

De minister van Binnenlandse
Zaken en Koninkrijksrelaties
mevr. mr. J. Uitermark
De staatssecretaris voor
Rechtsbescherming,
mr.dr. T. Struycken
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum

22 juli 2024

Contactpersoon

J.M.E. Smilde

Onderwerp

Versterking waarborgfunctie Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Geachte mevrouw Uitermark, geachte heer Struyken,

Bij brief van 2 februari 2024 verzochten de toenmalige minister voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Rechtsbescherming de Wetenschappelijke Commissie (hierna: WeCo) van de NVvR om te adviseren inzake het voorstel van de Wet versterking waarborgfunctie Awb (hierna: wetsvoorstel).¹ De WeCo maakt graag gebruik van de mogelijkheid om opmerkingen over het wetsvoorstel te maken, in de vorm van dit advies.

Het wetsvoorstel is al onderwerp van een zogeheten ‘preconsultatie’ geweest. Daarop heeft de WeCo per brief van 24 april 2023 schriftelijk gereageerd.² In die brief, die ook als bijlage bij dit advies wordt verstuurd, staan beschouwingen over diverse voorstellen die in het wetsvoorstel (nagenoeg) ongewijzigd terugkeren. De WeCo verwijst daarnaar. In dit advies beperkt de WeCo zich tot een aantal specifieke onderwerpen. De WeCo maakt daarbij ook enkele opmerkingen over het gebruik van algoritmen bij besluitvorming en bij controle en toezicht, mede naar aanleiding van het Reflectiedocument algoritmische besluitvorming en de Algemene wet bestuursrecht (verder: het reflectiedocument), voor zover relevant voor de waarborgfunctie van de Awb.

Allereerst vraagt de WeCo nogmaals aandacht voor de behoefte aan een bredere visie van de ministers op de functie van het bestuursprocesrecht (onderdeel A). Vervolgens besteedt de WeCo aandacht aan achtereenvolgens het evenredigheidsbeginsel (onderdeel B), het gebruik van algoritmen (onderdeel C), de mogelijkheid tot herstel van kennelijke fouten in besluiten (onderdeel D), de beoogde regeling voor het zoeken van een minnelijke schikking tijdens de bezwaarfase (onderdeel E), de (overschrijding van de) termijn voor het aanwenden

¹ Per 2 juli 2024 (installatie kabinet Schoof-I) is de minister voor Rechtsbescherming vervangen door de staatssecretaris voor Rechtsbescherming. Daarom richt de WeCo dit advies aan de minister van BZK en de staatssecretaris voor Rechtsbescherming.

² [Waarborgfunctie-Awb-def.pdf \(nvvr.org\)](#)

van rechtsmiddelen (onderdeel F), de burgerlus (onderdeel G) en de tussenuitspraak (onderdeel H).

Advies

A. Bredere visie op functie van bestuursprocesrecht

Algemene opmerkingen

Het wetsvoorstel strekt tot diverse aanvullingen en wijzigingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Sommige voorstellen, zoals die over artikel 3:4 lid 2 Awb, hebben betrekking op de inhoudelijke kant van de rechtsbescherming. Andere voorstellen, zoals die over artikel 7:4 Awb en artikel 8:29 Awb, betreffen het formele bestuursprocesrecht. Weer andere voorstellen, zoals die over het dienstbaarheidsbeginsel en de minnelijke oplossing van geschillen in bezwaar, zien vooral op de wijze waarop het bestuur met burgers zou kunnen of moeten communiceren.

Het wetsvoorstel heeft dus een nogal brede reikwijdte. Die omstandigheid noodzaakt, wat de WeCo betreft, tot het ontwikkelen van een bredere visie op de aard en functies van het bestuursprocesrecht. In haar brief van 24 april 2023 heeft de WeCo daarop al gewezen. Bij die gelegenheid verzocht de WeCo om de concepten wederkerigheid van rechtsbetrekkingen tussen burgers en de overheid en responsiviteit van bestuurshandelen nog eens te doordenken. Ook vroeg de WeCo aandacht voor de tendens om te besturen door middel van rechtstreeks de burger bindende algemene regels en de behoefte aan rechtsbescherming tegen gedigitaliseerde besluitvorming op basis van algoritmen.³

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel (hierna: mvt) ontwaart de WeCo geen gedachten over de zojuist aangestipte onderwerpen. De WeCo vindt dit teleurstellend, omdat er genoeg bouwstenen zijn voor het ontwikkelen van een bredere visie op het bestuursprocesrecht, teneinde dit toekomstbestendig te maken. In zoverre valt onder meer te wijzen op diverse documenten die recentelijk onder de vlag van de Vereniging voor bestuursrecht VAR (hierna kortweg: VAR) zijn verschenen; het preadvies van Van den Berge over responsief bestuursrecht (2020), het preadvies van Scheltema en Ippel over rechtsstatelijke zorgplichten (2023), de preadviezen over toetsing door de bestuursrechter (2024) en het rapport van een commissie onder leiding van staatsraad en hoogleraar Schueler over verbreding van rechtsmacht in de bestuursrechtspraak.⁴

Het rapport bevat voorstellen om de rechtsbescherming te verbeteren bij de toepassing van algemene regels en bij feitelijke handelingen in het kader van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen, en beschouwingen over het vraagstuk van de rechtsbescherming bij geautomatiseerde besluitvorming door middel van algoritmen. Diezelfde onderwerpen

³ Hierover hebben de ministers een reflectiedocument opgesteld. Dit document fungeert als bijlage bij het wetsvoorstel.

⁴ L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-61. M. Scheltema & M.H. Ippel, 'De rechtsstatelijke zorgplicht', in: *Zorgplichten in het bestuursrecht* (VAR-reeks 170), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 7-75. B.J. Schueler e.a., *Verbreding van bestuursrechtspraak. Noodzaak en consequenties van een groeimodel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming* (VAR-reeks 171), Den Haag: Boom juridisch 2023. J. Uzman e.a., *Toetsing door de bestuursrechter* (VAR-reeks 174), Den Haag: Boom juridisch 2024.

komen, al dan niet impliciet, terug in de proefschriften van Van Eck en Assink, en in een bundel ter nagedachtenis van de in 2023 overleden Schueler.⁵

Het ontbreken van een bredere en toekomstbestendige visie op het bestuursprocesrecht draagt bij aan het beeld dat het wetsvoorstel onevenwichtig is, ondanks de vele goede voorstellen die het bevat. In dit kader signaleert de WeCo dat nog veel onduidelijkheid bestaat over begrippen als 'responsief' en 'maatwerk'. Bovendien bestaat er een inherente spanning tussen enerzijds responsief recht, met de behoefte aan individuele rechtvaardigheid, die onder meer tot uitdrukking komt in een intensievere toepassing van het evenredigheidsbeginsel, en anderzijds het autonome recht, dat onder meer gericht is op uniformiteit (gewaarborgd door het gelijkheidsbeginsel en het willekeurverbod) en voorspelbaarheid (gewaarborgd door het rechtszekerheidsbeginsel).⁶ Daarom vergt het invoeren van op responsiviteit gerichte wetgeving een goede doordenking van wat daaronder moet worden verstaan en hoe dit wettelijk vorm kan krijgen. Daarbij hoort naar de mening van de WeCo ook de vraag te worden betrokken of maatwerkwetgeving, juist als die gericht is op specifieke groepen rechtzoekenden, in de Awb moet komen of juist beter in sectorale wetgeving, bijvoorbeeld het socialezekerheidsrecht.

Eenzijdige blik op een bepaalde categorie belanghebbenden

Het beeld van onevenwichtigheid wordt verder versterkt doordat het wetsvoorstel vooral de nadruk lijkt te leggen op rechtsbetrekkingen tussen kwetsbare burgers met weinig 'doenvermogen'⁷, die zichzelf minder goed staande kunnen houden in een bureaucratische samenleving, en machtige overheidsinstanties. Het bestuurs(proces)recht ziet echter op een grote verscheidenheid aan rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen. Er zijn particuliere instanties, met bedrijven die soms wereldwijd actief zijn, die zowel economisch als juridisch sterker lijken te zijn dan de overheid. Er zijn burgers die nadelige effecten van overheidshandelen ondervinden (zoals uitkeringsgerechtigden die met forse sancties worden bedreigd), maar ook burgers die voordelen krijgen (zoals vergunninghouders). Verder moet worden vastgesteld dat het bestuursprocesrecht ook te maken krijgt met drie- en meerpartijengeschillen, en aldus personen⁸ die op grond van artikel 8:26 lid 1 Awb als partijen bij de bestuursrechtelijke beroepsprocedure zijn betrokken (hierna: processuele derden).

Daarnaast moet men zich realiseren dat de besluiten waarover de bestuursrechter kan komen te oordelen, in aard, omvang en complexiteit verschillen. Naast besluiten over (sociale) uitkeringen en omgevingsvergunningen, moet ook worden gedacht aan onder meer besluiten (van de Autoriteit Consument en Markt) over fusies tussen ondernemingen of over de (appellabele) Netcode elektriciteit, aan tariefbesluiten van de Nederlandse Zorgautoriteit en over toelating van bestrijdingsmiddelen. Voor al deze besluiten dient de Awb een passend

⁵ B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluitvorming en rechtsbescherming* (diss. Tilburg), z.p. 2018. B. Assink, *Het recours objectief, een herwaardering* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022. B.J. van Ettehoven e.a. (red.), *Evenwichtig bestuursrecht. Voortbouwen op het wetenschappelijke werk van Ben Schueler*, Den Haag: Boom juridisch 2024.

⁶ Vgl. bijv. L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: Van Ettehoven e.a. 2024 (voetnoot 4), p. 3-31; J. Nijland e.a., 'Van monoloog naar dialoog', in: Uzman e.a. 2024 (voetnoot 4), p. 107-221; D. Brugman, 'Met dialogen naar maatwerk', *NTB* 2024/174.

⁷ Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid (WRR), *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (rapport nr. 97), Den Haag: WRR 2017, p. 24.

⁸ Hierbij kan het gaan om natuurlijke personen, maar ook om rechtspersonen zoals vennootschappen, stichtingen en verenigingen (in de zin van zowel art. 1:2 lid 1 Awb als art. 1:2 lid 3 Awb).

kader te bieden. In dit kader vraagt de WeCo ook aandacht voor de gedachte die ten grondslag ligt aan de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht als een geding tussen twee min of meer gelijkwaardige partijen, op basis van wat tijdens de parlementaire behandeling is geschreven en gezegd over – met name het eerste lid van – artikel 8:69 Awb. De vraag is of de ministers die gedachte nog onverkort houdbaar vinden, getuige de nadruk die zij in het wetsvoorstel en de mvt op de preciaire positie van kwetsbare burgers hebben gelegd. Daarom verdient het aanbeveling om in de mvt stil te staan bij zaken als ongelijkheidscompensatie – ook wel, veelzeggend, aangeduid als ‘lekenbescherming’⁹ – bij het aanvullen van rechtsgronden (artikel 8:69 lid 2 Awb) en feiten (artikel 8:69 lid 3 Awb).

Kwetsbare personen

Overigens geeft de toelichting weinig informatie over de achtergronden van kwetsbare personen¹⁰ die vaak weinig taalkundige en/of digitale vaardigheden hebben.¹¹ Daarvoor heeft de WeCo bij herhaling, in meer adviezen, aandacht gevraagd.¹²

Voor kwetsbare personen in de zojuist bedoelde zin – dat zijn er heel veel – is het van groot belang dat de overheid eenvoudig bereikbaar en ook overigens goed toegankelijk is. Dit wordt niet zozeer bereikt met meer en/of andere wettelijke regels, maar veeleer door het gedrag van overheidsmedewerkers met gevoel voor de menselijke maat. Het gaat om zaken als werkelijk goed bereikbaar zijn voor burgers, in begrijpelijke taal met burgers communiceren, welwillend met burgers omgaan en burgers persoonlijk benaderen – zeker als zij verstrikt dreigen te raken in onpersoonlijke digitale systemen.¹³ Die noties zijn belangrijk bij het operationaliseren van onder meer het dienstbaarheidsbeginsel als bedoeld in artikel 2:4a van het wetsvoorstel, een codificatie waarmee de WeCo op zichzelf kan instemmen.

Bij de menselijke maat hoort ook dat de overheid burgers met een gering(er) eigen handelingsvermogen voor vol aanziet en hen ook als zodanig behandelt. Het wetsvoorstel ademt echter, naar het gevoel van de WeCo, een geest van betutteling.

Redzame burgers

De WeCo waardeert op zichzelf de intentie om bij burgers voor wie dat nodig is een gebrek aan handelingsvermogen te compenseren. Zo’n compensatie is echter niet nodig bij burgers

⁹ A. Mallan, *Lekenbescherming in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

¹⁰ Daarbij gaat het niet alleen om individuele burgers, maar ook om personen – al dan niet verenigd in de vorm van een vennootschap onder firma of een andere economische eenheid zoals een kleine besloten vennootschap – in hun hoedanigheid van exploitanten van een bedrijf met een bescheiden omzet.

¹¹ Nader bijv. L.M. Koenraad, ‘Zoekt en gij zult vinden. Elektronische bekendmaking van besluiten: risico’s en kansen’, in: B. Aarras e.a. (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 167-185; L. van den Eynde & M. Meulebrouck, *Digitalisering van de overheid. Kan de burger het nog volgen?*, *Tijdschrift grondrechten en armoede* 2023/1, p. 26-38. Beide bijdragen zijn geïnspireerd door EHRM 16 februari 2021, nr. 19732/17 (*Landgoed Steenberg*), AB 2021/232, m.nt. T. Barkhuysen e.a.; over een elektronisch bekendgemaakt besluit dat pas na het verstrijken van de beroepstermijn onder ogen van belanghebbenden kwam.

¹² Advies van 15 april 2016, Advies over het Conceptwetsvoorstel tot wijziging van afdeling 2.3 van de Algemene wet bestuursrecht (Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer).

¹³ Leo Damen, emeritus-hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen, spreekt in dit verband steevast over ‘lost in transition’. Zie bijv. L.J.A. Damen, ‘Is de burger triple A: alert, argwanend en assertief, of raakt hij lost in transition’, in: *Vertrouwen in de overheid* (VAR-reeks 160), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 7-103.

(bijvoorbeeld ondernemers) en particulieren (instellingen, ondernemingen en dergelijke entiteiten¹⁴) die zichzelf in het maatschappelijk en bureaucratisch verkeer goed (en soms uitstekend) kunnen redden, mede omdat zij zich weten te verzekeren van ondersteuning door advocaten, accountants en andere adviseurs.¹⁵ Sterker, redzame burgers kunnen, juist vanwege hun (digitale) vaardigheden en al dan niet ingeschakelde juridische (en andere specialistische) ondersteuning, zand in de overheidsmachine strooien, bijvoorbeeld door het verzenden van grote hoeveelheden verzoeken om openbaarmaking van documenten¹⁶ zonder hiervoor veel inspanningen te verrichten.¹⁷

Van de zojuist bedoelde burgers en particuliere entiteiten mag normatief voldoende handelingsvermogen worden verlangd. Zonder dat vermogen kunnen zij immers ook niet naar behoren deelnemen aan het economisch en maatschappelijk verkeer met andere burgers. In rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling vormt gebrek aan handelingsvermogen in het algemeen geen geldige reden om rechtsregels te negeren. Wie in een contractuele verhouding met een andere burger wanprestatie pleegt of de maatschappelijke zorgvuldigheidseisen niet in acht neemt, kan zich niet disculperen door zich te beroepen op gebrek aan ‘handelingsvermogen’, waarbij geldt dat bij het bepalen van wat van iemand verwacht mag worden rekening wordt gehouden met geobjectiverde kenmerken.

De WeCo meent dat burgers die iets van de overheid vragen – zoals een subsidie, vergunning of ontheffing – ook een eigen verantwoordelijkheid hebben en hierop mogen worden aangesproken.¹⁸ Daarom ziet de WeCo niet meteen in waarom een burger van wie in het rechtsverkeer met (andere) burgers een bepaalde mate van zorgvuldigheid wordt verwacht, in het contact met de overheid zich slordig zou mogen gedragen en daarmee weggkomen – mogelijk ten nadele van burgers die zich wel aan de regels houden.¹⁹ In dit kader wijst de WeCo op recente jurisprudentie van de strafrechter over verschoonbaarheid van termijnoverschrijdingen: de Hoge Raad (hierna: HR) sluit zich nadrukkelijk niet aan bij de lijn die de bestuursrechters op dit punt hebben ontwikkeld.²⁰ De HR hecht veel waarde aan het algemeen belang en belangen van processuele derden²¹ bij voorspelbaarheid en rechtszekerheid.

Processuele derden

De WeCo mist in het voorstel aandacht voor de positie van processuele derden, dit wil zeggen: personen die op grond van artikel 8:26 lid I Awb als partijen aan de bestuursrechtelijke beroepsprocedure meedoen. Daarbij is van belang dat veel besluiten vaak

¹⁴ Zie hiervoor, voetnoot 9: met name vennootschappen onder firma en besloten vennootschappen.

¹⁵ Daarbij valt te denken aan de hierboven genoemde geschillen in het economisch-regulerend bestuursrecht.

¹⁶ Op grond van de Wet open overheid (Woo).

¹⁷ Koenraad 2022 (voetnoot 8), p. 180-183. Daar noemt de auteur ook het voorbeeld van een burger die, met behulp van Google, zienswijzen naar voren brengt over allerlei voornemens om vergunning voor infrastructurele projecten te verlenen.

¹⁸ Scheltema en Ippel 2023 (voetnoot 2), p. 25-28.

¹⁹ Een discussie over burgerschapsplichten – of burgerschapslasten – valt buiten het bestek van dit advies. Het gaat de WeCo erom dat de ministers in de mvt een coherente visie op (de grenzen van) responsief bestuursrecht ontwikkelen.

²⁰ HR 13 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:189. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Keulen (ECLI:NL:PHR:2023:1234).

²¹ In het bestuursrecht zijn dit personen die op grond van art. 8:26 lid I Awb als partijen aan het geding deelnemen.

niet zo zeer rechtstreeks strekken ter behartiging van het algemeen belang, maar veeleer dienen om een particuliere activiteit – ten gunste van één of meer personen²² – te toetsen aan het algemeen belang.

Daarbij wijst de WeCo erop dat het tijdens de loop van de rechtsbeschermingsprocedure mogelijk is dat de posities van partijen wisselen. De vergunninghouder die processuele derde tijdens de bezwaarprocedure was, kan eiser tijdens de beroepsprocedure worden, als het bestuursorgaan – op grondslag van het bezwaar van een omwonende – besluit de gevraagde vergunning alsnog te weigeren.²³

Conclusie

Verantwoord sleutelen aan bepalingen van de Awb die zien op rechtsbescherming tegen de overheid, noodzaakt tot het zorgvuldig doordenken van onderwerpen als partijengeding, ambtshalve toetsing, ongelijkheidscompensatie (lekenbescherming), burgerschapsplichten (burgerschapslasten) en meerpartijengeschillen. Naar de overtuiging van de WeCo geeft de mvt onvoldoende blijk van zulke reflecties.

Het kan zijn dat de ministers de responsiviteit van het bestuursprocesrecht – om diverse redenen – zo snel mogelijk willen verhogen, en zich om deze reden geen tijd (willen) gunnen voor een fundamentele herbezinning op de aard en de functies van bestuursprocesrecht en bestuursrechtspraak. In dat geval is het zaak om zorgvuldig na te gaan welke maatregelen binnen het huidige wettelijk kader en zonder afbreuk te doen aan de uitgangspunten en de systematiek van de Awb kunnen – of, naar de mening van de ministers, moeten – worden getroffen. En daarbij zou dus ook nadrukkelijk moeten worden gezien of een oplossing voor een gesignaleerd probleem in sectorale wetgeving mogelijk is.²⁴

In dit kader signaleert de WeCo dat bestuursorganen met nieuw beleid – maar zonder wijziging van de Awb – al veel kunnen bereiken, zoals onder meer experimenten met informele afhandeling van bezwaren laat zien.²⁵ Verder valt te denken aan het wijzigen van sectorale regelgeving, zoals het – door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geïnitieerde – voorstel voor evenredig maatwerk bij uitvoering van regelgeving in het sociale domein.²⁶ Daarbij beseft de WeCo dat zowel specifiek beleid als sectorale regelgeving kunnen leiden tot allerlei complicaties en onduidelijkheden.

²² Dit zijn vaak rechtspersonen (vennootschappen) die een bedrijf exploiteren. Vgl. ook voetnoot 9.

²³ In dat geval verandert ook de positie van de omwonende; hij was bezwaarmaker (en tegenstander van het bestuursorgaan, dat een vergunning heeft verleend) en wordt processuele derde (en medestander van het bestuursorgaan, dat een vergunning heeft geweigerd).

²⁴ Aldus ook bijv. M. Ippel in zijn bijdrage aan de vijfde Scheltema-lezing, die plaatsvond op 5 april 2024. De tekst van die lezing is nog niet gepubliceerd. De videoregistratie terugkijken kan wel: <https://www.verenigingvoorbestuursrecht.nl/category/algemeen> (13 april 2024).

²⁵ Zie bijv. A.G. Mein & A.T. Marseille, *Onderzoek informele aanpak bij bezwaar. Werkpakket 5: afsluitende rapportage*, Amsterdam: Hogeschool van Amsterdam 2020.

²⁶ De Wet handhaving sociale zekerheid; <https://www.internetconsultatie.nl/handhavingsocialezekerheid/b1>.

B. Evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 Awb)

Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel voorziet in een toevoeging van een tweede zinsnede aan het tweede lid van artikel 3:4 Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel is gecodificeerd. Die zinsnede luidt: “ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt”.

Daarmee willen de ministers besluiten op basis van een gebonden bevoegdheid vatbaar maken voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Realisering van die wens leidt tot doorbreking van het specialiteitsbeginsel zoals neergelegd in de tweede zinsnede van het eerste lid van artikel 3:4 Awb. Het specialiteitsbeginsel beperkt de plicht tot het maken van een belangenafweging, in die zin dat het bestuursorgaan niet alle belangen bij de afweging mag betrekken.²⁷

Die plicht tot het maken van een belangenafweging wordt gezien als een verschijningsvorm van het zorgvuldigheidsbeginsel. Mede op grond van de wetsgeschiedenis van artikel 3:4 Awb is tot nu toe altijd aangenomen dat uit de systematiek van deze bepaling voortvloeide dat slechts een besluit dat op grond van een discretionaire bevoegdheid is genomen, aan het evenredigheidsbeginsel mag worden getoetst.²⁸ Een gebonden bevoegdheid betekent immers een beperking in de zin van artikel 3:4 lid I Awb, zodat geen ruimte meer voor een belangenafweging bestaat. En alleen op de uitkomst van een belangenafweging die onderdeel is geweest van de besluitvorming kan het evenredigheidsbeginsel worden toegepast²⁹. Bij gebonden besluiten heeft de regelgever de belangenafweging in abstracto gemaakt.

De ministers willen met deze interpretatie van artikel 3:4 Awb breken.³⁰ De verklaring daarvoor is dat volgens de mvt³¹ anders “evidente onevenredigheden” in stand blijven. Het is de bedoeling dat de verruimde werking van het evenredigheidsbeginsel als “veiligheidsventiel” gaat werken “op deze manier”, maar alleen in gevallen waarin “mechanische regeltoepassing” leidt tot een onevenredige uitkomst. Deze verruiming ziet (alleen) op de toetsing van besluiten die zijn genomen op grond van gebonden bevoegdheden in een wet in formele zin, omdat volgens de voorgestelde toelichting voor lagere regelgeving het evenredigheidsbeginsel (al) “onverkort” geldt.³²

De rechtspraak van de hoogste bestuursrechters

Bestuursrechters toetsen besluiten tegenwoordig intensief en indringend aan het evenredigheidsbeginsel. Zij hebben de door de HR ontwikkelde marginale toetsingsdoctrine

²⁷ Nader bijv. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2024 (achtste druk), par. 8.3.3, p. 354.

²⁸ Al is deze interpretatie beargumenteerd bestreden door m.n. M. Scheltema; zie ‘Een wet van Meden en Perzen. Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht’, in: *Wetgeving en uitvoering* (preadviezen Vereniging voor Wetgeving), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2020, p. 15-57, i.h.b. p. 40-46.

²⁹ Zie ABRvS 2 februari 2022 ECLI:NL:RVS:2022:285; ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772. Vgl. ook CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:BB:2024:190. Nader bijv. J.L. Verbeek, ‘Op weg met evenredigheid’, *JBPlus* 2023/11 en de daarin aangehaalde bronnen.

³⁰ mvt p. 10

³¹ mvt, p. 10.

³² mvt, p. 11

definitief verlaten³³. In drie uitspraken³⁴ is een sluitend systeem van toetsing ontwikkeld, dat ook de toetsing omvat van besluiten die op grond van een gebonden bevoegdheid zijn genomen, zelfs als die bevoegdheid in een wet in formele zin is opgenomen.³⁵ In essentie hanteren de bestuursrechters in dat geval dezelfde maatstaf als de civiele kamer van de HR bij het afwijken van een wet informele zin met toepassing van de redelijkheid en billijkheid. De toetsing van besluiten die zijn genomen op grond van een gebonden bevoegdheid worden in dit systeem niet getoetst aan het geschreven evenredigheidsbeginsel, vanwege de hiervoor besproken beperking die voortvloeit uit het eerste lid van artikel 3:4 Awb, maar aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel. Strikt genomen betreft het dus een toetsing *contra legem* die ook wordt gebruikt bij toetsing aan het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel van dergelijke besluiten.

Bij de toetsing van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel blijft dus wel verschil bestaan tussen besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid³⁶ en besluiten die berusten op een gebonden bevoegdheid.³⁷ In de uitspraak van 26 maart 2024³⁸ is daarvoor de eis ontwikkeld dat alleen van onevenredigheid sprake kan zijn ingeval van bijzondere omstandigheden, een criterium dat niet van toepassing is bij de toetsing van besluiten op grond van een discretionaire bevoegdheid. Bij een wet in formele zin geldt de stringentere eis dat sprake moet zijn van niet-verdisconteerde omstandigheden.

Het door de hoogste bestuursrechters ontwikkelde systeem voorziet ook in de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften anders dan wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel.³⁹ Die toetsing wordt systematisch ingepast in en afgebakend van de toetsing van rechtstreeks appellabele besluiten.

In dit door de hoogste bestuursrechters ontwikkelde stelsel wordt het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet (uiteraard) in acht genomen. De rechtstreekse toetsing van besluiten die berusten op dwingende bepalingen in wetgeving in formele zin gaat niet verder dan, maar wordt precies gelijkgetrokken met, de mate waarin de burgerlijke rechter op grond van maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarvan mag afwijken.⁴⁰ Het criterium daarvoor, namelijk dat sprake moet zijn van door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden, is afkomstig uit de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad in het kader van de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴¹ De civiele rechtspraak past deze afwijking van dwingende wetten in formele zin terughoudend toe⁴². In het bestuursrecht waren al vergelijkbare terughoudende criteria ontwikkeld om af te wijken van dwingend recht in wetten in formele zin, zoals bijvoorbeeld uitgebreid besproken door advocaat-generaal Keus in de conclusie bij het Bosentan-arrest⁴³.

³³ Voor de ontwikkeling van deze rechtspraak zie Verbeek 2023 (voetnoot 27).

³⁴ Zie voetnoot 27.

³⁵ Voor het socialezekerheidsrecht zie de annotatie van A.M.A.G. Beers & L.M. Koenraad onder USZ 2024/135 (CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:BB:2024:190).

³⁶ Met in ieder geval beleidsruimte voor het bestuursorgaan.

³⁷ Met hoogstens beoordelingsruimte van het bestuursorgaan.

³⁸ ECLI:NL:CBB:2024:190.

³⁹ Lees in dit verband bijv. de annotatie van M. van Zanten onder AB 2024/164 (CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190).

⁴⁰ Zie de artikelen 6:2 en 6:248 van het Burgerlijk Wetboek.

⁴¹ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Bosentan*), HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenschip*)

⁴² Zie de conclusie van advocaat-generaal Snijders, ECLI:NL:RVS:2022:1441

⁴³ [ECLI:NL:PHR:2014:1745](https://www.eclinet.nl/ECLI:NL:PHR:2014:1745).

Naar de mening van de WeCo wordt zo in de rechtspraak recht gedaan aan de machtscheiding in het Nederlands staatsbestel.

Kritiek op het wetsvoorstel: toepassingsbereik van artikel 3:4 lid 1 Awb

Als de ministers willen dat het evenredigheidsbeginsel als toetsingsnorm gaat gelden voor alle besluiten – ook als het bestuursorgaan hierbij niet beschikt over beleidsruimte – juicht de WeCo dit toe. In dat geval moet het bestuursorgaan immers al tijdens de besluitvormingsfase steeds rekening houden met bijzondere feiten en omstandigheden die een maatregel ongeschikt, niet noodzakelijk en/of onevenwichtig maken, wat het laatste betreft ook bij gebonden besluitvorming.⁴⁴ De WeCo beschouwt dit als winst, uit een oogpunt van maatwerk en materiële rechtvaardigheid. Het staat echter, in ieder geval voor de WeCo, niet vast dat de ministers het evenredigheidsbeginsel inderdaad zo'n reikwijdte willen geven. De formulering van artikel 3:4 lid 2 Awb is namelijk nogal opmerkelijk. Door slechts het tweede lid van artikel 3:4 Awb te wijzigen, zaaien de ministers verwarring over de betekenis van artikel 3:4 lid 1 Awb. De mvt schenkt op dit punt geen klare wijn. Ook ontbreekt een beschouwing hoe bestuursorganen het evenredigheidsbeginsel als afwijkingsclausule bij gebonden bevoegdheden moeten gebruiken. De WeCo komt daar verderop in dit advies op terug.

In dit kader constateert de WeCo dat de stelling over het in stand blijven van “evidente onevenredigheden” slechts wordt onderbouwd met een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS), die ziet op de toetsing van de uitoefening van een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin, die bovendien niet was voorzien van een hardheidsclausule.⁴⁵ Inderdaad kan daarvan alleen in zwaarwegende gevallen worden afgeweken.⁴⁶

Veel gebonden besluiten vinden hun grondslag echter in een algemeen verbindend voorschrift dat niet door de formele wetgever is vastgesteld; zo'n algemeen verbindend voorschrift zal hierna worden aangeduid als bestuursregelgeving.⁴⁷ Een bestuursorgaan mag slechts afwijken van een dwingend geformuleerde wet in formele zin als blijkt dat sprake is van een bijzondere omstandigheid waarmee de wetgever geen rekening heeft gehouden; die voorwaarde staat ook wel bekend als het verdisconteringscriterium. Dat ligt anders voor bestuursregelgeving. Daar geldt het verdisconteringscriterium niet; op grond van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel mag een bestuursorgaan afwijken van dwingend geformuleerde bestuursregelgeving als onverkorte toepassing voor de burger onevenwichtige gevolgen krijgt als gevolg van bijzondere omstandigheden. Voor de volledigheid merkt de WeCo hierbij op dat het voor de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel ook nog verschil kan maken of deze lagere algemeen verbindende

⁴⁴ Zie de jurisprudentie die is aangehaald in voetnoot 27.

⁴⁵ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

⁴⁶ Het criterium daarvoor – een de wetgever niet verdisconteerde omstandigheid – is afkomstig uit de rechtspraak van de civiele kamer van de HR in het kader van de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*); HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Bosentan*); HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenschip*).

⁴⁷ In navolging van L.A. van Heusden, *Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Naar een intensievere toetsing?* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2022. Het gaat om regelgeving die is vastgesteld door een instantie die moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb. Dit betekent dat ook decentrale verordeningen – die worden vastgesteld door onder meer provinciale staten en de gemeenteraad – moeten worden aangemerkt als vormen van bestuursregelgeving.

voorschriften afkomstig zijn van een gekozen orgaan, zoals bijvoorbeeld provinciale staten of een gemeenteraad, of bijvoorbeeld een minister.⁴⁸

De ministers veronderstellen ten onrechte dat de in artikel 3:4 lid 1 Awb besloten liggende beperking slechts geldt voor besluiten die berusten op een wet in formele zin. Artikel 3:4 lid 2 Awb geldt dus niet “onverkort” voor besluiten die berusten op dwingende geformuleerde bestuursregelgeving, anders dan de toelichting suggereert. Integendeel, artikel 3:4 lid 2 Awb is hier *niet* op van toepassing vanwege de beperking in het eerste lid van artikel 3:4 Awb. In de rechtspraak wordt daarom de uitoefening van deze bevoegdheden alleen getoetst aan het *ongeschreven* evenredigheidsbeginsel.⁴⁹ Die toetsing is echter beperkter van aard dan de toetsing aan het geschreven evenredigheidsbeginsel, omdat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden die tot onevenwichtigheid van het besluit leiden.

Overigens moet rechtstreekse toetsing van appellabele besluiten⁵⁰ worden onderscheiden van de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften⁵¹ door de bestuursrechter. De exceptieve toetsing gebeurt ook aan het evenredigheidsbeginsel.⁵² Daarvoor geldt wel weer het geschreven evenredigheidsbeginsel, gezien het bepaalde in artikel 3:1 Awb.⁵³ Wetgeving in formele zin wordt uiteraard niet exceptief getoetst, anders dan op grond van artikel 93 van de Grondwet.

Het vorenstaande maakt dat onduidelijk is wat de wetgever nu wil bereiken met de beoogde wijziging van artikel 3:4 lid 2 Awb. Is het inderdaad de bedoeling dat alle besluiten aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst, ongeacht het antwoord op de vraag of (a) de bevoegdheid discretionair dan wel gebonden is, en (b) het gaat om een gebondenheid krachtens een wet in formele zin of bestuursregelgeving? En is het de bedoeling dat alleen als het om een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin betreft er een beperking aan de toetsing is, namelijk tot gevallen waarin niet-verdisconteerde omstandigheden tot onevenredigheid leiden?

Kritiek op het wetsvoorstel: Unierecht

De WeCo signaleert dat het wetsvoorstel noch de mvt rekening houden met de specifieke, beperkte, uitleg van het evenredigheidsbeginsel van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) bij de toepassing van dwingend geformuleerde Unierechtelijke regels. In zoverre verwijst de WeCo naar de kritische annotatie van R. Ortlep, en de daar aangehaalde bronnen, onder een arrest van het HvJEU van 21 maart 2024 en een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 23 april 2024.⁵⁴ De uitspraak waarnaar de ministers in de mvt verwijzen⁵⁵, behelst een prejudiciële vraag die het HvJEU op 21 maart 2024 beantwoordde.⁵⁶ In zijn annotatie betoogt Ortlep met kracht van argumenten dat de door de ministers voorgestane formulering van art. 3:4 lid 2 Awb zal leiden tot

⁴⁸ Zie ook hiervoor, voetnoot 45.

⁴⁹ CBB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190.

⁵⁰ Art. 8:1 Awb.

⁵¹ Vgl. art. 8:3 lid 1 onder a Awb.

⁵² HR 19 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*)

⁵³ Art. 3:4 lid 2 Awb vormt een onderdeel van afd. 3.2 Awb, en de aard van algemeen verbindende voorschriften verzet zich niet tegen toetsing aan het geschreven evenredigheidsbeginsel.

⁵⁴ AB 2024/161, m.n. punt 3. Onder HvJEU 21 maart 2024, ECLI:EU:C:2024:261 (CBB); CBB 23 april 2024, ECLI:NL:CBB:2024:290.

⁵⁵ ABRvS 16 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3273.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2024:261.

complicaties bij het toetsen van besluiten die hun grondslag vinden in Unierecht dat bestuursorganen geen beleidsruimte verschaft.

Evenredigheidsbeginsel en het bestuur

Voor zover het gebonden besluitvorming op basis van lagere wetgeving (dan wetten in formele zin) betreft, merkt de WeCo ook nog op dat de voorgestelde toelichting geen antwoord geeft op de vraag of een wettelijke afwijkingsbevoegdheid op grond van het evenredigheidsbeginsel ook aan de uitvoerende bestuursorganen toekomt. Aangezien artikel 3:4 van toepassing is op het nemen van besluiten is dat wetsystematisch wel het geval. De WeCo verwacht dat de mvt aandacht besteedt aan de vraag hoe bestuursorganen hiermee om moeten gaan. Het intensievere gebruik van het evenredigheidsbeginsel wordt immers gezien als een belangrijk instrument voor het leveren van juridisch maatwerk.

Naar aanleiding van de opmerkingen in het reflectiedocument over besluiten die zijn genomen op basis van zogeheten “zwart-wit-regels”, wil de WeCo de vraag opwerpen hoe deze manier van besluitvorming valt te verenigen met de wens tot responsief handelen en het leveren van maatwerk door het openbaar bestuur. Zoals hiervoor al geconstateerd, is responsiviteit en maatwerk immers vooral mensenwerk. De WeCo begrijpt de noodzaak tot volledig geautomatiseerde besluitvorming door bijvoorbeeld de Belastingdienst en de SVB bij de uitvoering van regels die (zeer) grote aantallen gevallen betreffen. Het aantal besluiten dat tot geschillen leidt, is bovendien procentueel vaak zeer beperkt. Dit maakt geautomatiseerde besluitvorming niet alleen noodzakelijk om tijdig besluiten te kunnen nemen, maar ook aanvaardbaar aangezien tijdens de bezwaarfase – op verzoek van belanghebbenden – alsnog maatwerk kan worden geleverd.

Het vorenstaande betekent wel dat de bezwaarprocedure gericht moet zijn op een laagdrempelige en klantgerichte manier om geschillen zo veel en snel mogelijk op te lossen. Anders komt de druk om maatwerk te leveren, bijvoorbeeld door toepassing van het evenredigheidsbeginsel, bij de rechtspraak te liggen. Hoe dan ook mist de WeCo een beschouwing hoe het bestuur het evenredigheidsbeginsel moet hanteren als algemene hardheidsclausule bij besluiten die worden genomen op basis van gebonden bevoegdheden. De WeCo hecht er verder aan op te merken dat juist als het bij de uitvoering van wetgeving om grote aantallen gaat, het van groot belang is dat het uitvoeringsbeleid al voorziet in een evenredige uitleg en toepassing van de betrokken regels. Het toeslagenschandaal had voorkomen kunnen worden als daarvan sprake was geweest. De WeCo ziet dit helaas niet terug in het wetsvoorstel en evenmin in de toelichting, ook al is het geschreven evenredigheidsbeginsel wel van toepassing op besluiten houdende algemeen verbindende voorschriften. Hebben de ministers overwogen om de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor de uitleg en uitvoering van regelgeving ook in de Awb op te nemen?

Evenredigheidsbeginsel en de regelgever

De WeCo hecht eraan op te merken dat een verruimde werking van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden regelgeving regelgevers niet ontslaat van de plicht algemeen verbindende voorschriften zorgvuldig tot stand te brengen en daarbij belangen zorgvuldig in kaart te brengen en af te wegen. Het ontnemt ook niet het belang aan specifieke hardheidsclausules in regelgeving. Naar blijkt uit de uitspraak van de Centrale Raad

van Beroep van 18 april 2024⁵⁷ kan ook in het kader van hardheidsclausules aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst. Evenmin neemt het belang bij evenredige wetsinterpretatie door zowel het bestuur als de rechter af. Het evenredigheidsbeginsel kan bij de uitoefening van gebonden bevoegdheden juist vanwege de verhouding tussen regelgever en rechter alleen in bijzondere gevallen een veiligheidsventiel zijn.

Hercodificatie van het evenredigheidsbeginsel: een voorstel

De WeCo denkt dat er een betere manier bestaat om tot uitdrukking te brengen dat het evenredigheidsbeginsel dezelfde status krijgt als andere gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur. In dit verband wijst de WeCo de ministers op een door M. Scheltema gedaan tekstvoorstel voor een nieuw artikel 3:4a Awb:

“Indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen.”⁵⁸

De eis van een belangenafweging, inclusief de beperking daarop vanwege het specialiteitsbeginsel, die nu in het eerste lid van artikel 3:4 Awb is gecodificeerd, zou als verschijningsvorm van het zorgvuldigheidsbeginsel in of bij artikel 3:2 Awb kunnen worden opgenomen. De mvt zou dan tot uitdrukking kunnen brengen dat de tot nu toe gangbare interpretatie van het specialiteitsbeginsel wordt verlaten en dat alle besluiten aan het evenredigheidsbeginsel kunnen worden getoetst, zij het niet steeds op dezelfde wijze, gezien de verschillen tussen discretionaire en gebonden bevoegdheden en daarbinnen tussen wetten in formele zin en andere algemeen verbindende voorschriften.

De WeCo acht deze ruimere werkingssfeer van het evenredigheidsbeginsel gewenst, omdat bestuursrechtelijke regelgeving meestal op een (zeer) groot aantal gevallen van toepassing is gedurende een lange periode. Geen enkele regelgever kan bij het vaststellen van een algemeen verbindend voorschrift elk specifiek geval voorzien dat onder een door hem geformuleerde regel zal vallen.⁵⁹ Er kunnen en zullen zich dus steeds gevallen voordoen waarin de werking van een algemeen verbindend voorschrift op een onvoorziene wijze uitpakt. Dat kan een burger onevenredig hard raken. Dat vindt dus niet zijn oorzaak in “mechanistische regeltoepassing”, maar in het simpele gegeven dat geen enkele regelgever alwetend is.

Advies

De WeCo adviseert de ministers om de voorgestelde formulering van artikel 3:4 lid 2 Awb te heroverwegen, met aandacht voor (a) de recente rechtseenheidsjurisprudentie van de hoogste bestuursrechters over de reikwijdte van het geschreven en het ongeschreven evenredigheidsbeginsel en (b) de beschouwingen van de WeCo naar aanleiding van deze jurisprudentie.

⁵⁷ CRvB 18 april 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:726.

⁵⁸ M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *RegelMaat* 2018/3, p. 120-131, in het bijzonder p. 128.

⁵⁹ Precies dit wordt betoogd in onder meer Scheltema 2020 (voetnoot 27).

C. Gebruik van algoritmen

De WeCo waardeert het dat serieuze aandacht wordt gegeven aan de betekenis van het gebruik van algoritmen voor de rechtsbescherming. Aan de beschouwing die in het reflectiedocument wordt gegeven, voegt de WeCo toe het al genoemde VAR-rapport over verbreding van de bestuursrechtspraak⁶⁰ en het preadvies voor de Jonge VAR van El Khatib, dat gebaseerd is op wetenschappelijk onderzoek naar het gebruik van algoritmen bij bestuurlijke besluitvorming.⁶¹ In deze adviezen wordt onder meer ingegaan op de vraag of rechtsbescherming ingeval van geautomatiseerde besluitvorming kan plaatsvinden in het kader van de toetsing van besluiten die langs geautomatiseerde weg zijn genomen of dat ook preventief rechtsbescherming tegen het gebruikte algoritme zelf nodig is.

De WeCo kan het betoog op bladzijde 12 van het reflectiedocument volgen, dat het bestuursorgaan kan volstaan met het geven van informatie over gebruikte algoritmen als het gaat om geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming. Toegespitst op de waarborgfunctie van de Awb kan worden gedacht aan een toevoeging aan de codificatie van het motiveringsbeginsel, gericht op het verschaffen van noodzakelijke informatie over gebruikte algoritmen en de hierbij gebruikte gegevens. In het verlengde daarvan valt te denken aan het codificeren van een verplichting voor het bestuursorgaan om de bestuursrechter de voor de toetsing van geheel of gedeeltelijk geautomatiseerd genomen besluiten noodzakelijke gegevens te verschaffen (zo nodig onder toepassing van artikel 8:29 Awb).

Verder merkt de WeCo op dat algoritmen ook worden gebruikt bij toezicht op de naleving, en werkelijke handhaving, van publiekrechtelijke wettelijke voorschriften. Juist dan worden eerder *case-based* dan *rule-based* algoritmen gebruikt.⁶² De praktijk leert dat *case-based* algoritmen uit een oogpunt van rechtsbescherming eerder risico's voor verkeerd gebruik en schending van burgerrechten opleveren (zoals etnisch profileren). Rechtsbescherming louter tegen besluiten is dan vaak niet voldoende. Deels, omdat het kwaad dan al kan zijn geschied, maar ook omdat deze toepassing kan leiden tot allerlei feitelijke handelingen die niet appellabel zijn onder de Awb, terwijl een gang naar de burgerlijke rechter vaak te hoogdrempelig is voor betrokkenen.

Gezien het vorenstaande is in het rapport 'Verbreding van bestuursrechtspraak' voorgesteld bij de bestuursrechter een rechtsgang open te stellen voor belangenorganisaties omtrent het gebruik van algoritmen.⁶³ Onder meer El Khatib laat zien dat rechtsbescherming in individuele zaken onvoldoende soelaas biedt tegen bijvoorbeeld discriminatoire praktijken bij het gebruik van dit soort algoritmen voor toezichts- en handhavingsdoeleinden. Daarom moet naar de mening van de WeCo juist voor het gebruik van dit soort algoritmes voor andere handelingen dan het nemen van besluiten nagedacht te worden over het opnemen in de Awb van vormen van preventieve rechtsbescherming, bijvoorbeeld toetsing vooraf door de Autoriteit Persoonsgegevens.⁶⁴

⁶⁰ Voetnoot 3. Zie met name hfdst. 6.

⁶¹ O.A. El Khatib, 'Van individuele naar systemische transparantie', in: *Bewijsrecht* (Jonge VAR-reeks 22), Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 7-60.

⁶² Nader bijv. J.C.A. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, en de daar aangehaalde bronnen.

⁶³ Voetnoot 3. Zie p. 153-154.

⁶⁴ In die zin ook El Khatib 2023 (voetnoot 59).

D. Herstel van kennelijke fouten in besluiten (artikel 3:51 Awb)

Vergissingen van het bestuursorgaan

De voorgestelde artikelen 3:51 tot en met 3:53 Awb voorzien in een regeling voor het corrigeren van “kennelijke” fouten van bestuursorganen bij het nemen van besluiten. In het wetsvoorstel noch de toelichting wordt omschreven wat de ministers verstaan onder “kennelijk”. Die omissie zal al snel leiden tot juridische procedures over de vraag of het bestuursorgaan toepassing aan artikel 3:51 Awb had mogen geven (“procederen over procederen”). Alleen daarom al schiet de beoogde ‘correctieregeling’ haar doel voorbij.

Verder blijft onduidelijk of een belanghebbende de gelegenheid moet krijgen een zienswijze⁶⁵ over een voorgenomen correctie naar voren te brengen, en evenmin wat er moet gebeuren als (a) een belanghebbende wel zo’n zienswijze naar voren heeft gebracht, (b) een belanghebbende desgevraagd als zienswijze te kennen geeft het oneens te zijn met een voorgenomen correctie of (c) het bestuursorgaan “corrigeert” zonder de belanghebbende te hebben gehoord. Bovendien geven het wetsvoorstel noch de mvt antwoord op relevante vragen over rechtsbescherming tegen besluiten die met toepassing van artikel 3:51 Awb zijn gecorrigeerd. Moet een gecorrigeerd besluit overeenkomstig artikel 3:41 Awb of artikel 3:42 Awb worden bekendgemaakt? Hoe zit het met de mededeling als bedoeld in artikel 3:43 Awb? Kan een belanghebbende tegen een gecorrigeerd besluit rechtsmiddelen aanwenden? Zo ja, hoeveel tijd heeft de belanghebbende voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep?⁶⁶ Geldt artikel 6:2 Awb ook voor (verzoeken om) de correctie van besluiten? Hoe verhoudt de termijn voor het verzoeken om correctie (vijf jaren) zich tot de termijn voor het maken van bezwaar en het instellen van beroep (zes weken; artikel 6:7 Awb)?

Ook andere vragen blijven onbeantwoord. Kan een beslissing tot het buiten behandeling laten van een aanvraag (artikel 4:5 Awb) of het weigeren een besluit te nemen (artikel 6:2 onder b Awb) met toepassing van artikel 3:51 Awb worden vervangen door een inhoudelijke beslissing op de aanvraag? Kan toepassing van artikel 3:51 Awb ook leiden tot wijziging van het dictum van het te corrigeren besluit? Zo ja, welke processuele gevolgen heeft dit voor de burger wiens belang wegens de correctie rechtstreeks bij het nieuwe besluit is betrokken? Denk in dit verband onder meer aan het alsnog weigeren van een uitkering (artikel 4:5 Awb), het alsnog afwijzen van een aanvraag om handhavend optreden (artikel 6:2 onder b Awb), of het toch verlenen van een vergunning (ter vervanging van een weigering). De ministers verwachten dat de correctieregeling het aantal bezwaar- en beroepsprocedures zal verminderen. Waarop die verwachting is gebaseerd, blijft onduidelijk. De WeCo sluit allerminst uit dat het tegendeel zal gebeuren, met veel ‘procederen over procederen’. De correctieregeling heeft door de vele ‘open eindjes’ namelijk een conflictopwekkend gehalte.

Tegelijkertijd constateert de WeCo dat een bestuursorgaan een definitief besluit ook zonder bezwaar, verzoek om correctie of toepassing van artikel 3:51 Awb mag wijzigen, voor zover het rechtszekerheidsbeginsel hieraan niet in de weg staat. Dit beginsel is overigens

⁶⁵ In de zin van afd. 4.1.2 Awb (art. 4:7 Awb of art. 4:8 Awb).

⁶⁶ Tegen een besluit dat is voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afd. 3.4 Awb, moet beroep bij een bestuursrechter worden ingesteld (art. 8:1 Awb, in verbinding met art. 7:1 lid 1 onder f Awb). Tegen andere besluiten moet een belanghebbende eerst bezwaar maken (art. 8:1 Awb, in verbinding met art. 7:1 lid 1 Awb).

onverkort van toepassing op artikel 3:51 Awb. Zo'n 'vormvrije' wijziging kan niet alleen ambtshalve geschieden, maar op ook verzoek van een belanghebbende.⁶⁷ In het laatste geval is sprake van een aanvraag waarop artikel 4:6 Awb van toepassing is.

Advies

De WeCo adviseert de ministers om de artikelen 3:51 tot en met 3:53 Awb uit het wetsvoorstel te schrappen. Die bepalingen zijn namelijk tegelijkertijd overbodig, verwarrend en conflictopwekkend.

E. Termijnen voor rechtsmiddelen en gevolgen van overschrijding (artikel 6:11 Awb)

Uniforme rechtsmiddelentermijn en rechtsmiddelenclausule

De WeCo constateert dat in het wetsvoorstel de verlengde bezwaartermijn voor bepaalde categorieën besluiten (gekoppeld aan de Regeling verlaagd griffierecht) niet terugkeert. Dit vindt de WeCo, gelet op haar eerdere kanttekeningen, een verbetering. Ook waardeert de WeCo positief dat wordt voorzien in aanvulling van de rechtsmiddelenvoorlichting met betrekking tot de mogelijkheid tot het indienen van pro-forma bezwaar en beroep.

Faciliteren van tijdigheid

De WeCo vraagt wederom⁶⁸ aandacht voor de behoefte aan maatregelen om belanghebbenden een eerlijke kans te geven voor het tijdig aanwenden van rechtsmiddelen tegen besluiten. Daarbij gaat het onder meer om aandacht voor het bekendmaken van besluiten; hoe later een belanghebbende op de hoogte raakt van een besluit waarmee hij het oneens is, des te minder ruimte hij heeft voor het tijdig aanvechten van dit besluit. Deze problematiek van bekendmaking wordt des te belangrijker naarmate besluiten in eerste instantie automatisch, al dan niet door algoritmische besluitvorming, worden genomen. Juist bij die besluiten, genomen zonder menselijke tussenkomst, moet de burger echt de kans hebben om een rechtsmiddel aan te wenden om zo aandacht te vragen voor zijn individuele problematiek.

De afgenomen kwaliteit van bezorging van post is een punt van aanhoudende zorg.⁶⁹ De tijd waarin verzending per aangetekende post neerkwam op een garantie voor een probleemloze ontvangst door de geadresseerde, lijkt voorbij. De WeCo verneemt steeds vaker signalen van complicaties op dit punt.

⁶⁷ De bevoegdheid van een belanghebbende ligt besloten in art. 5 Grondwet, over het petitierecht. Nader de annotatie van L.M. Koenraad onder AB 2024/163 (ABRvS 10 april 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1508) en de daar aangehaalde bronnen.

⁶⁸ In haar advies van 23 april 2024 (zie noot 2 en bijlage bij dit advies) heeft de WeCo hierover al opmerkingen gemaakt.

⁶⁹ Hiervoor heeft de WeCo reeds in haar advies van 23 april 2024 (zie noot 2 en bijlage bij dit advies) aandacht gevraagd.

Tegelijkertijd verdient ook de wijze waarop besluiten digitaal (mogen) worden bekendgemaakt, onverminderd aandacht.⁷⁰ Daarbij is van belang dat het aanvragen van sommige besluiten feitelijk soms alleen digitaal mogelijk is, waarbij meteen toestemming wordt gevraagd en gekregen voor verdere digitale communicatie. Vervolgens maken bestuursorganen besluiten overeenkomstig artikel 2:14 Awb bekend door plaatsing op door hen zelf ingerichte portalen. Volgens de huidige rechtspraak is plaatsing op zo'n portaal constitutief voor de bekendmaking. Notificatieberichten, die vaak wel bij wijze van 'servicebericht' worden verstuurd, komen soms niet aan of worden gemist, al dan niet omdat de aard en strekking van het bericht onduidelijk is of omdat het bericht ondergesneeuwd raakt in de diverse andere 'serviceberichten' die een aanvrager eveneens ontvangt. Bij dit alles moet worden bedacht dat burgers in het algemeen digitaal minder vaardig zijn naarmate hun vermogenspositie slechter is.⁷¹ En juist arme burgers krijgen meer dan gemiddeld te maken met beschikkingen die hun bestaanszekerheid kunnen aantasten.

Advies

De WeCo adviseert om te bezien hoe de digitale bekendmaking van besluiten verder kan worden verbeterd, door bijvoorbeeld het gebruik van de Berichtenbox voor alle bestuursorganen verplicht te stellen en meer eisen te stellen aan notificatieberichten. Met het nieuwe hoofdstuk 2 'Verkeer met bestuursorganen' (*Stb.* 2023, 183) worden weliswaar stappen in de goede richting gezet, maar nog niet alle problemen aangepakt.

Verruimen van verschoonbaarheid

In de voorgestelde versie van artikel 6:11 Awb blijft niet-ontvankelijkverklaring van een na afloop van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift achterwege als het geschrift wegens bijzondere omstandigheden die de indiener betreffen (a) niet tijdig kon worden ingediend of (b) wegens andere redenen redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.⁷² Het is de WeCo niet geheel duidelijk of het belang bij de materiële einduitkomst een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of een termijnoverschrijding verschoonbaar is.

In haar eerdere advies heeft de WeCo aandacht gevraagd voor pleidooien in de literatuur voor een regeling waarbij artikel 6:11 Awb wordt geformuleerd als een 'kan'-bepaling met beleidsruimte voor het bestuursorgaan en een zekere discretionaire vrijheid voor de bestuursrechter.⁷³ De korte reactie hierop in het artikelsgewijze deel van de mvt doet deze goed gemotiveerde pleidooien naar de mening van de WeCo geen recht. Zij adviseert de ministers om in de toelichting op het definitieve, aan de Tweede Kamer gerichte, voorstel alsnog een beargumenteerd standpunt over de zojuist bedoelde pleidooien in te nemen.

⁷⁰ Nader bijv. Koenraad 2022 (voetnoot 8), p. 170-172. Die publicatie is voor een relevant deel geschreven naar aanleiding van EHRM 16 februari 2021, nr.19732/17 (*Landgoed Steenberg*), AB 2021/232, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; over perikelen rondom de elektronische bekendmaking van een besluit van algemene strekking (dat was voorbereid met behulp van de uitgebreide procedure als bedoeld in afd. 3.4 Awb) in Nederland.

⁷¹ Koenraad 2023 (voetnoot 8), p. 183-184 en de daar aangehaalde bronnen.

⁷² Dit onderdeel van het wetsvoorstel is identiek aan het voorstel dat onderdeel van de zogeheten 'preconsultatie' vormde.

⁷³ Het ligt niet voor de hand – en is minder gepast – om te suggereren dat bestuursrechters beleid over de beantwoording van rechtsvragen kunnen ontwikkelen. Zo'n suggestie verdraagt zich slecht met de notie van individuele rechterlijke onafhankelijkheid.

Binnen dat kader kunnen de ministers zich uitlaten over de vraag of tijdens de bezwaarfase meer ruimte moet bestaan voor soepelheid bij het verbinden van consequenties aan termijnoverschrijding van de termijn dan tijdens de beroepsfase, alsmede over de kwestie of bij meerpartijengeschillen strakker de hand moet worden gehouden aan het uitgangspunt dat een belanghebbende tijdig rechtsmiddelen aanwendt tegen besluiten waarmee hij het oneens is. Bij de eerste vraag speelt het feit dat een belanghebbende ook kan verzoeken om terug te komen van een onherroepelijk⁷⁴ besluit, met inachtneming van de eisen die artikel 4:6 Awb stelt. Bij de tweede vraag speelt de omstandigheid dat derden – zoals vergunninghouders – juridisch te respecteren belangen hebben, mede gezien het rechtszekerheidsbeginsel.

De WeCo adviseert de ministers verder om serieus aandacht te schenken aan het betoog dat in specifieke tweepartijengeschillen – binnen de sfeer van de sociale zekerheid – geen behoefte bestaat aan korte bezwaar- en beroepstermijnen. Volgens sommigen kan in zulke gevallen probleemloos worden gewerkt met een verjaringstermijn van bijvoorbeeld vijf jaar.⁷⁵ Dat past minder bij een vernietigingsberoep tegen besluiten als rechtsingang, maar veeleer bij een verzoekschriftprocedure, waarin de gehele rechtsbetrekking tussen de betrokken burger en het bevoegde bestuursorgaan (voor zover nodig) aan de rechter kan worden voorgelegd, zowel besluiten als daarmee verband houdende uitvoeringshandelingen van het bestuur.⁷⁶

Overigens blijkt dat de verruiming die de ministers lijken na te streven zonder wijziging van het huidige artikel 6:11 Awb kan worden bereikt. In zoverre verwijst de WeCo naar de nieuwe lijn inzake de uitleg van artikel 6:11 Awb die is ingezet door het CBb en inmiddels door in ieder geval de HR en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) is overgenomen.⁷⁷ De voorgestelde wijziging van artikel 6:11 Awb sluit goed aan bij de zojuist bedoelde jurisprudentie. Tegelijkertijd kan men zich afvragen of aanpassing van die wettelijke bepaling *überhaupt* nodig is.

Advies

De WeCo adviseert de minister en staatssecretaris om kritisch na te gaan of aanpassing van artikel 6:11 Awb eigenlijk wel nodig is, en in het verlengde hiervan om te onderzoeken of alternatieven – het omvormen van artikel 6:11 Awb tot een ‘kan-bepaling’ en/of het loslaten van korte termijnen voor het aanvechten van specifieke categorieën besluiten – de voorkeur verdienen boven de formulering waarvoor de ministers nu hebben gekozen.

⁷⁴ Met onherroepelijk bedoelt de WeCo: in rechte onaantastbaar, dus niet langer vatbaar voor reguliere rechtsmiddelen zoals bezwaar en beroep.

⁷⁵ Bijv. M. Scheltema, ‘De korte bezwaartermijn belemmert de toegang tot de rechter. Een smet op het blazen van de rechtsstaat’, *NJB* 2024/557; C.N.J. Kortmann, ‘De wetgever als Zeeuws meisje. Over misplaatste zuinigheid bij de voorgenomen verruiming van bezwaartermijnen in het bestuursrecht’, *NJB* 2023/820.

⁷⁶ De WeCo verwijst naar de preadviezen over dit onderwerp in *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013. Zie ook *Verslag algemene vergadering 24 mei 2013* (VAR-reeks 151), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014; bespreking van de zojuist bedoelde preadviezen.

⁷⁷ CBb 30 januari 2024, ECLI:NL:CBB:2024:31. HR 5 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:515. CRvB 8 mei 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:932 (en de nrs. 935 en 972).

F. Minnelijke schikking tijdens de bezwaarfase (artikel 7:1b Awb)

Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel bevat een regeling voor het zoeken naar een minnelijke oplossing van een geschil tijdens de bezwaarfase. De WeCo leidt uit de mvt af dat de ministers daarmee – onder meer – de resultaten van het project ‘passend contact met de overheid’ willen codificeren. Binnen dit kader situeert de WeCo de opmerking in de mvt over het deformaliseren van de bezwaarprocedure, ook al is deformalisering van een procedure iets anders dan het zoeken naar een minnelijke oplossing.

Informele beslechting van geschillen als algemeen uitgangspunt

De WeCo steunt de intentie van de (oud)ministers/staatssecretaris, met de toevoeging dat (a) het altijd de moeite waard is om te bezien of een potentieel probleem tussen het openbaar bestuur en een burger informeel kan worden opgelost en (b) de kans op een informele oplossing stijgt naarmate de poging hiertoe eerder wordt gedaan. Met andere woorden: als zij het streven naar een minnelijke oplossing als uitgangspunt willen codificeren, kunnen zij dit het beste doen in een bepaling met een zo groot mogelijk toepassingsbereik. Zo'n bepaling zou geformuleerd kunnen worden als richtnorm analoog aan artikel 8:41a Awb (definitieve geschilbeslechting). Daarbij valt te denken aan een artikel in hoofdstuk 2 Awb (omdat informele communicatie met burgers is te beschouwen als een operationalisering van het dienstbaarheidsbeginsel), hoofdstuk 3 Awb (omdat ook tijdens de uniforme openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4 Awb behoefte bestaat aan een minnelijke oplossing) en hoofdstuk 6 Awb (omdat ook bestuursrechters oog moeten hebben voor een zo informeel mogelijke beslechting van geschillen).

Codificatie van een algemeen uitgangspunt wenselijk?

Ondanks het vorenstaande vraagt de WeCo zich af of het wenselijk is om het uitgangspunt van informele oplossing van problemen te codificeren, en, zo ja, of een gedetailleerde regeling aanbeveling verdient. Deformalisering door middel van formalisering klinkt namelijk innerlijk tegenstrijdig. Bovendien kan een procedure ook – en naar de overtuiging van de WeCo beter – worden gedeformaliseerd door het versoberen van de afdeling⁷⁸ met regels inzake deze procedure. Aldus bezien, is het – naar de overtuiging van de WeCo – beter om bestaande wettelijke voorschriften te schrappen of te vereenvoudigen dan om nieuwe wettelijke voorschriften toe te voegen. In dit kader wijst de WeCo op de mogelijkheid om in specifieke gevallen⁷⁹ een, naar zijn aard, formalistisch systeem van bezwaar en (hoger) beroep tegen een bepaald besluit te vervangen door een laagdrempelig systeem dat wordt geregeerd door een verzoek dat strekt tot vaststelling van een bepaalde bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen een bestuursorgaan en een belanghebbende (verzoeker).

⁷⁸ Of paragraaf.

⁷⁹ Ransom bijvoorbeeld de vraag of een burger recht heeft op een uitkering of toeslag in de sfeer van het sociaal domein.

Zand in de machine?

Blijkens de mvt mag de formele behandeling van een bezwaar pas in gang worden gezet als en nadat de poging tot het vinden van minnelijke oplossing niet is geslaagd. De WeCo ontraadt dit met klem.

Ten eerste: de informele geschiloplossing wordt nodeloos geformaliseerd, wat de bezwaarprocedure als geheel nog formeler, gecompliceerder en tijdrovender maakt dan deze nu al is (wat gaat klemmen bij burgers die opkomen tegen beschikkingen die hun bestaanszekerheid aantasten, en bij complexe vergunningen voor het verrichten van infrastructurele activiteiten met een groot maatschappelijk belang).

Ten tweede: het bestuursrecht ziet niet alleen op rechtsbetrekkingen tussen een bestuursorgaan en een individuele burger, maar ook op complexe rechtsbetrekkingen tussen diverse (rechts)personen met soms zeer uiteenlopende belangen, zoals de WeCo al eerder constateerde.

Ten derde: niet duidelijk is welke consequentie de bestuursrechter moet verbinden aan het oordeel dat het bestuursorgaan zich niet voldoende heeft ingespannen om een minnelijke oplossing te bereiken. Moet de bestuursrechter in zo'n geval het beroep gegrond verklaren en de bestreden beslissing op bezwaar vernietigen (artikel 8:72 lid I Awb), ook als dit de belangen van de processuele derde⁸⁰ daardoor worden geschaad (omdat nog langer onduidelijk blijft of het primaire besluit – zoals een omgevingsvergunning – uiteindelijk overeind kan blijven)?

Ten vierde: de nu voorgestelde regeling geeft belanghebbenden met minder goede bedoelingen een extra mogelijkheid om de afhandeling van bezwaren te traineren, in de hoop dat van uitstel afstel komt.⁸¹

Bestuurlijke sanctie

De nu voorgestelde regeling is van toepassing op alle bezwaarprocedures en dus ook over bestuurlijke sancties zoals boetes. Daaraan is in mvt geen enkele aandacht besteed. Is het de bedoeling van de ministers dat ook in geschillen over bestraffende sancties verplicht naar een minnelijke oplossing wordt gezocht alvorens een begin met de formele bezwaarprocedure wordt gemaakt? En is het hun bedoeling dat het bestuursorgaan – uiteindelijk, na afloop van de (hoger)beroepsprocedure⁸² – de indertijd opgelegde bestuurlijke boete moet matigen of zelfs herroepen als wordt geconcludeerd dat onvoldoende is gedaan om tot een minnelijke oplossing te komen? Gaat dit ook gelden voor verkeersboetes op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV, ook wel bekend als de Wet Mulder)?

Het vorenstaande geldt *mutatis mutandis* evenzeer voor herstelsancties zoals een last onder dwangsom en een terugvordering van een uitkering, toeslag of subsidie. In dit kader

⁸⁰ In de zin van art. 8:26 lid I Awb. Denk onder andere aan een vergunninghouder die wordt geconfronteerd met bezwaar van een omwonende tegen de verleende vergunning, en aan een belanghebbende die wordt geconfronteerd met bezwaar tegen de toewijzing van zijn aanvraag in de vorm van een bestuurlijke sanctie.

⁸¹ B.J. Schueler, *Zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2003.

⁸² Mede gelet op art. 8:72a Awb.

signaleert de WeCo dat het bestuursorgaan belanghebbenden in heel veel gevallen de mogelijkheid tot het naar voren brengen van een zienswijze moet geven, op grond van artikel 4:8 Awb. Hoe verhoudt de voorgestelde verplichte poging tot minnelijke oplossing alvorens de formele bezwaarprocedure te voeren zich met de zojuist bedoelde voornemenprocedure? Ook daarover vermeldt de memorie van toelichting niets.

Advies

De WeCo adviseert de minister en staatssecretaris om artikel 7:1b uit het wetsvoorstel te schrappen.

De WeCo adviseert de bewindslieden verder om het streven naar minnelijke geschiloplossing als algemene richtnorm in de Awb op te nemen, in hoofdstuk 2,3 en/of 6 Awb. Daarbij merkt de WeCo op dat de hoofdstukken 2 en 3 Awb zich slechts richten tot bestuursorganen, en dat bestuursrechters ook zijn gebonden aan het bepaalde in hoofdstuk 6 Awb.

G. Burgerlus (artikel 8:5 1e Awb)

Overspannen verwachtingen?

De WeCo is positief over de verruiming van de formele burgerlus in het bestuursprocesrecht. Dit instrument levert niet alleen een positieve bijdrage aan zoveel mogelijk processuele gelijkheid tussen partijen – de belanghebbende (eiser) en het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen (verweerder) – maar ook aan het definitief beslechten van bestuursrechtelijke geschillen (artikel 8:41a Awb) en het tegengaan van ‘verrassingsuitspraken’. In een tussenuitspraak kan de bestuursrechter aan eiser onder meer duidelijk maken welk tegenbewijs nodig is om een beroepsprocedure te kunnen winnen, en op deze manier voorkomen dat eiser pas na lezing van de einduitspraak in de gaten krijgt wat hij had kunnen of moeten doen om het bestreden besluit van tafel te krijgen.⁸³ Die omstandigheid kan helpen om het aantal hoger beroepen tegen eerstelijnsuitspraken te verminderen, en aldus de druk op appelinstanties te verlagen.⁸⁴ In dat kader moet wel worden bedacht dat de bestuursrechter nu al (informele) instrumenten tot zijn beschikking heeft en ook gebruikt om de met de burgerlus gediende doelen te verwezenlijken.

Verder is van groot belang dat moet worden voorkomen dat bij burgers verwachtingen ontstaan die niet – zonder meer – kunnen worden gehonoreerd. In dit kader verwijst de WeCo naar de kritische beschouwing van L.M. Koenraad over de burgerlus in het *Nederlands Juristenblad*.⁸⁵ De burgerlus is niet geschikt voor het alsnog laten aanleveren van

⁸³ Nader bijv. L.M. Brouwer-Harten, L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, ‘Begrenzing van vrijheid in het bestuursrechtelijk bewijsrecht’, *NTB* 2009/14. Het betreft een bespreking van de preadviezen die zijn verschenen in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie ook *Verslag algemene vergadering 15 mei 2009* (VAR-reeks 143), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

⁸⁴ Nader I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep. Een onderzoek naar appeldomgang van burgers in bestuursrechtelijke zaken* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

⁸⁵ Nader bijv. L.M. Koenraad, *De burgerlus in het bestuursrecht. Een mooi instrument maar geen wondermiddel*, *NJB* 2023/2692.

gegevens die krachtens een wettelijk voorschrift al veel eerder aan het bestuursorgaan hadden moeten worden verstrekt. Bovendien leidt het onderbouwen van een beroepsgrond – of het aannemelijk maken van een stelling – overeenkomstig de suggestie van de bestuursrechter lang niet altijd tot het resultaat dat eiser voor ogen staat.

Zo heeft geslaagd tegenbewijs ‘slechts’ tot gevolg dat het bestuursorgaan het bestreden besluit zorgvuldiger moet voorbereiden dan het tot nu toe heeft gedaan. Na herstel van dit gebrek – bijvoorbeeld met behulp van de bestuurlijke lus! – kan het gebeuren dat de rechtsgevolgen van het bestreden uiteindelijk in stand blijven (artikel 8:72 lid 3 onder a Awb) of dat het bestuursorgaan een herstelbesluit (artikel 6:19 lid 1 Awb) neemt. In beide gevallen verliest eiser de beroepsprocedure alsnog, aangezien de rechtsbetrekking die hij ongedaan wil laten maken – zoals de verplichting om een bedrag te betalen (terugvordering; boete) of het moeten accepteren van stedenbouwkundige en planologische gebreken (omgevingsplan; omgevingsvergunning) – aan het einde van het rechtsbeschermingstraject toch overeind blijft.

De WeCo acht het wenselijk om de zojuist omschreven ‘disclaimer’ nadrukkelijk in de toelichting op te nemen, teneinde te voorkomen dat de inzet van de burgerlus na verloop van tijd leidt tot teleurstelling, frustratie en vermindering van vertrouwen in ‘de’ overheid en de bestuursrechtspraak.

H. Tussenuitspraak (artikel 8:80a Awb)

Over het gebruik van de tussenuitspraak in het bestuursprocesrecht woeden al langere tijd wetenschappelijke discussies. Zo wordt getwist over het antwoord op de vraag of de bestuursrechter formeel gezien slechts een tussenuitspraak mag doen als hij toepassing aan de bestuurlijke lus (artikel 8:51a Awb, in verbinding met artikel 8:80a lid 1 Awb) dan wel of hij in beginsel zonder meer een tussenuitspraak mag doen (omdat de Awb het gebruik van dit instrument nergens uitdrukkelijk verbiedt). Daarnaast valt te wijzen op pleidooien om de tussenuitspraak te gebruiken als middel om partijen duidelijkheid te verschaffen over het wel of niet nemen van een procesbeslissing die een doorslaggevende invloed op de einduitspraak kan hebben.⁸⁶

Het voorstel tot aanvulling van artikel 8:80a lid 1 Awb voorziet dan ook in een behoefte: het schept enige duidelijkheid en biedt de bestuursrechter ruimte voor maatwerk. Naar de mening van de WeCo bestaat echter een goede reden voor het geven van meer richting – en minder keuzevrijheid voor de bestuursrechter – omwille van rechtszekerheid voor partijen. Zij hebben namelijk belang bij zoveel mogelijk duidelijkheid over de wijze waarop de bestuursrechter met hen communiceert, en bij het kunnen wraken van individuele rechters die ingrijpende procesbeslissingen nemen. De WeCo verstaat onder een ingrijpende procesbeslissing: de beslissing over het wel of niet hanteren van een bevoegdheid als bedoeld in hoofdstuk 8 Awb die een doorslaggevende invloed op de einduitkomst van de beroepsprocedure kan hebben. De keuze om wel of geen deskundige te benoemen (artikel 8:47 lid 1 Awb) is zo’n procesbeslissing.

De door de WeCo voorgestane duidelijkheid kan haar beslag krijgen in een artikellid waarin wordt bepaald dat een tussenuitspraak in ieder geval is vereist voor een specifiek aantal procesbeslissingen, maar ook in een nadere toelichting op de nu voorgestelde formulering

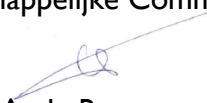
⁸⁶ In deze zin bijv. [L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, De brief van de rechter, *JBplus* 2014/1, p. 54-70.

van artikel 8:80a lid 1 Awb. Het gaat erom dat partijen meer helderheid krijgen op welke wijze de bestuursrechter met hen communiceert.

Samenvatting en conclusie

De WeCo waardeert de wens van de (oud)ministers/staatssecretaris om het bestuurs(proces)recht responsiever en burgervriendelijker te maken, en vindt dat diverse onderdelen van het wetsvoorstel in positieve zin kunnen bijdragen aan realisering van deze wens. De WeCo signaleert echter ook dat enkele onderdelen van het wetsvoorstel nadere doordinking behoeven, overigens soms juist vanwege het gedetailleerde karakter van sommige regelingen. In dit kader waarschuwt de WeCo – nogmaals⁸⁷ – voor overregulering en -juridisering.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,


Prof. mr. Th. A. de Roos
voorzitter

⁸⁷ Advies over preconsultatie, zie noot 2 en bijlage bij dit advies.