

Voorwaardelijke opzet van de wetgever

Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema

Prof.mr. S.E. Zijlstra*

Zoals altijd bij zijn geschriften, blinkt het preadvies van Scheltema uit door helderheid en overtuigingskracht. Na lezing vraagt de lezer zich af, waarom we dit eigenlijk al niet veel eerder hebben doorgevoerd. Toch betwijfel ik of dit de goede weg is om uit de problemen te komen.

Laat ik vooropstellen dat ik Scheltema's – overigens onderkoeld gebrachte – verontwaardiging over de gang van zaken bij de kinderopvangtoeslagen deel. Die verontwaardiging had hij al eerder publiekelijk onder woorden gebracht, namelijk in zijn lezing van 5 april 2019 onder de titel 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief'.¹ Ik ben ervan overtuigd dat die lezing een belangrijke factor is geweest in het 'omgaan' van de Afdeling op het punt van de 'alles-of-niets'-jurisprudentie.² Ik meen ook dat de gang van zaken bij de kinderopvangtoeslag niet alleen een zaak is van falende interne procedures bij de betrokken ministeries en controle door de Tweede Kamer, maar dat ook de wetgever, ja, *het recht* hier gefaald heeft, en dat we moeten bezien welke rol het recht heeft bij het voorkomen c.q. zo snel mogelijk redresseren van dergelijke misstanden.

Maar met de door hem aangedragen oplossing ben ik het niet eens. Kort gezegd wil Scheltema het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb ook een rol laten spelen bij door de wetgever in formele zin voorgeschreven gebonden besluitvorming. Ik denk dat het juridische veel ingewikkelder is dan hij doet voorkomen, gevolgen kan hebben die, zo wij ze al zouden willen, op zijn minst zouden moeten worden onderzocht en beoordeeld, en dat het ook niet nodig is.

Om welk probleem gaat het?

Scheltema hangt zijn preadvies op aan het probleem dat de wetgever niet alles kan voorzien. Nu is dat natuurlijk ook zo, en het wordt in wetgeversland algemeen onderkend. Het vormt de kern van het delegatievraagstuk, en heeft geleid tot tal van systeemoplossingen, zoals voorhangprocedures, open normen en zorgplichtbepalingen, hardheidsclausules, maar ook techniekonafhankelijke wetgeving etc. Maar het komt natuurlijk regelmatig voor dat de wet wél een gebonden besluitvorming voorschrijft. Het is volgens vaste jurisprudentie dan zo, dat de rechter de wet niet met een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waar het evenredigheidsbeginsel er één van is) opzij kan zetten.³ Nu is dat geen

* Sjoerd Zijlstra is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, hoogleraar Wetgevingskeer aan de Universiteit van Curaçao, en voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving.

¹ M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24.

² Zie mijn paper *Alles of niets. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019*, gepubliceerd als bijlage bij het rapport van de Onderzoekscommissie Kinderopvangtoeslag, en de in die paper aangehaalde literatuur.

³ Zie met name HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469 m.nt. Scheltema (Harmonisatiewet).

probleem als de wetgever iets aantoonbaar niet heeft voorzien; de rechter wordt dan niet belemmerd in het vinden van een rechtvaardige oplossing, want daar hoeft hij de (bedoeling van de) wet niet voor opzij te zetten.

Dat wordt al onderkend in het eerder aangehaalde Harmonisatiewetarrest, waar de Hoge Raad ruimte laat voor 'het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, en anderzijds: het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar tot stand komen in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de betrokken bepaling en staat de rechter ingevolge voormelde jurisprudentie vrij; het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge art. 120 Gr.w verboden.' Zie voor een geval waarin de gevolgen volgens de rechter niet door de wetgever waren verdisconteerd CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607.

Zou dus Scheltema's oplossing beperkt zijn tot gevallen waarin de wetgever iets niet voorzien heeft, dan is zij niet nodig.

Maar het probleem in zijn scherpste vorm gaat nu juist over gevallen die de wetgever wél heeft voorzien, maar die apert onrechtvaardig zijn. Nu zal de wetgever nooit zeggen: 'wij weten dat dit een regel is die tot apert onrechtvaardige uitkomsten kan leiden, maar wij doen het toch.' Het gaat veel meer om wat ik 'legislatieve voorwaardelijke opzet' zou willen noemen: in de klassieke formulering van de Hoge Raad⁴ stelt de wetgever zich 'willens en wetens bloot aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans' dat de apert onrechtvaardige uitkomst zich voordoet. Laat ik dat met een voorbeeld illustreren.

Voor chronisch zieken biedt de Wet langdurige zorg (Wlz) een verzekering. Deze wet voorziet in de verstrekking van voorzieningen zoals persoonlijke verzorging, verpleging, huishoudelijke hulp etc. Na een indicatie dat betrokkene één of meer bepaalde voorzieningen nodig heeft, kunnen die op twee manieren worden verstrekt: in natura, d.w.z. betrokkene krijgt de voorziening, bijvoorbeeld verpleegkundige zorg of huishoudelijke hulp rechtstreeks van een – via subsidie van de overheid betaalde - zorgaanbieder, of via een persoonsgebonden budget (PGB), d.w.z. dat betrokkene een bedrag krijgt om de voorziening zelf in te kopen. Kiest men voor een PGB, dan moet die worden verantwoord: aan de hand van uuroverzichten, facturen, bonnetjes etc. moet achteraf worden aangetoond dat het PGB ook daadwerkelijk aan de betrokken zorg is besteed.

Nu gaat daar – niet onvergelijkbaar met de papierwinkel rond de kinderopvangtoeslagen - wel eens iets mis. Als het bestuursorgaan concludeert dat de verantwoording niet – helemaal – is geslaagd, dan biedt de Wlz niet alleen een grondslag tot geheel of gedeeltelijke terugvordering van het PGB, maar bepaalt zij ook dat als betrokkene daarna nóg eens een

⁴ HR 9 november 1954, NJ 1955/55 (Cicero). Zie voor een modernere formulering HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718 (gevaarlijke hond).

PGB aanvraagt, die moet worden geweigerd (artikel 3.3.3. lid 5 Wlz).⁵ Daarmee staat voor betrokkene alleen nog zorg in natura open.

Op het eerste gezicht is dit geen onredelijk systeem: de verzekerde is kennelijk niet te vertrouwen met een PGB, dus moet hij of zij het voortaan maar met zorg in natura doen. Maar ook als het om een kleine fout in de verantwoording gaat, blijft betrokkene van een PGB verstoken. Ook bevat de wet geen termijn waarna wél weer een PGB kan worden verkregen; dat kan dus in beginsel voor altijd zijn. Op die manier kan deze wettelijke regel in bepaalde gevallen wél tot onredelijke resultaten leiden.

Het systeem van verplichte weigering van een PGB bij gebreken bestond ook vóór de inwerkingtreding van de Wlz, namelijk de op de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) gebaseerde Regeling subsidies AWBZ (Rsa). Hoewel de weigering in de Rsa net zo dwingendrechtelijk was geformuleerd als in de Wlz (artikel 2.6.4 lid 1 onder I Rsa), heeft de rechter zo nu en dan toch een belangenafweging voorgeschreven. Dat kon die rechter ook doen, omdat het bij de Rsa ging om een ministeriële regeling.⁶

Maar nu is het een wet in formele zin, de Wlz, die dit dwingendrechtelijk bepaalt. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wlz blijkt zonneklaar dat het de expliciete bedoeling van de wetgever is geweest een einde te maken aan de wijze waarop de rechter de weigering soms toetste:

“De regering stelt vast dat de met de regeling subsidies AWBZ beoogde invoering van een gebonden bevoegdheid van de uitvoerder niet het beoogde effect heeft gehad. Om die reden wordt er thans voor gekozen om de belangenafweging op het niveau van de wet zelve te beperken zodat er gebonden bevoegdheden ontstaan bij de toepassing van artikel 3.3.3, derde lid.”⁷

Scheltema's oplossing vereist wijziging constitutioneel recht

Hoe zou Scheltema's oplossing hier uitpakken? De rechter moet dan kijken naar artikel 3.3.3. lid 5 Wlz, en, als hij constateert dat daar niet 'In afwijking van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht...' staat, is hij gelegitimeerd is om een evenredigheidstoets toe te passen op de weigering van een PGB; dat wil bijvoorbeeld zeggen dat hij bepaalt dat het gebrek in de verantwoording te gering is om een PGB-weigering te kunnen dragen, of dat het na pak hem beet 3 jaar wel mooi is, en betrokkene dan toch weer voor een PGB in aanmerking moet kunnen komen. Hoe aantrekkelijk ook, dat past niet in ons constitutionele recht.

Misschien is het, in ieder geval theoretisch, geen doorbreking van de uitleg die de rechter tot dusverre aan artikel 120 Grondwet heeft gegeven, omdat het bij zijn benadering niet gaat om toetsing van een wet in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel, maar om toepassing

⁵ Artikel 3.3.3. lid 5 Wlz, aanhef en onder a, luidt: Het persoonsgebonden budget wordt in ieder geval geweigerd indien: [...] de verzekerde zich bij de eerdere verstrekking van een persoonsgebonden budget niet heeft gehouden aan de opgelegde verplichtingen.

⁶ De rechter had daarvoor nog een aanknopingspunt: artikel 4:35 Awb bevat een 'kan' bepaling, en een ministeriële regeling kan daar geen dwingendrechtelijke weigeringsgrond van maken. De CRvB vond artikel 2.6.4 onder I Rsa wél dwingendrechtelijk (CRvB 15 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1372).

⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33891, nr. 3, p. 158.*

van de wet, in dit geval artikel 3:4 lid 2 Awb. Het is een creatieve gedachte die, zou zij juist zijn, ook meteen een oplossing zou kunnen bieden voor de verboden toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet. Zou namelijk een wet tot stand komen waarin de grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet worden herhaald, dan zou de rechter voortaan de toepassing van alle bijzondere wetgeving kunnen toetsen aan de grondrechten. Als gezegd, een creatieve gedachte, maar zij is niet juist, en gelukkig maar.

We zagen dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd een belangenafweging onmogelijk te maken. Zeggen dat het ontbreken van 'in afwijking' meebrengt dat hij die evenredigheidstoets wel heeft gewild, is dus simpelweg onjuist. Scheltema's voorstel komt dan ook neer op een doorbreking van de *lex specialis*-regel, iets waar in het verleden wel eerder aandacht voor is gevraagd,⁸ maar wat nooit heeft postgevat in ons rechtsstelsel. En, als het om de Awb gaat, vergt zijn oplossing ook nog een doorbreking van de *lex posterior*-regel. Die regels bieden niet alleen een handvat voor wetsinterpretatie (in welk kader ze zijn ontwikkeld, of beter: ontdekt), maar ze zijn van groot belang in het kader van de democratische rechtsstaat, omdat ze de uitdrukking vormen van het legaliteitsvereiste, dat immers een specifieke basis voor het overheidsoptreden vereisen.

Scheltema stelt in zijn preadvies dat het democratiebeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, de drie beginselen die de achtergrond van het legaliteitsvereiste vormen, niet in het geding zijn dan wel juist beter gediend worden door zijn benadering.⁹

Het *democratiebeginsel* is volgens hem niet in het geding omdat de wetgever de onaanvaardbare gevolgen niet heeft overzien, en 'wat hij niet kan overzien, kan hij ook niet gewild hebben.' Als gezegd: als het probleem ziet vooral op situaties die de wetgever aantoonbaar wél onder ogen heeft gezien.

Het *rechtszekerheidsbeginsel* wordt volgens Scheltema juist beter gediend door de 'algemene hardheidsclausule' die een toepassing van artikel 3:4 meebrengt, omdat hij de burger de overheid 'steeds kan houden aan het beginsel dat hij geen onevenredig nadelige besluiten van de overheid hoeft te dulden.' Ik vraag me af of een algemene hardheidsclausule er niet toe leidt dat zij bij veel burgers de verwachting wekt dat de regeling jegens hen niet (onverkort) zal worden toegepast, ook als daarvoor geen gegronde reden bestaat.¹⁰ In die zin kan het net zo goed tot meer rechtsonzekerheid leiden.

Het ingewikkeldst ligt het wat betreft het gelijkheidsbeginsel. Ook daar wordt volgens Scheltema beter recht aan gedaan, omdat maatwerk recht doet aan de ongelijkheid

⁸ Konijnenbelt heeft in een voorstudie voor de Raad voor het binnenlands bestuur onderzocht of de Gemeentewet een bijzondere status kon krijgen (W. Konijnenbelt, *De Gemeentewet als "bijzondere wet": onderzoek naar de plaats van de Gemeentewet en andere organieke wetten in ons recht*, Den Haag: Rbb 1987). Zie verder C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, VAR-preadviezen 2000, VAR-reeks 124, Den Haag: BJU 2000, p. 7-43 en daarover S.E. Zijlstra, NTB 2000 nr. 4, p. 94-98.

⁹ En passant relateert Scheltema ook de waarde van de wet zelf: "Om het instrument van de wet goed bruikbaar te houden, zal de bindende werking ervan meer in de richting van de beleidsregel moeten gaan: een hoofdregel voor de meeste gevallen, maar die uitzondering moet leiden als de toepassing tot onaanvaardbare uitkomsten leidt."

¹⁰ Het gebruik van hardheidsclausules wordt in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar 5.25) dan ook ontraden vanwege het conflictopwekkend karakter.

van burgers, veel beter dan het rigide toepassen van de regel. Dit is, denk ik, de kern van de discussie over maatwerk in het bestuursrecht. Het gelijkheidsbeginsel is niet alleen in het geding als gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, maar ook als ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Hoe dat laatste te voorkomen zonder tot willekeur te vervallen,¹¹ is een vraag waarvan ik had gehoopt dat de Nationale ombudsman er in diens preadvies zou ingaan. Ik kan mij in ieder geval goed voorstellen dat de financieel sterkere en beter opgeleide burger eerder zijn weg weet te vinden naar de algemene hardheidsclausule dan de burger die er misschien wel het meest behoefte aan heeft.

Ik denk dan ook dat de oplossing die Scheltema aandraagt niet past in ons constitutionele recht, en, waar zij het primaat van de algemene wet boven de bijzondere wet poneert, ook tot onwenselijke gevolgen zou leiden. Gelukkig is zij ook niet nodig, zoals ik hieronder zal laten zien.

Scheltema's oplossing is niet nodig

Terug naar de Wlz. Vast staat dat het weigeren van een PGB wegens een gebrek in de verantwoording moet worden beschouwd als een sanctie: het is immers het onthouden van een aanspraak (een PGB) wegens een overtreding (van de regels omtrent verantwoording). Dat een PGB wordt geweigerd omdat in het verleden een gebrek in de verantwoording heeft plaatsgevonden, kan in eerste instantie worden gezien als een herstelsanctie, omdat hiermee wordt beoogd een nieuwe overtreding te voorkomen. Gaat het om een in een wet in formele zin voorziene, verplichte herstelsanctie, dan zal de rechter die naar Nederlands bestuursrecht niet mogen toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. artikel 3:4 Awb. Maar gaat het om een relatief klein gebrek in de verantwoording, dan kan worden betoogd dat de sanctie in een zo ver verwijderd verband staat tot de overtreding, dat zij als punitief moet worden opgevat. En dan brengt artikel 6 EVRM mee dat de waarborgen rond de criminal charge, waaronder volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk is. Iets vergelijkbaars speelt bij het geval waarin wel een ernstige, verwijtbare fout in de verantwoording heeft plaatsgevonden, en waar het bestuursorgaan vanwege die ene fout tot in lengte van jaren een PGB blijft weigeren. Ook dan *kan* de sanctie niet op herstel zijn gericht, en wordt zij dus punitief, met opnieuw een door het EVRM vereiste evenredigheidstoets.

Een ander anker waar de rechter in deze gevallen voor kan gaan liggen, is artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Volgens het EHRM gaat eigendom of 'possessions' niet alleen gaat over eigendom in de klassieke zin, maar ook over aanspraken tegenover de overheid. Een aanspraak op een PGB kan kwalificeren als een dergelijke (recht op) aanspraak, waarvan de beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving en proportioneel. Dat het wenselijk is om te voorkomen dat mensen misbruik maken van een PGB, en je dus een eerdere overtreding aan die aanspraak in de weg wilt doen staan, kan nog wel, maar tot in lengte van jaren zou disproportioneel kunnen worden.

¹¹ Zie daarover Y.E. Schuurmans e.a., *Bestuursrecht op maat*, Leiden 2020 en p. 11, en de daar aangehaalde literatuur.

Ook bij de 'alles-of-niets-benadering' van de Afdeling bestuursrechtspraak zou een dergelijke benadering kunnen voorkomen dat toepassing van de wet tot volstrekt onrechtvaardige uitkomsten leidt. In zijn meest scherpe vorm ging het om gevallen waarin de kinderopvangtoeslag in haar geheel moest worden terugbetaald, ook als stond tussen partijen vast dat een deel ervan was betaald aan de kinderopvang, en daarvoor ook kinderopvang was genoten. Het komt mij voor dat ten minste de terugvordering van het gedeelte aan toeslag waarvoor wel kinderopvang was betaald en genoten, moet worden beschouwd als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM, dan wel als een ontneming van een aanspraak in de zin van artikel 1, eerste Protocol, EVRM,¹² en om die reden een evenredigheidstoets rechtsvaardigde.

Interessante vraag is, of de rechter dit ambtshalve had moeten doen. Ik denk dat niet van de rechter kan worden gevergd dat hij bij een beroep op een rechtsregel die of rechtsbeginsel dat door de rechtzoekende wordt aangevoerd, moet gaan zoeken naar alle juridische bronnen waar die regel of dat beginsel geheel of gedeeltelijk is vastgelegd. Maar een ambtshalve toetsing aan de proportionaliteitseis die uit de grondrechten van het EVRM voortvloeit als de appellatant een beroep doet op het evenredigheidsbeginsel lijkt me niet teveel gevraagd. Ik vind het ook passen in de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters naar een meer op de aard van de betrokken belangen toegespitst procesrecht.

Slotsom

Dat wetten leiden tot apert onrechtvaardige uitkomsten hoort niet in een ordentelijke rechtsorde plaats te vinden. Scheltema zoekt terecht naar oplossingen om dergelijke situaties te voorkomen. Een dynamische uitleg van wetgeving is verstandig, maar daarvoor moet de wet wel ruimte bieden: een (dynamische) uitleg die haaks staat op de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, verdraagt zich niet met de huidige stand van de jurisprudentie (met name het Harmonisatiewetarrest). Of de door Scheltema voorgestelde benadering van artikel 3:4 Awb de juiste is, moet eveneens worden betwijfeld. Gelukkig zijn er andere – juridische – wegen die naar Rome leiden.

¹² Volgens de Afdeling zijn de voorschotten geen 'possession' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol, omdat de voorschotten geen eigendom vormen (ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445 en ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691). Dat het voorschot, dat toch echt op de bankrekening van betrokkene staat, geen eigendom is, valt te betwijfelen; in ieder geval kan verdedigd worden dat de aanspraak die de wet op kinderopvangtoeslag biedt, dat wel is.