

University of Groningen

'Niet verdisconteerde omstandigheden' en evenredigheidstoetsing van formele wetgeving

Lanina, Julia; Duchateau, Michiel

Published in:
 Nederlands Juristenblad NJB

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Lanina, J., & Duchateau, M. (2023). 'Niet verdisconteerde omstandigheden' en evenredigheidstoetsing van formele wetgeving: Een semantische discussie met potentieel grote consequenties. *Nederlands Juristenblad NJB*, 2023(24), 1974-1983. Artikel NJB 2023/1699.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

‘Niet verdisconteerde omstandigheden’ en evenredigheidstoetsing van formele wetgeving

Een semantische discussie met potentieel grote consequenties

Julia Laninga & Michiel Duchateau¹

Naar aanleiding van de toeslagenaffaire wordt over toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra formele wetgeving veel gediscussieerd, omdat de mate van rechtsbescherming tegen mogelijk onevenredige, maar democratisch tot stand gekomen formele wetgeving er uiteindelijk van afhangt. Toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra wet wordt onderhand erkend, maar gaat onvermijdelijk gepaard met een normatieve rechterlijke toets, die zich slecht verdraagt met ons staatsrecht. Vraag is hoe de responsivering van het bestuursrecht institutioneel kan worden vormgegeven middels modaliteiten waarmee de wetgever meer doordacht en concreter uit kan dragen waarvoor de wetgeving die wordt opgesteld precies bedoeld is. Dat doet recht aan de ordenende functie van het recht: hoe beter de wetgever erin slaagt om de menselijke maat in diens wetgeving te verdisconteren, hoe minder de rechtspraak wordt genoodzaakt door middel van semantische exercities in de behoefte aan menselijke maat te voorzien.

1. Inleiding

In de discussie over het hoe en waarom van de toeslagenaffaire komt steevast terug dat van de bestuursrechter een denkhouding mag worden verwacht waarin wetgeving geen sta-in-de-weg mag zijn voor het vinden van een voor de burger en de maatschappij bevredigende oplossing.² De bestuursrechtspraak³ is niet ongevoelig geweest voor deze kritiek en lijkt in reactie daarop een sturende rol naar zich toe te trekken in het streven naar maatwerk.⁴ Zo verricht de Afdeling sinds 2 februari 2022 een volle proportionaliteitstoets voor zover het de exceptieve toetsing van bestuurswetgeving betreft.⁵ Daarnaast is er steeds meer aandacht voor de vraag of formele wetgeving op basis van evenredigheidsoverwegingen buiten toepassing kan worden gelaten. Staatsraden Wattel en Widdershoven en – in navolging van hen – Snijders zien ruimte voor zogenaamde *contra legem*-werking van het evenredigheidsbeginsel, door evenredigheidsoverwegingen te betrekken in het

jurisprudentiële concept ‘niet verdisconteerde omstandigheden’,⁶ dat zijn oorsprong vindt in de *contra legem*-formule uit het *Harmonisatiewet*-arrest van de Hoge Raad.⁷

Naar aanleiding van de toeslagenaffaire wordt over toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra formele wetgeving veel gediscussieerd, omdat de mate van rechtsbescherming tegen mogelijk onevenredige, maar democratisch tot stand gekomen formele wetgeving er uiteindelijk van afhangt.⁸ De gedachte is dat *contra legem*-toepassing van het evenredigheidsbeginsel het potentieel zou hebben om onevenredige uitkomsten van dwingende wetsbepalingen te mitigeren, zonder dat het toetsingsverbod wordt overtreden. Wij hebben daarom belangstellend uitgekeken naar twee gerelateerde uitspraken van de grote kamer van de Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 1 maart 2023, waarin de vraag of een onredelijk resultaat van wetstoepassing kwalificeert als ‘niet verdisconteerde omstandigheid’ principi-

eel aan de orde was.⁹ Concreet ging het om de vraag hoe verre de bestuursrechter bevoegd is de door de wetgever dwingend opgelegde termijn voor de aanvraag van kinderopvangtoeslag buiten toepassing te laten wegens (niet verdisconteerde) 'bijzondere omstandigheden', die maken dat toepassing van die termijn in strijd met het evenredigheidsbeginsel moet worden geacht te zijn.¹⁰

In deze bijdrage bespreken wij twee vragen aan de hand van deze uitspraken, de bijbehorende conclusie van Snijders en de daarmee samenhangende conclusie van Wattel en Widdershoven. De eerste – en belangrijkste – vraag is wat er naar aanleiding van deze jurisprudentie te zeggen valt over de rechterlijke ruimte tot niet-toepassing van wetten in formele zin wegens strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel. Het contrast tussen de uitspraken van de Afdeling enerzijds en de conclusies anderzijds laat goed zien hoe onduidelijk de stand van zaken is over 'niet verdisconteerde omstandigheden', terwijl ook zichtbaar is hoe groot het belang daarvan is voor het bieden van rechtsbescherming tegen dwingende wetsbepalingen. De tweede vraag betreft niet de rechter maar de wetgever: wij vragen ons af welke consequenties een indringendere rechterlijke toets van formele wetgeving middels de 'niet verdisconteerde omstandigheden' heeft voor de wetgever. De consequenties hiervan voor de wetgever zijn tot op heden onderbelicht zijn gebleven.

De bijdrage is als volgt ingedeeld. Paragraaf 2 beschrijft kort de uitspraken van de Afdeling, voor zover die betrekking hebben op het toetsingsvraagstuk en 'niet

verdisconteerde omstandigheden'. Paragraaf 3 reflecteert op de ruimte die de 'verdisconteringsformule'¹¹ de rechter biedt om het evenredigheidsbeginsel contra legem toe te passen, mede in het licht van de lopende discussie over (on)mogelijke evenredigheidstoetsing van wetten in formele zin. Na een concluderende beschouwing in paragraaf 4, maken wij ter afsluiting in paragraaf 5 enkele opmerkingen over de consequenties van een eventuele ruimere toepassing van de verdisconteringsformule voor de wetgever.

2. De uitspraken van de Afdeling van 1 maart 2023

De uitspraken van de Afdeling van 1 maart gaan in de kern over de vraag of de Belastingdienst/Toeslagen de volgens haar te veel betaalde kinderopvangtoeslag terecht heeft teruggevorderd. Concreter: hoeveel ruimte heeft de rechter om de toepassing van (in dit geval) artikel 1.3 lid 2 aanhef en onder b Wet kinderopvang (verder: Wko) te toetsen aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel wanneer ouders (zwaar) in de problemen zijn gekomen doordat het artikel dwingend een kortere aanvraagtermijn voorschrijft dan zij dachten? Minder vergaande middelen, zoals bijvoorbeeld corrigerende interpretatie, beginselconforme interpretatie of toetsen aan verdragsrecht bieden in dit type gevallen geen uitkomst, omdat aan dwingend-rechtelijke bepalingen nu juist typerend is dat de wetgever reeds alle belangen heeft afgewogen en de uitkomst daarvan dwingend voorschrijft.¹² In de kern draaien geschillen over de toepassing van dwingendrechtelijke

Het contrast tussen de uitspraken van de Afdeling enerzijds en de conclusies anderzijds laat goed zien hoe onduidelijk de stand van zaken is over 'niet verdisconteerde omstandigheden'

Auteurs

1. Mr. J.M. Laninga en mr. M. Duchateau zijn als respectievelijk promovenda en docent verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

2. R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: R.J.B. Schutgens (e.a.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* (Staat en Recht nr. 54), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 5. Vgl. het POK-rapport (*Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, p. 5).

3. Dat betekent dat wij de uitspraken waarin het kantongerecht van de Rechtbanken Almelo (25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1459) en Rotterdam (26 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3475) de Staat aansprakelijk achten voor schade veroorzaakt door de toeslagenaffaire in

deze bijdragen buiten beschouwing laten.

4. R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht zien en waarden', *JBplus* 2020, afl. 4, par. 1, als ook J.J.J. Sillen, 'De bestuursrechter en de toetsing van de wet aan rechtsbeginselen', *AA* 2023/355.

5. Zie hierover R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel. Een artikelnoot bij de uitspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*) en ECLI:NL:RVS:2022:335 (*Waadhoeke*)', *Gst* 2022/27.

6. Respectievelijk Conclusie van A-G Wattel & Widdershoven van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 en Conclusie A-G Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. In het vervolg van deze bijdrage wordt verkort verwezen naar de relevante punten van deze conclusies.

7. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469,

m.nt. M. Scheltema, *AB* 1989/207, m.nt. F.H. van der Brug (*Harmonisatiewet*).

8. Voor een nadere beschouwing van de achtergronden hiervan, zie onder meer J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB* 2021/106, p. 252 (aangaande beleidsregels); en R. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/1944, afl. 28 (aangaande het diffuser geworden onderscheid tussen verdisconteerde en niet verdisconteerde omstandigheden).

9. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852. Omdat de eerste uitspraak de dragende motivering bevat en de tweede uitspraak vooral naar de eerste verwijst, verwijzen we in het vervolg van deze bijdrage uitsluitend naar de eerste.

10. Meer specifiek gaat het om de in art.

1.3 lid 2 aanhef en onder b Wet kinderopvang gestelde termijn van drie maanden.

11. Deze term is geïnspireerd door Van Zanten, die in haar noot bij de 1 maart-uitspraken spreekt over 'niet-verdisconteringsformules'. Zie punt 4 van *AB* 2023/128.

12. Over het gebrek aan interpretatieruimte in artikel 1.3 lid 2, aanhef en onder b van de Wet kinderopvang, zie r.o. 9.2-9.3. Vgl. r.o. 9-9.2 en punt 10.14 van de conclusie van Snijders. Over corrigerende interpretatie en beginselconforme interpretatie, zie o.a. de uitspraak waarin de Afdeling om ging in de toeslagenaffaire: ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *AB* 2020/85 m.nt. A. Drahmman en D.K. Jongkind, punt 7.5. van de conclusie van Snijders en meer in het algemeen K. De Vries & I. Leijten, 'Over proportionaliteit gesproken. De opinie van de Venetiëcommissie over de toeslagenaffaire, en waarom we het ook over grondrechten moeten hebben', *NTM/NJCM-Bull* 2022/04, p. 71-76.



© Daniel Grizelj / Getty Images

wetsbepalingen daarom uit op de staatsrechtelijke discussie over de (on)bevoegdheid van de rechter om zich uit te spreken over de verhouding tussen de wet en het evenredigheidsbeginsel. Immers staat de concrete toetsing van een besluit dan gelijk aan de abstracte toetsing van de wet op grond waarvan het besluit genomen is. Het toetsingsverbod – uitzonderingen daargelaten – verhindert dan dat de burger rechtsbescherming kan worden geboden. De Afdeling bevond zich zodoende in een lastig parket. Voorafgaand aan de 1 maart-uitspraken achtten wij drie mogelijke uitkomsten denkbaar: 1) overgaan tot toetsing van formele wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel, zoals Wattel en Widdershoven onder andere hebben betoogd,¹³ 2) het dusdanig interpreteren van het leerstuk ‘niet verdisconteerde omstandigheden’ zodat het ook evenredigheidsoverwegingen omvat, teneinde *contra legem*-werking te faciliteren, zoals Snijders heeft geadviseerd¹⁴ en 3) het zich niet wagen aan een van beide. Daarbij geldt dat het eerste een breuk zou betekenen met het toetsingsverbod, het tweede discutabel maar verdedigbaar zou zijn en het derde conform de doctrine. De Afdeling koos voor het laatste, in combinatie met een uitgebreide motivering van de uitspraak, waarin de Afdeling de stand van zaken rondom het leerstuk *contra legem*-werking en de rol die ‘niet verdisconteerde omstandigheden’ daarin spelen uiteenzet. Vanwege de omvang en gedetailleerdheid van de motivering van de uitspraken bestaat bij ons de indruk dat de Afdeling zich geroepen voelt om uitgebreid toe te lichten waarom de terugvoerende standhouden. Dat kunnen wij goed begrijpen: de

rechtspraak ervaart maatschappelijke en politieke druk om onredelijke gevolgen van wetgeving te mitigeren. De Afdeling stelt de vaste rechtspraak – met name het *Harmonisatiewet*-arrest – te volgen en daarin geen nieuwe ontwikkelingen aan te brengen. Wij denken echter – net als Van Zanten – dat de Afdeling wel degelijk een kleine stap vooruit zet.¹⁵ Daar komen wij hieronder in paragraaf 3.3 op terug.

De Afdeling maakt in de motivering onderscheid tussen twee vraagpunten over de rechtelijke (on)bevoegdheid om wetgeving te toetsen: de vraag of de rechter wetten als zodanig mag toetsen aan (ongeschreven) rechtsbeginselen en de vraag in hoeverre die rechtsbeginselen – waaronder het evenredigheidsbeginsel – *contra legem* kunnen worden toegepast.

Voor de toetsingsvraag wijst de Afdeling, naast artikel 120 Gw en het *Harmonisatiewet*-arrest, op artikel 11 Wet algemene bepalingen, waaruit volgt ‘dat de rechter niet mag treden in de belangenafweging die de wetgever bij de totstandkoming van de wet in formele zin heeft verricht’.¹⁶ Aangezien de reikwijdte van het toetsingsverbod sinds het genoemde arrest niet is beperkt of verruimd, kan er geen sprake zijn van toetsing van wetten in formele zin aan rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, aldus de Afdeling.¹⁷ Daar voegt zij in dezelfde rechtsoverweging aan toe dat de (grond)wetgever de vormgeving van het toetsingsverbod momenteel heroverweegt en zij het niet aangewezen acht die gedachtenvorming te doorkruisen door het ‘anders uit te leggen dan tot nu toe in de jurisprudentie is gedaan’. De Afdeling stelt het toet-

singsverbod zelf niet ter discussie: rechterlijke toetsing van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht wordt – conform de doctrine – uitgesloten geacht.

Het toetsen van wetgeving aan rechtsbeginselen is echter niet hetzelfde als niet-toepassing van wetgeving vanwege strijd met een rechtsbeginsel. Zogenaamde contra legem-werking kan – getuige het *Harmonisatiewet-arrest* – aan de orde zijn in (groepen van) gevallen wanneer er sprake is van (bijzondere) omstandigheden die de wetgever niet of niet volledig in de wet heeft verdisconteerd (lees: niet of niet volledig in zijn afweging heeft betrokken), die maken dat toepassing van de wet 'zozeer in strijd met een algemeen rechtsbeginsel komt' dat toepassing ervan achterwege moet blijven.¹⁸ De Afdeling volgt de Hoge Raad en erkent daarbij expliciet dat het evenredigheidsbeginsel ook contra legem kan worden toegepast, maar acht deze casus daarvoor niet geschikt, omdat de Afdeling van mening is dat de wetgever gevolgen van de harde termijn in de Wko door de wetgever niet over het hoofd kan hebben gezien en dus heeft verdisconteerd.¹⁹

3. Hoeveel ruimte laat de 'verdisconteringsformule' aan de rechter om het evenredigheidsbeginsel contra legem toe te passen?

Concreet willen we weten of onevenredige uitkomsten van toepassing van dwingende wetsbepalingen als 'niet verdisconteerd' kunnen worden beschouwd. Contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel kan dan slagen, waardoor rechtsbescherming kan worden geboden tegen onevenredige gevolgen van de toepassing van dwingende wetsbepalingen. De Afdeling laat echter (al dan niet bewust) onbesproken of en op welke wijze de verdisconteringsformule ruimte laat voor evenredigheidstoetsing van besluiten genomen op basis van dwingende wetsbepalingen.²⁰ Helaas, want er is in de afgelopen tijd de nodige discussie geweest over dit punt, terwijl de verdisconteringsformule een aantal begrippen bevat die weinig houvast geven. In een poging dit nader te duiden, gaan wij hieronder in op drie deelvragen:

¹³. Conclusie van Wattel en Widdershoven, punt 9.6 over de heroverweging van het toetsingsverbod. In punt 9.4.4. gaan zij in op toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra wetgeving.

¹⁴. Conclusie van Snijders, punt 12.2 en 12.4.

¹⁵. Zie punt 1 en 6 van de noot van Van Zanten bij de 1 maart-uitspraken (AB 2023/128).

¹⁶. R.o. 9.7.

¹⁷. R.o. 9.8-9.10. Wel wijst de Afdeling erop dat het arrest toepassing heeft gevonden in onder meer HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Bosentan*), CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622 (*Binnenvaartschip*) en Cbb 29 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:134. Overigens vond in geen enkele van deze gevallen contra

legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel plaats. Het ging respectievelijk om redelijkheid en billijkheid, een ministeriële regeling en een ongegrond beroep.

¹⁸. R.o. 9.11.

¹⁹. R.o. 9.13.

²⁰. Ook in het NJB is uitgebreid bediscussieerd in welke mate de bestuursrechtspraak verantwoordelijkheid draagt voor de toeslagenaffaire en in het verlengde daarvan hoe zij vorm dienen te geven aan evenredigheidstoetsing. Zie o.a. A.F.M. Breninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtstaat zijn geschonden als "verschrikkelijk ongeluk"'. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB* 2021/1, afl. 1; B.J. Van Ettehoven, 'Tussen wet en recht. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport

Concreet willen we weten of onevenredige uitkomsten van toepassing van dwingende wetsbepalingen als 'niet verdisconteerd' kunnen worden beschouwd

(paragraaf 3.1) of het evenredigheidsbeginsel contra formele wetgeving kan werken, (paragraaf 3.2) hoe de rechter vast kan stellen of omstandigheden zijn verdisconteerd en (paragraaf 3.3) wanneer sprake is van omstandigheden die maken dat een onredelijke uitkomst van wetstoepassing niet verdisconteerd kan worden geacht. Of contra legem-toepassing eigenlijk niet ook een vorm van toetsing van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen is, laten we in deze bijdrage in het midden.

3.1. Kan het evenredigheidsbeginsel contra formele wetgeving werken?

In de discussie over evenredigheidstoetsing van formele wetgeving lopen de ingenomen standpunten uiteen en ligt de focus op diverse aspecten, zoals op de vraag of evenredigheidstoetsing niet nu al mogelijk is, op de vraag hoe zo'n toets eruitziet en op de vraag welke consequenties die zou moeten hebben. Dit varieert van het realiseren van 'volle' toetsing van formele wetgeving met onverbindendverklaring tot gevolg tot het enkel buiten toepassing laten in individuele gevallen. Scheltema betoogt al langer dat dwingende wetsbepalingen 'gewoon' kunnen worden getoetst aan het in artikel 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde en/of het ongeschreven evenredigheidsbeginsel.²¹ Zijn redenering vertrekt vanuit artikel 3:4 lid 1 Awb, dat bepaalt dat het bestuursorgaan de rechtstreeks

Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/101, afl. 2; L.F.M. Besselink, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de toeslagenaffaire. Een onverstandige en onvolgende reactie', *NJB* 2021/201, afl. 3; J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staat in de wind gehard', *NJB* 2021/353, afl. 5; L.J.A. Damen, 'Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!', *NJB* 2021/354, afl. 5; A. Jacobs, 'Lessen uit de kinderopvangtoeslagaffaire', *NJB* 2021/498, afl. 7; A. Breninkmeijer & B. Marseille, 'Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire', *NJB* 2021/575, afl. 8; A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toesla-

genaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321, afl. 18; A. Bazuin e.a., 'Recht vinden bij de rechtbank. Zelfreflectie op de kinderopvangtoeslagzaken door de bestuursrecht bij de rechtbanken', *NJB* 2021/2773, afl. 37; J. van de Beeten & R. van de Beeten, 'Driemaal is (geen) scheepsrecht? De juridische reflectie op de toeslagenaffaire ontleed', *NJB* 2021/3175, afl. 43; J. de Poorter & R. Koenraad, 'Een beschouwing over de rol van maatwerk in bestuursrechtelijke appelprocedures', *NJB* 2022/1072, afl. 17; A.T. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het Wetsvoorstel versterking waarborgfunctie Awb', *NJB* 2023/819, afl. 12.

²¹. M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246-253.

bij het besluit betrokken belangen afweegt ‘voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit’. Deze beperking wordt niet herhaald in artikel 3:4 lid 2 Awb en is daarop dus niet van toepassing, stelt Scheltema. Een besluit genomen op basis van een dwingende wetsbepaling valt daarom op evenredigheid te toetsen, krachtens artikel 3:4 lid 2 Awb. Bij deze interpretatie van artikel 3:4 lid 2 Awb wordt dus aangenomen dat de wetgever zelf een uitzondering op het toetsingsverbod heeft gemaakt, omdat de wetgever de mogelijkheid open heeft gelaten door de clausule uit het eerste lid niet in het tweede lid te herhalen.²² Tot op heden is dit standpunt geen doctrine, al neemt het kabinet dit standpunt over in het recent in preconsultatie gegane voorstel ter wijziging van de Awb.²³ De staatsraden stellen elk dat de interpretatie die Scheltema hier geeft aan artikel 3:4 lid 2 Awb niet overeenstemt met de literatuur en rechtspraak over die bepaling. Uit de parlementaire geschiedenis volgt onmiskenbaar dat de beperking die op artikel 3:4 lid 1 Awb wordt aangebracht – ‘voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit’ – ook geldt voor artikel 3:4 lid 2 Awb.²⁴ Toetsing van besluiten genomen op basis van dwingende wetsbepalingen is dus niet mogelijk. Daarvan gaan alle hoogste bestuursrechters en de literatuur tot op heden dan ook uit.²⁵

Vóór de toeslagenaffaire stopte de discussie hier: primaat van de wetgever, toetsingsverbod en daarmee basta

Vóór de toeslagenaffaire stopte de discussie hier: primaat van de wetgever, toetsingsverbod en daarmee basta. Sindsdien is men doordrongen geraakt van de noodzaak om de rechter in staat te stellen om onredelijke gevolgen van wetstoepassing te mitigeren. Over de wijze waarop evenredigheidstoetsing van formele wetgeving vorm moet krijgen en welke consequenties het zou moeten hebben wordt echter verschillend gedacht. Wattel en Widdershoven pleiten ervoor de ruime uitleg die de Hoge Raad aan het toetsingsverbod heeft gegeven los te laten, zodat formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen kan worden getoetst.²⁶ Sniijders is daar geen voorstander van. Hij stelt dat het in ons staatsbestel de taak van de grondwetgever is om het toetsingsverbod te beperken. De rechter mag dat niet op eigen houtje doen.²⁷ Wattel en Widdershoven zijn zich daar ook van bewust en focussen zich daarom op contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel, nu dit de enige oplossing is die past bij ons huidige staatsrecht.²⁸ Volgens de staatsraden is echter niet in te zien waarom besluiten genomen op basis van een gebonden bevoegdheid uit een wet in formele zin niet ook zozeer in strijd kunnen komen met het ‘in het algemeen rechtsbewustzijn levende’ evenredigheidsbeginsel dat die wetstoe-

passing onder omstandigheden achterwege moet blijven.²⁹ Dat het evenredigheidsbeginsel contra wet kan werken, wordt dus onderhand erkend. Beide conclusies gaan vervolgens in op hoe contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel eruit zou zien en wat daarvan de consequenties kunnen zijn. Er zijn weinig voorbeelden voorhanden: jurisprudentie waarin een beroep op een algemeen rechtsbeginsel contra formele wetgeving slaagt, is schaars vanwege het primaat van de wetgever. We kennen wel een aantal klassieke voorbeelden uit de *Doorbraak*-jurisprudentie van de Hoge Raad, waardoor we weten dat met name het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zich goed lenen voor contra legem-werking.³⁰ In het veel latere *Bosentan*-arrest werd formele wetgeving buiten toepassing gelaten uit proportionaliteitsoverwegingen, maar omdat de casuïstiek een contractuele relatie betrof (de verzekeringsovereenkomst tussen een verzekeraar en verzekerde) werden daar de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid als uitgangspunt genomen.³¹ Tot op heden is jurisprudentie waarin het evenredigheidsbeginsel contra wet wordt toegepast – naar ons weten – nog steeds non-existent.³²

De staatsraden stellen voor het slagen van contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel elk andere criteria. Wattel en Widdershoven zien ruime mogelijkheden. Contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel is enkel *onmogelijk* als de wetgever min of meer expliciet heeft gesteld ‘dat hij de mate van onredelijkheid in de door hem “verdisconteerde” gevallen irrelevant acht, dat hij ook aperte onredelijkheid in concrete gevallen aanvaardt en geen Doorbraakrechtspraak wenst’.³³ Zij laten zich daartoe inspireren door Zijlstra, die al eerder de kanttekening plaatste dat de wetgever de onevenredige gevolgen van zijn formele wetgeving soms wel degelijk onder ogen heeft gezien. Contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel biedt dan geen uitkomst, omdat geen sprake is van een ‘niet verdisconteerde omstandigheid’; hoe schrijnend ook. Voor de gevallen waarin niet direct zichtbaar is of de wetgever de omstandigheden van het geval in kwestie onder ogen heeft gezien (dit zal in het gros van de gevallen zo zijn), bestaat echter ruimte voor contra legem-toepassing op het evenredigheidsbeginsel.³⁴ Sniijders ziet die ruime mogelijkheid ook, maar vindt contra legem-toepassing enkel gepast als sprake is van een ‘evidente en ernstige strijd’, maar hoe onredelijker de uitkomst, hoe meer aanleiding bestaat om aan te nemen dat een regel niet zo kan zijn bedoeld. De rechter moet dit flink motiveren.³⁵ Hij legt de lat voor het benutten van de ruimte dus hoog, maar stelt ook dat contra legem-toepassing niet ‘slechts bij hoge uitzondering’ plaats mag vinden.³⁶

Het voorgaande gaat de Afdeling te ver. Contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden bevoegdheden blijft hier buiten beeld. De Afdeling volgt de opvatting dat belangenafwegingen door bestuursorganen volgens artikel 3:4 lid 1 Awb bij wet beperkt kunnen worden. Daarvan is hier sprake – de wetgever heeft de belangenafweging zelf gemaakt en de uitkomst dwingend voorgeschreven – zodat het de Belastingdienst/Toeslagen niet vrijstond om zelf de belangen op dusdanige wijze af te wegen dat daarmee recht wordt gedaan aan artikel 3:4 lid 2 Awb.³⁷ Als (toepassing van) het artikellid van de Wko

Alhoewel contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel niet slaagt, lijkt de Afdeling de verdisconteringsformule wel iets te verruimen

al door de rechter getoetst kon worden aan het evenredigheidsbeginsel, dan zou het daarom toetsing moeten betreffen aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel, aldus de Afdeling.³⁸ Alhoewel contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel dus niet slaagt, lijkt de Afdeling de verdisconteringsformule wel iets te verruimen. De Afdeling stelt namelijk dat de bijzondere omstandigheden die aanleiding kunnen zijn voor contra legem-werking in essentie in twee categorieën uiteenvallen. De eerste groep van gevallen betreft feitelijke gedragingen van het bestuur, onder verwijzing naar de *Doorbraak*-arresten; de tweede groep betreft gevolgen van de wettelijke bepaling 'die niet stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien'.³⁹ De tweede groep omstandigheden werd niet expliciet genoemd in het *Harmonisatiewet*-arrest en zou een (beperkte) verruiming kunnen betekenen.

Lang verhaal kort: het evenredigheidsbeginsel kan contra formele wetgeving worden toegepast, maar de aanwezige ruimte daarvoor zit ergens tussen het *Harmonisatiewet*-arrest en de verdisconteringsformules van Wattel en Widdershoven, Snijders en de Afdeling in.⁴⁰ Het blijft onduidelijk hoe evenredigheidsoverwegingen de verdisconteringsformule oprekken. De Afdeling lijkt het type omstandigheden dat aanleiding kan geven tot contra legem-werking uit te breiden, terwijl de staatsraden het bereik van de contra legem-werking lijken uit te breiden

door omstandigheden sneller niet verdisconteerd te achten. Eveneens blijft onduidelijk wanneer een onredelijke uitkomst in strijd met het evenredigheidsbeginsel moet worden geacht.

Wie de conclusies en uitspraken in hun onderlinge verband tot zich neemt, kan daaruit wel enige stelregels destilleren. In het vervolg van deze bijdrage gaan wij hier nader op in. In paragraaf 3.2 schetsen wij hoe een rechter vast kan stellen of een onredelijke uitkomst van wetstoepassing is verdisconteerd. In paragraaf 3.3 onderzoeken wij welke mate van onredelijkheid genoeg is om een onredelijke uitkomst van wetstoepassing onevenredig te achten.

3.2. Hoe kan de rechter vaststellen of een onredelijke uitkomst van wetstoepassing is verdisconteerd?

Een rechter die vast wil stellen of de wetgever heeft voorzien en geaccepteerd dat een regel tot onevenredige uitkomsten kan leiden dient daartoe te rade te gaan bij de wetstekst en de parlementaire geschiedenis.⁴¹ Welke omstandigheden de rechter daarbij als uitgangspunt neemt maakt echter een groot verschil: hoe specifiek de omstandigheden, hoe sneller deze als 'niet verdisconteerd' kunnen worden beschouwd. De kans dat men precies die omstandigheden terug zal vinden in de parlementaire geschiedenis wordt immers kleiner naarmate deze specifiek zijn.

In dit verband is het van belang dat de verkenning van mogelijke contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel lijkt ingegeven door de parallelle ontwikkeling van het streven naar een responsief bestuursrecht, waaruit volgt dat persoonlijke omstandigheden van een burger in kwestie kunnen meebrengen dat wetstoepassing niet wenselijk wordt geacht.⁴² Dat is een ander type omstandigheden dan in de klassieke contra legem-jurisprudentie als uitgangspunt werd genomen in het vaststellen van het verdisconteerd-zijn, namelijk 'de wijze waarop het bestuur is opgetreden'.⁴³ Het ging om feitelijke gedragingen van bestuursorganen. Vanuit dit perspectief bezien is het eveneens logisch dat met name de contra

22. M. Scheltema, *Een wet van meden en perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021 (voetnoot 22). Scheltema heeft dit standpunt in latere publicaties herhaald: M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten?', *AA* 2021, p. 820 (voetnoot 33); M. Scheltema & H.G. Lubberdink, 'Lex dura, sed lex?', in: L. Verboeke e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Liber amicorum voor Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 451. Zie hierover ook de conclusie van Snijders, punt 6.1.

23. *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763 en bijlagen.

24. Conclusie van Wattel en Widdershoven, punt 9.4.3.1 en de conclusie van Snijders, punt 6.1-6.4.

25. De conclusie van Wattel en Widdershoven geeft daarvan een overzicht in voetnoten 276-281 bij punt 9.4.3.1.

26. Conclusie van Wattel & Widdershoven, punt 9.6

27. Conclusie van Snijders, punt 5.8.

28. Conclusie van Wattel & Widdershoven, punt 9.4.4.

29. Conclusie van Wattel & Widdershoven, punt 9.4.1.

30. HR 12 april 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX3264 (*BNB*

1978/135, m.nt. C.P. Tuk), ECLI:NL:PHR:1978:AC2432 (*BNB* 1978/136, m.nt. C.P. Tuk, *NJ* 1979/533, m.nt. Scheltema) en

ECLI:NL:PHR:1978:AC2432 (*BNB* 1978/137, m.nt. C.P. Tuk, *AB* 1979/262, m.nt. F.H. van der Brug).

31. HR 19 december 2014,

ECLI:NL:HR:2014:3679, *AB* 2015/278, m.nt. J.W.C. van Rossem (*Bosentan*).

32. Wel wijzen wij op een uitspraak van Rb. Rotterdam van 7 februari 2022

(ECLI:NL:RBROT:2022:718). Onderwerp van geschil was het weigeren van huurtoeslag door een te late aanvraag. Gelet op alle omstandigheden is volgens de rechtbank sprake van een schending van het evenredigheidsbeginsel, maar omdat huurtoeslag is genormeerd in een formele wet waar bewust een uitsluitende peildatum in is opgegeven acht de rechtbank het aan de wetgever om in te grijpen en herstel te bieden. Het beroep wordt ongegrond verklaard.

33. Zie punt 9.4., 4 van hun conclusie en uitgebreider punt 4 van de noot van M. Van Zanten bij de 1 maart-uitspraken (*AB* 2023/128).

34. S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaf-

faire', *NTB* 2021/60, p. 135.

35. Zie punt 9.7 van zijn conclusie.

36. Zie punt 7.2 van zijn conclusie.

37. R.o. 9.5-9.6.

38. Zie r.o. 9.16 van de 1 maart-uitspraak en het voorgaande in paragraaf 2. Sinds het *Bosentan*-arrest wordt toetsing van 'wet aan wet' eveneens geacht onder het toetsingsverbod te vallen.

39. R.o. 9.13.

40. Zoals Van Zanten terecht opmerkt in punt 6 van haar noot (*AB* 2023/128).

41. Conclusie Snijders, punt 7.6.

42. R. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/1944, afl. 28, p. 2257.

43. HR 14 april 1989,

ECLI:NL:HR:1989:AD:5725, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.9.

Het lijkt er op dat niet langer gedrag aan de zijde van het bestuur, maar omstandigheden aan de zijde van het individu als uitgangspunt worden genomen in de beoordeling of wetstoepassing onevenredig uitpakt

legem-werking van het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel goed ontwikkeld is. Een schending van deze twee beginselen is namelijk puur toe te schrijven aan gedrag van de uitvoerende instantie, zoals een onterechte toezegging of het ongelijk behandelen van twee gelijke gevallen.⁴⁴ Het lijkt er dus op dat niet langer gedrag aan de zijde van het bestuur, maar omstandigheden aan de zijde van het individu als uitgangspunt worden genomen in de beoordeling of wetstoepassing onevenredig uitpakt. Wattel en Widdershoven onderschrijven dit ook expliciet in hun conclusie.⁴⁵ Wie goed leest, herkent in de 1 maart-uitspraken een soortgelijke opvatting bij de Afdeling in het onderscheid dat zij maakt tussen de categorieën 'bijzondere omstandigheden' die aanleiding kunnen geven tot contra legem-werking. Zoals in paragraaf 3.1 beschreven, introduceert de Afdeling een categorie die niet volgt uit het *Harmonisatiewet*-arrest, namelijk: 'gevolgen van de toepassing van een wettelijke bepaling die niet kan stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien'.⁴⁶ De Afdeling lijkt zich er dus van bewust dat de tijdsgeest aanleiding geeft om te onderzoeken of een wet – gezien de persoonlijke omstandigheden van een burger – wenselijk uitpakt.

Snijders borduurt voort op Wattel en Widdershoven en zet uiteen hoe de rechter dient te beoordelen of een onredelijke uitkomst is verdisconteerd. De rechter moet zich eerst afvragen of de wetsbepaling tekstueel van toepassing is op de omstandigheden van de burger in kwestie. Vervolgens moet de rechter zich afvragen of dit gevals-type door de wetgever is voorzien. Daarbij dient de rechter zich eveneens te baseren op de wetsgeschiedenis.⁴⁷ Dat zal onzes inziens meestal niet het geval zijn: een toelichting op algemeen geformuleerde regels zal niet vaak een opsomming bevatten van persoonlijke omstandigheden van burgers waarop deze van toepassing moet worden geacht. Het centraal stellen van persoonlijke omstandigheden leidt er dus toe dat het criterium 'niet verdisconteerd-zijn' minder vaak in de weg zal staan aan contra legem-werking dan het geval is wanneer gedrag van het bestuursorgaan als uitgangspunt wordt genomen. Het voorgaande geldt ook voor groepen van heterogene gevallen: alhoewel omstandigheden makkelijker 'niet verdisconteerd' zijn te achten als het een enkeling betreft, kan het feit dat de onredelijke uitkomst zich in een groot aantal gevallen voordoet gewicht in de schaal leggen voor contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel.⁴⁸

Snijders' toets naar het 'verdisconteerd-zijn' van omstandigheden lijkt echter niet alleen aanleiding te geven tot sneller kwalificeren als 'niet verdisconteerd', maar legt de toets ook normatief aan in plaats van feitelijk: treffend is dat Snijders in zijn conclusie spreekt van de vraag of de wetgever de omstandigheden in kwestie

wel 'voldoende' of 'behoorlijk' heeft verdisconteerd. Zoals Becker terecht heeft opgemerkt, is dat een normatieve vraag. Indien een rechter zou onderzoeken of onredelijke uitkomsten van wetstoepassing ten gevolge van persoonlijke omstandigheden aanleiding geven om het evenredigheidsbeginsel toe te passen, roept hij onvermijdelijk de vraag op in hoeverre contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel eigenlijk nog gaat over het genomen besluit, en in hoeverre over (het gedrag van) de wetgever en de proportionaliteit van wetgeving, en daarmee ook de kwaliteit daarvan. Volgt de onevenredigheid uit de wet, dan zal de rechter in dit perspectief immers niet snel de mening uiten dat de omstandigheden voldoende of behoorlijk zijn verdisconteerd: immers is contra legem-werking dan het enige instrument dat hem ter beschikking staat om onevenredige uitkomsten van wetstoepassing te mitigeren.⁴⁹ Het concept 'niet verdisconteerde omstandigheden' functioneerde lange tijd in een context waarin de wetgever en (de kwaliteit van) wetgeving niet ter beoordeling voorlagen, maar daar lijkt nu door het betrekken van evenredigheidsoverwegingen verandering in te komen. Hier komen we in paragraaf 4 op terug.

De Afdeling lijkt deze tweetrapsraket niet te volgen, wellicht vanwege de grote implicaties daarvan. In plaats van op basis van de wetsgeschiedenis de toepasselijkheid vast te stellen, vraagt de Afdeling zich af wat de wetgever *redelijkerwijs kan hebben bedoeld en voorzien* toen de wet werd vastgesteld.⁵⁰ De Afdeling redeneert vervolgens dat de wetgever de mogelijke consequenties van het hanteren van een harde termijn voor het aanvragen van kinderopvangtoeslag niet ontgaan kunnen zijn en concludeert zij aan de hand daarvan dat de wetgever blijkbaar het risico op onevenredigheden heeft geaccepteerd.⁵¹ Daarnaast behandelt de Afdeling de vraag of de omstandigheden van het voorliggende geval zijn verdisconteerd feitelijk, door de wetgever centraal te stellen in plaats van de burger. Dat sluit logisch aan op de doctrine, waar het gedrag van het bestuur als uitgangspunt werd genomen. Daarmee blijft de Afdeling weg van elke vorm van normativiteit. De Afdeling stelt zich dus vrij terughoudend op.

Samengenomen denken wij dat uit het geheel van conclusies en uitspraken de volgende stelregels volgen, die kunnen helpen bij het beoordelen van het verdisconteerd-zijn van omstandigheden 'nieuwe stijl':

1. Hoe specifiek de omstandigheden, hoe sneller niet verdisconteerd;
2. Omstandigheden zijn sneller niet verdisconteerd naarmate zij persoonlijker zijn;
3. Als wetstoepassing voor een groep heterogene gevallen tot een onredelijke uitkomst leidt, kan contra legem-werking sneller worden aangenomen.

3.3 Wanneer is wetstoepassing zo onevenredig, dat toepassing 'zozeer in strijd komt' met het evenredigheidsbeginsel dat toepassing van de wet achterwege moet blijven?

Het voorgaande brengt ons op de vraag: wanneer zijn de gevolgen van wetstoepassing zo onevenredig, dat aanleiding bestaat voor contra legem-werking van het evenredigheidsbeginsel? Voor het slagen van contra legem-werking is namelijk niet alleen vereist dat de omstandigheden in kwestie niet zijn verdisconteerd. Eveneens is vereist dat wetstoepassing gezien de omstandigheden van het geval 'zozeer in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel' dat toepassing van die wet achterwege moet blijven.

Het evenredigheidsbeginsel zelf biedt hiervoor geen duidelijk normatief kader. Het van origine ongeschreven beginsel bezit een drietal elementen: de gelijkheid voor publieke lasten, het beginsel van de minste pijn en materiële zorgvuldigheid.⁵² Deze drieslag is vergelijkbaar met de drieslag die het EHRM hanteert in haar proportionaliteitstoets en de drieslag die – mede naar aanleiding van EHRM-jurisprudentie – haar weg heeft gevonden naar de proportionaliteitstoets van bestuurswetgeving.⁵³

In de Awb is enkel het laatste element gecodificeerd. Het laatste element – materiële zorgvuldigheid, evenredigheid in 'enge zin' of evenwichtigheid genoemd – doelt op de verhouding tussen het algemeen belang dat met het besluit worden gediend enerzijds en de belangen van de betrokken burger anderzijds.⁵⁴ Artikel 3:4 lid 2 Awb geeft het bestuur de opdracht om niet door de ondergrens te zakken van voor een burger onevenredig nadelige gevolgen. Een andere formulering van deze ondergrens is dat het besluit van het bestuursorgaan niet leidt tot een wanverhouding tussen de nadelige gevolgen van het besluit voor de burger en de doelen van het besluit.⁵⁵ Afgaande op de wettekst kan onevenredige uitkomst van wetstoepassing alleen resulteren in buiten toepassing laten van de formele wetsbepaling als de uitkomst door de 'ondergrens' is gezakt: de rechter constateert dan dat sprake is van een wanverhouding tussen de belangen van de burger en de met de wetsbepaling te dienen belangen.

Dat is van origine een terughoudende toets, terwijl wij hierboven in paragraaf 3.2 hebben vastgesteld dat het vaststellen van die wanverhouding een normatieve aangelegenheid is. Uit het gegeven dat de rechter zich dient te baseren op de wetsgeschiedenis, volgt ook dat de rechter na moet gaan of, en zo ja welke evenredigheidsafwegin-

gen de wetgever zelf heeft gemaakt. Als er niets in de wetsgeschiedenis zelf staat, kan de rechter ervan uitgaan dat de wetgever zich heeft willen conformeren aan het evenredigheidsbeginsel.⁵⁶ Gaat het om een dwingende wetsbepaling, dan biedt beginselconforme interpretatie geen uitkomst, waardoor toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra de wet gerechtvaardigd is. Dit betekent een fundamenteel andere benadering van wetgeving. Daarmee wordt afscheid genomen van het uitgangspunt dat de wet altijd dient te worden toegepast, tenzij omstandigheden die de wetgever niet onder ogen heeft gezien resulteren in strijd met een rechtsbeginsel. Het uitgangspunt wordt precies de omgekeerde situatie: persoonlijke omstandigheden kunnen altijd aanleiding geven tot het buiten toepassing laten van de wet, tenzij kenbaar is dat de wetgever de wet op precies die omstandigheden van toepassing acht. Nu zal het in de praktijk niet zo'n vaart lopen, maar vanuit dit perspectief heeft contra legem-werking – een jurisprudentiële uitzondering op een absoluut toetsingsverbod – een ongekend groot bereik.

Zeker als het gaat om dwingende wetsbepalingen, is het betrekken van evenredigheidsoverwegingen in de contra legem-formule dus niet onproblematisch met het oog op de trias: het vereist een indringendere toets dan naar huidig recht is toegestaan. Dat brengt zowel de rechter als de wetgever in een lastig parket: bij het buiten toepassing laten van dwingende wetsbepalingen wordt de grens tussen concrete toetsing van de uitvoering en abstracte toetsing van de achterliggende wet overschreden. Een complicerende factor is dat het evenredigheidsbeginsel een rechtspolitek element bevat: wat als evenredig te gelden heeft, wordt in beginsel door de wetgever bepaald. Of het gecodificeerde evenredigheidsbeginsel nog wel de mate van proportionaliteit weerspiegelt die wij tegenwoordig

Een complicerende factor is dat het evenredigheidsbeginsel een rechtspolitek element bevat: wat als evenredig te gelden heeft, wordt in beginsel door de wetgever bepaald

44. R. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/1944, afl. 28, p. 2257.

45. Conclusie Wattel en Widdershoven, punt 6.3, 9.3.1. en 9.4.1.

46. R.o. 9.13.

47. Conclusie van Snijders, punt 7.5.

48. Conclusie van Wattel en Widdershoven, punt 9.4.4. en conclusie van Snijders, punt 7.21.

49. R. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/1944, afl. 28, p. 2257.

50. J.J.J. Sillen, 'De bestuursrechter en de toetsing van de wet aan rechtsbeginselen', *AA* 2023/355, punt 7; vgl. conclusie van Snijders, punt 10.11.

51. Zie r.o. 9.12 en 9.16 als ook V.L. Meijerman, 'Toetsing aan grondrechten en fundamentele rechtsbescherming: een zaak van uitsluitend politiek? Trias politica, democratie en een verander(en)de samenleving', *MBB* 2018, afl. 4, p. 140-156 en V.L. Meijerman, 'Over menselijke maat, het recht en maatschappelijk debat', *WFR* 2021/113, p. 1533-1541. Meijerman stelt dat elke keuze voor wetgeving zonder

discretionaire ruimte hand in hand gaat met acceptatie van het staatsrechtelijk risico op een behoorlijke mate van onevenwichtigheid in maatschappelijke belangenafwegingen.

52. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 15^e druk, Amsterdam 2011, p. 323-328.

53. Wij doelen hier op de *Harderwijk*-jurisprudentie: ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285. Besluiten kunnen sindsdien integraal worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Daartoe wordt getoetst of het genomen besluit geschikt,

noodzakelijk en evenwichtig is. Zie nader H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *AA* 2020/755.

54. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 15^e druk, Amsterdam 2011, p. 323-325.

55. J. Baron & E. Poelmann, 'Van toetsing van een wet in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel: niet onevenredig is wat anders dan evenredig', *Tijdschrift formeel belastingrecht* 2021/1.

56. Conclusie van Snijders, punt 7.7.

nastreven, laten wij hier onbesproken, maar is in deze context eveneens relevant.

Uit de conclusies en uitspraken tezamen kan in ieder geval één stelregel worden geformuleerd: er bestaan sterke aanwijzingen dat hoe onredelijker de uitkomst is, hoe sneller deze niet verdisconteerd zal zijn.⁵⁷

4. Concluderend: de consequenties van het betrekken van evenredigheidsoverwegingen in de verdisconteringsformule

Uit het voorgaande volgt dat contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel mogelijk is, maar dat dit gepaard zal gaan met een normatieve rechterlijke toets, die zich slecht verdraagt met ons huidige staatsrecht. Naar zijn aard heeft contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel namelijk twee dimensies. Het is niet enkel een institutioneel correctiemechanisme op wetgeving die er – soms in een veelvoud van gevallen – niet in slaagt om de maatschappij op de gewenste manier te normeren, maar geeft ook een oordeel over de kwaliteit van wetgeving, in die zin dat duidelijker zou moeten blijken wat de wet precies wil bereiken en op welke omstandigheden deze al dan niet van toepassing moeten zijn. Contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel vraagt zodoende lef van de rechtspraak, omdat het een hogere toetsingsintensiteit vraagt dan het primaat van de wetgever, het toetsingsverbod en artikel 11 Wet AB verdragen.

‘Evenredigheidstoetsing’ van formele wetgeving middels contra legem-werking doet denken aan de ontwikkeling van het intensiveren van rechterlijke (exceptieve) toets van beleidsregels, lagere regelgeving en bestuurswetgeving. Daar is al geaccepteerd dat de rechter de toets van de betrokken belangen en de weging van die belangen intensiever aanlegt naarmate de regelgeving dieper ingrijpt in het leven van de betrokkenen.⁵⁸ Wellicht is de tijd rijp deze lijn door te trekken naar formele wetgeving?

Voor het verder brengen van deze ontwikkeling is wel een harde voorwaarde dat de rechtspraak én de wetgever kleur bekennen. De rechtspraak moet antwoord geven op de vraag: is hier sprake is van het ‘verlagen van de drempel’ (wat betekent dat het betrekken van evenredigheidsoverwegingen aanleiding geeft om sneller aan te nemen dat sprake is van ‘niet verdisconteerde omstandigheden’), of een fundamentele verandering in de omgang met het leerstuk (door middels de contra legem-formule te beoordelen of wettoepassing gepast is gezien persoonlijke omstandigheden)? Het verlagen van de drempel zou ertoe leiden dat sneller wordt aangenomen dat sprake is van de uitzondering, waardoor deze zijn uitzonderlijke karakter verliest en tot doorsnee rechterlijke bevoegdheid verwordt, terwijl het tweede tot gevolg zou hebben dat wettoepassing niet langer vanzelfsprekend, maar conditioneel wordt (of de wet wordt toegepast, is dan afhankelijk van de omstandigheden van de burger in kwestie).

In zekere zin beschrijft deze bijdrage dus een verschuiving van het primaat van rechtsvorming van de wetgever naar de rechter. Dat probleem is zeker niet nieuw, maar is nu opnieuw urgent omdat de richting waarin de maatwerkdiscussie zich beweegt voorbijgaat aan het belang van democratisch gelegitimeerde overheidshandelingen en de ordenende functie van het recht. Over de

vraag of dit problematisch is, kan verschillend worden gedacht. Sommigen zullen betogen dat maatwerk in (groepen van) gevallen te prioriteren valt over zaken als de ordenende functie van het recht en de legaliteit van overheidshandelingen: niet de juridische ratio, maar de politiek-bestuurlijke ratio (waarin de nadruk ligt op het politieke streven naar een overheid die recht doet aan de menselijke maat) voert dan de boventoon.⁵⁹ In ieder geval leiden ontwikkelingen in de rechterlijke omgang met evenredigheidstoetsing ertoe dat de rechter ruimte naar zich toe trekt die eigenlijk voor de democratisch verkozen wetgever is bestemd. De wetgever komt dan in de positie dat hij enkel grip kan houden op wettoepassing door beter inzichtelijk te maken welke omstandigheden al dan niet verdisconteerd dienen te worden geacht, zodat de normering van de maatschappij zoals de wetgever dat voor zich ziet, overeind blijft. Dat leidt tot een soort ‘motiveringsplicht’ voor de wetgever.

5. Afsluitend: een ‘motiveringsplicht’ voor de wetgever?

Wat betreft de wetgever kan het betrekken van evenredigheidsoverwegingen in de verdisconteringsformule de facto resulteren in een ‘motiveringsplicht’ voor de wetgever. Onze gedachtegang daarachter is de volgende.

Het betrekken van evenredigheidsoverwegingen in de verdisconteringsformule kan de facto resulteren in een ‘motiveringsplicht’ voor de wetgever

De rechter, die in een concreet geval wordt geconfronteerd met hardvochtige effecten van wetgeving, zal recht willen doen aan de omstandigheden van de burger. Een rechter die de omstandigheden van de betrokken burger nauwkeurig(er) omschrijft, zal deze omstandigheden waarschijnlijk niet terugvinden in de wetstekst, de memorie van toelichting of de parlementaire geschiedenis en daarom geen belemmering ervaren om de omstandigheden van het individu als ‘niet verdisconteerd’ te beschouwen. Voor de burger goed nieuws: de tot dan toe schrijnende gevolgen van regeltoepassing kunnen door de rechter middels contra legem-werking worden gemitigeerd. *Grosso modo* leiden billijkheidscorrecties voor het individu echter niet tot een billijker rechtssysteem.⁶⁰ Dergelijke billijkheidsuitzonderingen zijn zeker preferabel boven het laten voortbestaan van schrijnende situaties, maar nemen de oorzaak – wetgeving die hardvochtig uitpakt – niet weg. Doordat de rechtspraak de verantwoordelijkheid om onevenredige uitkomsten van wetgeving te mitigeren op zich neemt, wordt het zicht ontnomen op de

Hoe beter de wetgever erin slaagt om de menselijke maat in diens wetgeving te verdisconteren, hoe minder de rechtspraak wordt genoodzaakt door middel van semantische exercities in de behoefte aan menselijke maat te voorzien

wetgever, die een primaire verantwoordelijkheid draagt voor de kwaliteit van wetgeving.

Wij willen erop wijzen dat deze bijdrage gestoeld is op de veronderstelling dat het evenredigheidsbeginsel een geijkte reden is om af te wijken van formele wetgeving teneinde maatwerk te bieden. Dit komt voort uit de gedachte dat de wetgever eerlijk, proportioneel of evenredig wil zijn, tenzij het tegendeel expliciet blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Wij hebben hier bij twee kanttekeningen. Ten eerste betwijfelen wij of dit klopt. Soms wordt politiek bewust de keuze gemaakt om hardvochtig beleid te voeren en neer te laten slaan in wetgeving. Het in paragraaf 3.1 beschreven standpunt van Zijlstra laat zien dat het evenredigheidsbeginsel geen uitkomst zal bieden als de omstandigheden in het voorliggende geval niet onder ogen zijn gezien. Wat dat betreft heeft Scheltema gelijk als hij ons wijst op het gebrek in rechtsbescherming. Ten tweede: als de omstandigheden niet expliciet zijn beschreven in de parlementaire geschiedenis, bestaat de kans dat de wetgever wel had gewenst die te normeren als hij die omstandigheden had gekend. Dan ontstaat het risico dat contra legem-toepassing van het evenredigheidsbeginsel alsnog haaks staat op het toetsingsverbod.⁶¹ Hier speelt immers de institutionele dimensie van het primaat van de wetgever een rol: in ultimo is het de politiek die bepaalt wat als evenredig te gelden heeft.⁶²

Dit levert weer een heel aantal nieuwe vragen op: in hoeverre dwingt de wijze waarop de staatsraden en de Afdeling omgaan met de verdisconteringsformule de

wetgever de facto om expliciet omstandigheden te gaan verdisconteren? Al was het maar om toepassing van wetgeving te verzekeren? Op een abstracter niveau roept dit de vraag op of aan de wetgever überhaupt wel een 'bedoeling' kan worden toegedicht en of de bedoeling vervolgens wel kenbaar kan zijn voor de rechter middels een grammaticale dan wel teleologische interpretatie van de wetstekst. Praktisch gezien roept dit bijvoorbeeld ook de vraag op wat precies de status is van de memorie van toelichting: kan deze worden gezien als een verlengstuk van de wetstekst? Is het een tekst waaruit de veronderstelde 'bedoeling' van de wetgever kenbaar kan zijn? En in hoeverre wordt hier dan feitelijk een motiveringsplicht voor de wetgever ingevoerd en hoe ziet die er dan uit?

Dat zijn geen nieuwe vragen en ze laten zich niet volledig beantwoorden. Dat beogen wij in deze bijdrage in ieder geval niet. Het opnieuw aan de orde stellen van deze vragen draagt er echter aan bij dat we scherp krijgen hoe de responsivering van het bestuursrecht institutioneel kan worden vormgegeven middels modaliteiten waarmee de wetgever meer doordacht en concreter uit kan dragen waarvoor de wetgeving die wordt opgesteld precies bedoeld is. Dat doet recht aan de ordenende functie van het recht: hoe beter de wetgever erin slaagt om de menselijke maat in diens wetgeving te verdisconteren, hoe minder de rechtspraak wordt genoodzaakt door middel van semantische exercities in de behoefte aan menselijke maat te voorzien. •

57. Zie o.a. als de conclusie van Snijders, punt 7.7, M. Scheltema, 'Een wet van meden en perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht' (preadvies), in: M. Scheltema e.a., *Wetgeving en uitvoering. Preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2021 en uitgebreider F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

58. Zie hierover R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel. Een artikelnoot bij de uitspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (Harderwijk) en ECLI:NL:RVS:2022:335 (Waadhoeke)', *Gst.* 2022/27.

59. Zie over de diverse ratio's in de politiek-bestuurlijke context J.T.K. Bos, 'Buiten het eigen speelveld. De normen voor de kwali-

teit aan de wet horen ook te gelden in de professionele cultuur van het politieke domein', *RegelMaat* 2022, afl. 3, p. 205-223.

60. P. Westerman, 'De valse tegenstelling tussen uniform en maatpak', *AA* 2022/274, p. 276.

61. Al lijkt het kabinet dat risico met het wetsvoorstel Wet versterking waarborg-functie Awb weg te willen nemen, door de

mogelijkheid te codificeren bij elke onevenredigheid van de wet af te zien. Daarmee krijgen billijkheidsuitzonderingen door de rechtspraak een wettelijke grondslag. Zie bijlage 3 bij *Kamerstukken II* 2022/23, 29729, nr. 763.

62. Vgl. Marseille e.a., 'Kleine gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborg-functie Awb', *NJB* 2023/819, afl. 12, p. 912.