

Reactie op "Een wet van Meeden en Perzen?", preadvies van Michiel Scheltema voor de Vereniging voor Wetgeving

Marte van der Loop

Inleiding

Graag wil ik gebruik maken van de gelegenheid om te reageren op het preadvies van Michiel Scheltema en het preadvies van Van Zutphen en Van de Wiel. Waar het thema dat het bestuur van de Vereniging "Wetgeving en uitvoering" is, komt in beide preadviezen al meteen het perspectief van de burger om de hoek kijken. Dat lijkt me terecht. Ik zal in het onderstaande vooral ingaan op, het preadvies van Scheltema, omdat dat preadvies een aantal concrete voorstellen bevat waar ik als wetgevingsjurist bij BZK/CZW, met de Awb in mijn pakket, sowieso iets van zal moeten vinden. Desalniettemin schrijf ik deze reactie op persoonlijke titel.

Ik zal niet de enige zijn die de preadviezen heeft gelezen met de kinderopvangtoeslagaffaire in het achterhoofd. Maar in de week dat ik dit schrijf, komen vergelijkbare zaken langs. Bijvoorbeeld het bericht dat de Afdeling bestuursrechtspraak prejudiciële vragen stelt over mogelijk onterechte vreemdelingenbewaring (en of de rechter in strijd met de Nederlandse wet toch ambtshalve moet toetsen). Of de zaak van de mevrouw uit Wijdemeren die 7000 euro aan bijstand moet terugbetalen omdat haar moeder wel eens boodschappen voor haar doet (en er nog een boete van 3000 euro bijkrijgt). Het probleem dat mensen in de knel komen door strikte regeltoepassing is echter al eerder gesignaleerd. Zie de diverse rapporten van ABDTOPConsult en de kabinetsreactie op het eerste rapport.¹ De oplossing wordt gezocht in meer maatwerk. Maatwerk kan worden geboden door de uitvoering anders in te richten (waarvoor programma's als *Passend contact met de overheid* zijn ingericht en meer recentelijk de toolbox van PelsRijcken ter beschikking is gesteld). Er kan daarnaast ook worden gekeken naar de toe te passen regels zelf. Onze vereniging is natuurlijk de aangewezen plaats om dat te doen. Scheltema doet voorstellen tot aanpassing.

De toeslagenaffaire roept bovendien systeemvragen op die aan ons rechtstelsel kunnen worden gesteld. Het gaat in die affaire om tienduizenden gevallen. Die gevallen zijn niet allemaal bij de Afdeling bestuursrechtspraak terecht gekomen. Dan had de Afdeling wel eerder aan de rem getrokken. Ik beschik niet over cijfers, maar ik zou wel eens willen weten hoeveel mensen in bezwaar zijn gekomen. Ik vermoed zomaar dat ook dat er geen tienduizend zullen zijn geweest. Dat betekent dat de drempel voor bezwaar en beroep, dus op initiatief van de belanghebbende, kennelijk te hoog was. De toeslagenaffaire is een goede gelegenheid om de omvang van die drempel te meten, want normaal hebben we geen inzicht in het aantal mensen dat in kansrijke zaken geen bezwaar of beroep indient. Maar er is geen reden om aan te nemen dat in andere zaken die drempel ontbreekt. Zowel bij het opstellen van wetten als bij uitvoering de uitvoering ervan, zal moeten worden ingecalculeerd dat de traditionele vormen van rechtsbescherming een beperkt bereik hebben en dat op de overheid een intrinsieke plicht rust om op eigen initiatief recht te doen. Naar mijn mening is dat een les die uit de toeslagenaffaire, en de maatwerkdiscussie in het algemeen, kan worden getrokken.

In mijn beeld is een van de oorzaken (niet de enige) van de kinderopvangtoeslagaffaire en andere gevallen die als schrijnend worden ervaren, dat aan de wet een te groot gezag is toegekend en zo kon het gebeuren dat toepassing van de wet leidde tot onrecht. Het respect voor de wet was bij de kinderopvangtoeslagaffaire zelfs zo groot dat voor het ongedaan maken van dat onrecht eerst een nieuwe wet nodig werd geacht.

Wat betekent dit voor de wetgever? Scheltema geeft een aantal voorbeelden van wat we wel en niet van de wet en de wetgever kunnen verwachten. Hij pleit voor een dynamische wetsinterpretatie waar dat kan, maar geeft de voorkeur aan codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wat betekenen de voorstellen van Scheltema voor de democratische legitimatie van wetten en wetstoepassing? In hoeverre zijn ze effectief bij het bieden van maatwerk en het voorkomen van een volgende toeslagaffaire?

¹ Het rapport "Regels en ruimte" met kabinetsreactie (Kamerstukken II 2019/20, 29362, nr. 282) en het rapport Werk aan Uitvoering, Fase 2 (bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 31490, nr. 284).

Dynamische wetsinterpretatie

Onder dynamische wetsinterpretatie verstaat Scheltema dat de interpretatie van een wet mede gaat berusten op kennis en ervaring van de die bij de toepassing van die wet wordt verworven. Een voorbeeld hiervan vormt voor hem de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019, waarin deze tot een andere uitleg komt van de Awir.² Scheltema leest in die uitspraken een afweging die is ingegeven door de ongewenste gevolgen van de eerdere uitleg. Inderdaad noemt de Afdeling in overweging 5.10 van uitspraak ECLI:NL:RVS:2019:3536 het grote aantal zaken en de ernstige gevolgen voor betrokkenen. Op deze omstandigheden kan echter geen andere uitleg van artikel 26 Awir worden gebaseerd en dat doet de Afdeling ook niet. Zij ziet in die omstandigheden een aanleiding voor een heroverweging, maar de omstandigheden dragen de uitkomst van die heroverweging niet. Het is voor mij daarom nog maar de vraag of de Afdeling de ruimte voor een dergelijke dynamische wetsinterpretatie heeft beoogd, al heeft Scheltema gelijk dat in het jaarverslag van de Raad van State de uitspraken van 23 oktober 2019 in een betoog over de gewijzigde plaats van het legaliteitsbeginsel worden genoemd als een voorbeeld waarbij het belang van het voorkomen van misbruik van kinderopvangtoeslag in evenwicht gebracht met de gerechtvaardigde belangen van burgers.

Een belangrijker bezwaar tegen deze oplossingsrichting is dat deze oplossingsrichting zich primair richt op de rechter. Mij lijkt dat juist behoefte bestaat aan een oplossing waarmee het bestuur, de uitvoerders van wet- en regelgeving, uit de voeten kunnen. Het is immers niet een doel op zich dat zaken aan de rechter kunnen worden voorgelegd, maar dat het bestuur in die zaken rechtvaardig kan beslissen. Bij dynamische wetsinterpretatie worden uitvoeringsorganisaties het bos ingestuurd. Als voorbeeld geef ik artikel 10.5 van de Wet studiefinanciering 2000 dat luidt:

Artikel 11.5. Hardheidsclausule

1. Onze Minister kan voor bepaalde gevallen de wet buiten toepassing laten of daarvan afwijken voor zover toepassing gelet op het belang dat deze wet beoogt te beschermen, zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op:
 - a. het begrip partner,
 - b. het begrip toetsingsinkomen,
 - c. het begrip vreemdeling, en
 - d. artikel 1.8.

Met name het toetsingsinkomen leidt bij de uitvoering tot knelpunten, omdat de vaststelling ervan onverlet laat dat wegens bijzondere omstandigheden (zoals medische kosten) minder betalingsruimte bestaat dan uit het toetsingsinkomen blijkt. Moet dan worden aangenomen dat DUO ondanks artikel 11.5 die bijzondere omstandigheden meeweegt? En welke maatstaven moet DUO daar dan bij aanleggen? Het lijkt mij beter dat de wetgever de ruimte en de maatstaven daartoe bepaalt. Als maatwerk bevorderd moet worden, zullen artikelen als artikel 11.5 van de Wet studiefinanciering 2000 moeten worden heroverwogen om de uitvoeringsorganisaties de ruimte te geven dat maatwerk te bieden. Dynamische wetsinterpretatie kan die ruimte niet bieden.

Codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Kunnen we wachten tot al die wetten zijn aangepast? Scheltema's voorstellen lijken te zijn ingegeven door een ontkennend antwoord op die vraag. Ook ik zou die vraag ontkennend willen beantwoorden. Naast aanpassing van bijzondere wetten, of daaraan voorafgaand, zijn algemene uitgangspunten nodig. Met Scheltema deel ik de opvatting dat die uitgangspunten kunnen worden gevonden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de loop van de twintigste eeuw door de (bestuurs-)rechter ontwikkeld, omdat een strikte wetstoepassing soms leidt tot onbillijke uitkomsten. Deze normen richten zich primair tot de overheid (inclusief de wetgever) en zijn – als ongeschreven recht – van hogere orde dan formele wetten. Een deel van deze beginselen is in het laatste kwart van die eeuw uitgewerkt

² ECLI:NL:RVS:2019:3536 en ECLI:NL:RVS:2019:3535.

in de Awb. In relatie tot het bieden van maatwerk valt daarbij te denken aan het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 en artikel 3:4, eerste lid, Awb), het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4, tweede lid, Awb) en het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb). Maar ook de hardheidsclausules in bijzondere wetten kunnen worden beschouwd als uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, net zoals de hoorplicht van de artikelen 4:7 en 4:8 Awb een nadere uitwerking zijn van het zorgvuldigheidsbeginsel. Uitwerking van een beginsel van behoorlijk bestuur in een formele wet kan niet gelijkgesteld worden met dat beginsel, maar is slechts de toepassing van dat beginsel. De wetgever kan bijvoorbeeld bepalen dat wordt afgeweken van artikel 4:8 Awb, maar niet dat van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt afgeweken. De wetgever dient in zo'n geval op andere wijze in de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel te voorzien. Het is de wetgever zelf die dat bij formele wetten moet bewaken, omdat wetten in Nederland niet kunnen worden getoetst. Als die beginselen in wetten als de Awb worden uitgewerkt, wordt die toetsing, zoals Scheltema aangeeft, wel mogelijk. Dat is winst.

Ik kan Scheltema echter niet volgen in de onderbouwing van zijn stelling dat artikel 3:4, tweede lid, Awb zelfstandig (zonder de toets van artikel 3:4, eerste lid, Awb) moet worden toegepast bij strijdige bijzondere wetten. Mijns inziens kan dit niet worden afgeleid uit de uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019 en ook niet uit de wetsgeschiedenis van artikel 13b Awir. De Afdeling handhaaft uitdrukkelijk de koppeling tussen artikel 3:4, eerste en tweede lid, Awb. Slechts door de gewijzigde interpretatie van de Awir neemt de Afdeling de hobbel van artikel 3:4, eerste lid, Awb en komt de Afdeling toe aan artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen en onder bijzondere omstandigheden van terugvordering kan afzien of het terug te vorderen bedrag kan matigen, ook als die omstandigheden al bij de vaststelling van de kinderopvangtoeslag aan de orde konden komen. Op grond van artikel art. 3:4, tweede lid, van de Awb mogen de nadelige gevolgen van dat besluit voor een belanghebbende namelijk niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.³

Met het opnemen van artikel 13b in de Awir heeft de wetgever niet een uitspraak willen doen die verder strekt dan de toepassing van de Awir. Het nieuwe artikel maakt onderdeel uit van de Wet hardheidsaanpassing Awir,⁴ waarvan was toegezegd dat deze 1 juli 2020 in werking zou treden. Die wet moest een regeling bevatten voor een tegemoetkoming in geval van terugvorderingen ouder dan vijf jaar en een regeling voor hardheidsgevallen in de toekomst. Artikel 13b Awir is een in interdepartementaal overleg onder tijdsdruk tot stand gekomen compromis over wat te doen bij klemmende individuele gevallen onder de Awir. In de door Scheltema aangehaalde passage uit de memorie van toelichting staat juist uitdrukkelijk dat artikel 13b Awir niet van toepassing is bij gebonden beschikkingen.⁵

Met Scheltema denk ik dat zeer wenselijk is dat artikel 3:4, eerste lid, Awb geen hindernis vormt voor de toepassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Wat is daarvoor dan nodig? In de eerste plaats dat de uitwerking van de algemene beginselen in de Awb niet wordt vormgegeven als regelend recht. Dit vergt voor artikel 3:4, eerste lid, Awb het schrappen van de zinsnede "voor zover niet uit een wettelijk voorschrift (...) een beperking voortvloeit". Dat is echter niet voldoende. Hierboven heb ik al aangegeven dat uitvoeringsorganisaties handvatten nodig hebben voor de invulling van discretionaire bevoegdheden. Dat is ook de oorspronkelijke functie van artikel 3:4, eerste lid, Awb, waarin naast het zorgvuldigheidsbeginsel mede invulling wordt gegeven aan het specialiteitsbeginsel.⁶ De bijzondere wet geeft aan welke belangen met een toedeling van bevoegdheden aan het bestuursorgaan worden gediend. Het bestuursorgaan mag

³ ECLI:NL:RVS:2019:3536, overweging 5.12; idem in ECLI:NL:RVS:2019:3535, overweging 8.11.

⁴ Kamerstukken 35468.

⁵ Pagina 24 van het preadvies.

⁶ Deze term wordt in de parlementaire geschiedenis van art 3:4 Awb niet genoemd, maar artikel 3:4, eerste lid, is ook bedoeld als spiegelbeeld van het verbod op détournement de pouvoir: als een bestuursbevoegdheid is verleend ter bescherming van een bepaald belang kan het bestuur een ander belang niet in negatieve zin bij een besluit betrekken, maar dient wel alle belangen te betrekken die in positieve zin gewicht in de schaal kunnen werpen. Zie Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste Tranche, p. 209.

geen andere belangen aanvoeren dan die met de bevoegdheidstoedeling samenhangen, maar moet wel de belangen van andere belanghebbenden inventariseren en meewegen. Om dat tot uitdrukking te brengen zou artikel 3:4, eerste lid, Awb dan kunnen luiden:

Het bestuursorgaan weegt de met een bevoegdheid tot het nemen van een besluit te behartigen belangen en andere rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen af.

Op deze wijze blijft de bijzondere wet leidend bij de uitvoering van wet en regelgeving (en blijft het primaat van de wetgever gehandhaafd), maar bestaat op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb altijd de plicht onevenredige nadelige gevolgen te vermijden. Wijziging van artikel 3:4 Awb zal als uitspraak van de wetgever bovendien een sterker fundament zijn voor een uitvoeringspraktijk zoals Scheltema die voorstaat dan enkel zijn pleidooi voor die praktijk. Het is dan wel zaak dat uit een bijzondere wet duidelijk de bedoeling van de wetgever blijkt. Dit kan betekenen dat in bijzondere wetten beperkende hardheidsclausules kunnen worden geschrapt, bijvoorbeeld het hierboven aangehaalde artikel 11.5 van de Wet studiefinanciering 2000, of daarin een doelstellingscriterium wordt opgenomen, dat wordt betrokken bij een belangenafweging. Met deze benadering wordt ook het wel gehoorde bezwaar weggenomen dat maatwerk leidt tot willekeur (en dat daarom strikte regeltoepassing de voorkeur verdient). Er is immers steeds sprake van een belangenafweging op basis van een bijzondere wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals uitgewerkt in de Awb. De Awb kan dan als vangnet dienen als de bijzondere wet onvoldoende kaders biedt of de hierboven voorgestelde aanpassing van hardheidsclausules en andere maatwerkbelemmerende bepalingen nog niet heeft plaatst gevonden.

Scheltema bepleit ook andere beginselen in de Awb op te nemen. Voor het gelijkheidsbeginsel doet hij aan het slot van zijn betoog een voorzet, die bij bijzondere omstandigheden een gedifferentieerde benadering, zo nodig in afwijking van een wettelijk voorschrift, voorschrijft. Hij neemt daarbij de voorwaarde op dat de bijzondere wet niet beoogt die bijzondere omstandigheden buiten beschouwing te laten. Daar zit hem de kneep: de discussie bij het al dan niet bieden van maatwerk is de uitleg van de bedoeling van de wet. Ik vraag mij daarom af wat zijn tekstvoorstel zou betekenen voor de toepassing van artikel 11.5 van de Wet studiefinanciering 2000 of hoe het zou uitpakken bij de oude uitleg van artikel 26 Awir. Naar mijn idee schiet de Awb te kort als in die wet erkend zou worden dat van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan worden afgeweken.

Afsluiting

Met het bovenstaande heb ik willen aangeven dat ik zeer eens ben met het doel dat Scheltema wil bereiken, maar anders denk over de weg waarlangs. Ik denk dat de uitvoering van wet- en regelgeving dient te worden gestuurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat geeft ruimte voor maatwerk. Maatwerk kan echter niet alle problemen oplossen. Er zullen altijd knelpunten zijn, mensen die net niet in aanmerking komen voor een bepaalde voorziening. Het is goed als uitvoeringsinstanties de ruimte benutten die ze hebben, maar daarnaast zullen de regels die ze uitvoeren zowel die ruimte moeten geven als de richting moeten bepalen voor het benutten ervan. Daartoe moeten zowel de Awb (niet alleen artikel 3:4) als verschillende bijzondere wetten worden aangepast.⁷ Alleen dan kan de legitimiteit van het openbaar bestuur worden behouden (of hersteld).

Marte van der Loop

december 2020

⁷ BZK heeft twee onderzoeken laten doen die voor deze wijzigingen kunnen worden gebruikt. Scheltema verwijst naar beide in zijn preadvies. Het eerste onderzoek, dat uit een tussenrapport en een eindrapport bestaat, is getiteld "Bestuursrecht op Maat", van prof. mr. Y.E. Schuurmans, dr. A.E.M. Leijten en mr. drs. J.E. Esser, verbonden aan de Universiteit Leiden. Hierin worden onder meer aanbevelingen gedaan voor aanpassing van de Awb. Het tweede onderzoek is getiteld "Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?", van prof. Anne Meuwese en prof. Johan Wolswinkel, verbonden aan Tilburg University. In dit onderzoek is onderzocht op welke wijze in bijzondere wetten maatwerk wordt beperkt of juist wordt gestimuleerd. Deze onderzoeken worden op korte termijn openbaar.