking van de conclusie op dat Snijders – misschien veelbetekend – niet spreekt over door de wetgever 'niet' verdisconteerde omstandigheden, maar over 'niet voldoende' verdisconteerde omstandigheden (zie: R. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/1944)), maar zijn benadering biedt 'geen waarborg tegen een wetgever die een wettekst immuun maakt tegen een beginselconforme uitleg', aldus Barkhuysen. Iets minder abstract, en met iets meer woorden: als de wetgever duidelijk maakt dat hij een wettelijke bepaling precies zo streng heeft bedoeld als die is geformuleerd, dan is het voor de rechter niet gemakkelijk om te oordelen dat de wetgever het niet zo bedoeld kan hebben. Een ander argument van Barkhuysen is dat de Tweede Kamer bijna unaniem van mening is dat als de toepassing van een wet in formele zin in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, de rechter dat moet kunnen corrigeren.

Literatuur

Preadviezen Jonge VAR

Het onderwerp van de preadviezen van de Jonge VAR, die op 18 november 2022 in Amsterdam werd gehouden, was 'Participatie'. De preadviezen werden geschreven door Dorien Bakker (Rijksuniversiteit Groningen), Esmée Driessen (Universiteit Leiden) en Meike Pakkert & Jelmer Ypinga (Sibbe Advocaten). De preadviezen zijn te vinden op de website van de VAR (www.verenigingvoorbestuursrecht.nl) en worden in 2023 in boekvorm uitgegeven.

De vraag die in het preadvies van Pakkert & Ypinga (met als (werk)titel: 'Inspraak in het Nederlandse omgevingsrecht') centraal staat, is in hoeverre het Nederlandse omgevingsrecht voldoet aan de inspraak-eisen van het Verdrag van Aarhus (hierna: het Verdrag), en aan de behoeften van de wetgever en andere betrokken actoren. Artikel 6 van het Verdrag gaat over het recht op inspraak. Artikel 6 lid 4 waarborgt 'vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn'. Nederland kent de in afdeling 3.4 Awb geregelde uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (uov), die eenieder de mogelijkheid biedt zienswijzen in te dienen tegen een ontwerpbesluit. Soms is de uov bij wet verplicht gesteld, maar bestuursorganen hebben ook de mogelijkheid op eigen initiatief de uov te volgen. In de praktijk bestaat een grote verwantschap tussen de

uov en de bezwaarprocedure. Beide gaan vooraf aan een eventuele procedure bij de bestuursrechter en bieden de mogelijkheid het bestuur op andere gedachten te brengen over het besluit dat het zou moeten nemen.

Het Verdrag maakt een duidelijk onderscheid tussen inspraak en bezwaar. Daarom is het, aldus Pakkert & Ypinga, ‘interessant om te onderzoeken of de uov ook wezenlijk verschilt van de bezwaarprocedure. Als dat niet het geval is’, zo vervolgen zij, ‘dan is dat volgens ons een aanwijzing dat de uov niet geschikt is als de Nederlandse implementatie van de inspraakpijler [van het Verdrag]’.

Een vergelijking tussen de uov en de bezwaarprocedure brengt hen tot de conclusie dat beide procedures overlapende functies hebben, met nadruk op het reageren op/beoordelen van een (ontwerp)besluit. Dat brengt hen op de vraag of de uov wel voldoet aan de eis dat inspraak op een voldoende vroegtijdig moment moet plaatsvinden en of de termijn om zienswijzen in te dienen (zes weken) niet te kort is in het licht van artikel 6 lid 3 van het Verdrag, dat bepaalt dat inspraakprocedures redelijke termijnen bevatten. Daar hebben ze grote twijfels over. Want hoewel ten tijde van het ontwerpbesluit waartegen in de uov zienswijzen kunnen worden ingediend formeel nog wel alle opties openstaan, is het zeer de vraag of dat feitelijk ook het geval is en nog doeltreffende inspraak kan worden geleverd. Bovendien is de termijn van zes weken om zienswijzen in te dienen vaak te kort om insprekers de kans te geven alternatieven naar voren te brengen voor het ontwerpbesluit. Vanwege de twijfel over de houdbaarheid van de uov in het licht van het Verdrag van Aarhus vinden Pakkert & Ypinga dat de Afdeling bestuursrechtspraak daarover prejudiciële vragen zou moeten stellen.

Pakkert & Ypinga laten het niet bij het zaaian van twijfel over de houdbaarheid van de uov als inspraakprocedure, maar geven ook een aanzet voor een alternatieve voorbereidingsprocedure die wel voldoet aan de eisen van het Verdrag en waarin de belangen van initiatiefnemers en participanten goed worden behartigd. De alternatieve voorbereidingsprocedure zou open moeten voor de ‘leden van het betrokken publiek’ in de zin van het Verdrag. Daartoe zou in de wetsafdeling waarin het inspraakstelsel wordt geregeld de volgende bepaling moeten worden opgenomen: ‘In aanvulling op artikel 1:2 lid 1 Awb wordt ten aanzien van besluiten die met deze afdeling worden voorbereid onder belanghebbende mede verstaan: degene die gevolgen ondervindt of die waarschijnlijk gevolgen ondervindt van een besluit.’ Omdat de alternatieve voorbereidingsprocedure tijdsintensief is, zou precies moeten worden omschreven welke (categorieën) besluiten er onder vallen. Dat zou moeten gebeuren in een amvb of ministeriële regeling, zodat aanpassing gemakkelijk kan gebeuren. Tot slot stellen ze voor de mogelijkheid van participatie te laten starten op het moment dat een voornemen is geformuleerd of een aanvraag is ingediend en om de termijn waarbinnen kan worden geparticipeerd op zes weken te stellen, zij het dat het bevoegd gezag de mogelijkheid moet hebben de termijn te verlengen als dat nodig is om effectieve participatie te kunnen garanderen.

Het preadvies van Bakker gaat over financiële participatie. Het heeft als titel: ‘Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van de maatschappelijke tender met het oog op de beginselen van legaliteit en specialiteit.’ Waar procesparticipatie het betrekken van burgers in de besluitvorming betreft, gaat het bij financiële participatie om het laten investeren in en het laten meeprofiteren door burgers van een geplande ontwikkeling. Een veelgebruikt instrument voor financiële participatie is de maatschappelijke tender op basis van schaarse rechten. Bakker schrijft:

‘Schaarste kan bijvoorbeeld worden gecreëerd door een (procentueel) maximum te stellen aan functies in een bestemmingsplan, zodat meerdere gegadigden dit kunnen realiseren. Een verdelingsprocedure en selectiecriteria worden vastgesteld. Vervolgens worden geïnteresseerden uitgenodigd een voorstel in te dienen. In de vergelijking tussen de voorstellen wordt financiële participatie als “zacht criterium” meegewogen.’

Het is echter de vraag of dit wel kan. Het legaliteits- en specialiteitsbeginsel zouden eraan in de weg kunnen staan. Bakker noemt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin die een opening biedt om financiële participatie als inspanningsverplichting mee te wegen in de besluitvorming, om draagvlak te creëren voor een project. De Afdeling overweegt dat ‘bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid van initiatiefnemers kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling’ (ABRvS 18 december 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:4209](#)).

Bakker vindt dat de Afdeling te ver gaat. Zij stelt dat, in het licht van de beginselen van legaliteit en specialiteit, de maatschappelijke tender waarschijnlijk niet toelaatbaar is. De crux van het probleem: financiële participatie ziet niet op een ruimtelijk relevant aspect. Daarom kunnen afspraken over financiële participatie niet worden opgenomen in voorschriften bij een omgevingsvergunning. Bij toepassing van het instrument van de maatschappelijke tender kan (het ontbreken van) financiële participatie in de voorstellen van de deelnemers geen gewicht in de schaal leggen bij de beslissing aan wie de vergunning wordt toegekend.

De conclusie van Bakker verrast dan ook niet: de wetgever is aan zet. Zo lang die niets doet, zullen overheden zich moeten beperken tot afspraken op basis van vrijwilligheid.

Startpunt van het preadvies van Driessen, met als titel ‘De dienstbare overheid en het ondersteunen van burgerinitiatieven’, is de constatering dat er in de afgelopen tijd in het bestuursrecht veel aandacht is voor zaken als maatwerk, hardheidsclausules en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het verlengde daarvan onderzoekt Driessen of de introductie van een dienstbaarheidsbeginsel, dat onder meer aan de orde is in het rapport van de VAR-commissie Europeanisering van het bestuursrecht, van meerwaarde kan zijn voor het bestuursrecht, in het bijzonder bij het ondersteunen door de overheid van burgerinitiatieven.

In haar omschrijving van het dienstbaarheidsbeginsel sluit Driessen aan bij een beschouwing van Michiel Scheltema over de responsieve rechtsstaat en het door hem gehanteerde begrip ‘dienende overheid’. Dat houdt in dat de overheid er voor de burger is en zijn belang moet dienen, wat betekent dat de overheid bereikbaar is voor de burger, luistert naar de burger, zich rekenschap geeft van diens wensen en verwachtingen en waar mogelijk probeert om de burger te ondersteunen en te faciliteren. Burgerinitiatieven betreffen het uitvoeren, door burgers, van taken of het bereiken van doelen met een maatschappelijke of publieke waarde. Ze zijn gefocust op het leveren van maatschappelijke meerwaarde en zijn gericht op de lokale gemeenschap. Het dienstbaarheidsbeginsel kan van betekenis zijn voor de succesvolle realisatie van burgerinitiatieven, omdat in de praktijk vaak blijkt dat de overheid haar faciliterende rol bij dat soort initiatieven onvoldoende waarmaakt.

Hoe zou dat kunnen worden geconcretiseerd? Driessen zoekt inspiratie bij het Wetsvoorstel participatie op decentraal niveau en met name bij de VNG-handreiking participatieverordening en uitdaagrecht. Die verordening is bij uitstek geschikt om het dienstbaarheidsbeginsel in de context van burgerparticipatie handen en voeten te geven, al zou de VNG-handreiking wel moeten worden aangepast. Omdat de handreiking de faciliterende rol van gemeenten koppelt aan het ‘uitdaagrecht’ en dit heel nauw wordt omschreven, is Driessen bang dat de regels die daarin zijn opgenomen maar op een beperkt aantal situaties van toepassing zijn. Zij stelt daarom wijzigingen voor, waardoor de reikwijdte van de VNG-handreiking participatieverordening wordt vergroot en de verplichtingen van de gemeente om de nodige ondersteuning te leveren aan burgerinitiatieven wordt geconcretiseerd. Een centrale rol voorziet zij voor een ‘contactpersoon’, die de initiatiefnemers tijdens het hele proces van het totstandbrengen van het initiatief begeleidt.

Over de regel en de maat

De rede die André Verburg hield voor de openingszitting van de Vlaamse Dienst van de Bestuursrechtcolleges voor het werkjaar 2022-2023 heeft hij bewerkt en is uitgegeven (door uitgeverij ‘die Keure’ in Brugge) onder de titel *De regel en de maat. Over de verhouding tussen rechtseenheid en de menselijke maat*. Daarin behandelt hij even beknopt als sprekend een groot aantal aspecten van de taakuitoefening door de bestuursrechter. Het is onmogelijk in enkele alinea’s recht te doen aan alles wat Verburg in krap 50 pagina’s aansnijdt, dus hopelijk nodigt het weinige wat ik er hier over schrijf uit het volledige boekje te gaan lezen.

Startpunt van het verhaal van Verburg is de toeslagenaffaire. Die heeft als katalysator gewerkt voor de daarvoor al ingezette ontwikkeling dat de bestuursrechter steeds vaker tegenwicht biedt en ‘ventielen’ zoekt als regels of uitvoeringspraktijk knellend zijn. Dat past in een ontwikkeling van het recht, van autonoom naar responsief. Daarover schrijft Verburg:

‘in de ontwikkeling van het recht [...] zit de rechter soms nog in het autonoom-rechtsperspectief, maar zij zal moeten meebewegen met het responsieve-rechtsperspectief van de burger. Maar dat kan niet alleen maar gaan om het belang van de burger die in beroep komt.’

De rechter kan beter meebewegen als hij over zes specifieke deugden beschikt: praktische wijsheid, moed, bescheidenheid, rechtvaardigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid. In zijn handelen moet hij zich een *civic friend* betonen, dat wil zeggen dat hij met partijen betrokken is op het ‘gezamenlijke goede’. Dat is allemaal ook nodig omdat het gezag van de rechter niet meer vanzelfsprekend is. Het vanzelfsprekende gezag geldt misschien nog wel voor het instituut Rechtspraak, maar niet zonder meer voor de rechter die een individuele zaak behandelt. Om dat gezag te verdienen is het noodzakelijk dat hij zowel investeert in een juiste uitkomst van de procedure als in een eerlijke procedure.

In het laatste deel van zijn betoog gaat Verburg dieper in op die ‘juiste uitkomst’. *In abstracto* gaat het erom dat de rechter het concrete geschil beslist, tegen de achtergrond van het grotere geheel van regelgeving en rechtspraak. Wat betekent dat concreet? Verburg noemt drie punten: de toetsing van algemene regels door de rechter, de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in het concrete geval en de vaststelling van de feiten. De drie pagina’s over dat eerste punt vormen een uitzonderlijk heldere samenvatting van de ontwikkeling van de jurisprudentie van de bestuursrechter in de afgelopen jaren, die inhoudt dat de bestuursrechter steeds minder schroom toont bij het toetsen van de redelijkheid van de algemene regel waarop het bij de rechter ter discussie staande concrete besluit is gebaseerd. In de twee pagina’s over het tweede punt laat Verburg zien hoe de 2-2-22-uitspraak van de Afdeling de rechter het instrumentarium verschaft om indringender aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen (en dus zo nodig de maat boven de regel te stellen – waarvan de hiervoor genoemde *Schiedam*-uitspraak een prachtig voorbeeld vormt), de laatste anderhalve pagina vormt een overtuigend onderbouwde aansporing aan de rechter om grondig naar de feiten te kijken en daarbij alert te zijn op de *equality of arms* tussen partijen.

Deze samenvatting van de tekst van Verburg is ongetwijfeld te kort door de bocht, maar dat is eigenlijk precies de bedoeling. Ik ga ervan uit dat uitgeverij die Keure in Brugge het boekje graag levert aan wie het maar wil hebben.

Overige literatuur:

- L. van den Berge, ‘Recht en bureaucratie: Kafka en de toeslagenaffaire’, *AA* 2022, afl. 9, p. 658-666 ([AA20220658](#));
- H.E. Bröring, K. de Bakker & R.D. Lubach, ‘Afhandeling fysieke mijnbouwschade tien jaar na “Huizinge”’, *JBplus* 2022, afl. 8, p. 113-136;
- H.E. Bröring, ‘Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur’, *AA* 2022, afl. 10, p. 755-766 ([AA20220755](#));

- L.J.A. Damen, ‘Waait er na het kinderopvangtoeslagen-schandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?’, *AA* 2022, afl. 9, p. 627-648 ([AA20220627](#));
- E.M. Linthorst, ‘Over het toetsen van maatwerk: een systematische jurisprudentieanalyse van de Wmo 2015’, *Gst.* 2022/69. ◀