

Maatwerk in het bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen

L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks,

N.A. van Renssen & S. van Heukelom-Verhage

1 6 4

Boomjuridisch

V A R 1 6 4

ISBN 978-94-6290-807-9



9 789462 908079 >

Boomjuridisch

Maatwerk in het bestuursrecht

Maatwerk in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

L. van den Berge

M.F. Vermaat

M. Lurks & N.A. van Renssen

S. van Heukelom-Verhage

Boom juridisch

Den Haag

2020

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2020 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-807-9
ISBN 978-90-5454-452-4 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Responsief bestuursrecht Mr. dr. L. van den Berge	7
Garbage in? Garbage Out! Maatwerk in het sociaal domein Mr. dr. M.F. Vermaat	63
Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet Mr. dr. M. Lurks & mr. N.A. van Renssen	103
Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan? Mr. S. van Heukelom-Verhage	185

Responsief bestuursrecht

Mr. dr. L. van den Berge^{*}

1	Inleiding	9
1.1	Responsieve rechtsstaat	9
1.2	Responsief bestuursrecht	10
1.3	Nonet en Selznick	11
1.4	Responsiviteit op drie niveaus	12
2	Responsief recht	15
2.1	Van repressief naar autonoom recht	15
2.2	Van autonoom naar responsief recht	17
2.3	Van 'low-risk' naar 'high-risk'	18
3	De responsieve rechter	21
3.1	Van grensbewaker naar scheidsrechter	21
3.2	Van scheidsrechter naar 'burgervriend'	23
3.3	Procedurele rechtvaardigheid	25
4	Responsieve regulering	28
4.1	Van 'government' via 'new public management' naar 'network governance'	28
4.2	Gouvernementaliteit	30
4.3	Sociaal domein	32
4.4	De legitimiteit van de nabijheid	34
5	Responsieve rechtsbescherming	36
5.1	Mismatch	36
5.2	Weg met het besluitcentrisme	36
5.3	B-organen: publiek- en privaatrecht	40
5.4	Van marginale toetsing naar toetsing op maat	43

^{*} Lukas van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht. Dank aan Lisa Ansems, Jacobien van Dorp, Rolf Ortlep, Thomas Riesthuis, Rob Widdershoven en Wouter Zorg voor hun commentaar bij een eerdere versie van dit preadvies. De paragrafen 4 en 5 bouwen deels voort op Van den Berge 2018 en Van den Berge 2019.

6	Conclusies	47
6.1	Drie ontwikkelingsrichtingen	47
6.2	De gezagsdrager als 'burgervriend'	47
6.3	Netwerkbestuur	48
6.4	Sociaal domein	48
6.5	Mismatch	49
6.6	Weg met het besluitcentrisme	49
6.7	Naar een meer materieel bestuursorgaanbegrip	49
6.8	Van marginale toetsing naar toetsing op maat	50
6.9	Blijvende spanning	50
Literatuur		52

I Inleiding

1.1 Responsieve rechtsstaat

Koning Rex is bij het bestijgen van de troon vervuld van wilde ideeën. Zijn voorgangers hebben het land in een diepe juridische crisis gestort. Hoog tijd dus voor vergaande hervormingen. Om met een schone lei te kunnen beginnen besluit Rex onmiddellijk na zijn troonsbestijging alle bestaande rechtsregels in te trekken. Waar geschillen ontstaan, beoordeelt Rex die steeds van geval tot geval. Onder zijn onderdanen ontstaat daarop al snel gemor. In de reeks beslissingen die Rex neemt, valt voor hen geen enkele lijn te ontdekken. Zou hun koning niet beter zijn best kunnen doen om algemene regels te formuleren, zodat zij voortaan weten waar zij aan toe zijn? Rex belooft beterschap. Het valt hem echter zwaar een wetboek op te stellen dat voldoende tegemoetkomt aan al die bijzondere gevallen en omstandigheden waarmee hij dagelijks wordt geconfronteerd. Na jaren gepuzzel komt hij uiteindelijk aanzetten met een wirwar van wetten die zo gedetailleerd en onderling zo tegenstrijdig zijn, dat niemand er een touw aan kan vastknopen. Wanneer Rex uiteindelijk sterft, is iedereen het erover eens dat zijn hervormingen jammerlijk zijn mislukt. Zijn opvolger – Rex II – zet een streep door het project, ontslaat alle juristen uit overheidsdienst en vervangt hen door managers, psychologen en economen, ervan overtuigd dat zijn onderdanen beter af zijn zonder rechtssysteem.¹

Het verhaal over koning Rex en zijn mislukte hervormingen, zoals verteld door Lon Fuller in *The Morality of Law*, maakt onder meer duidelijk dat een rechtssstelsel zijn functie alleen naar behoren kan vervullen wanneer het op algemene, voldoende duidelijke en innerlijk consistente voorschriften berust. Toch is de noodzakelijke algemeenheid van het recht die Fuller met zijn parabel zo treffend illustreert ook weer niet zaligmakend. Toepassing van algemene regels op bijzondere gevallen kan immers tot onbevredigende resultaten leiden. De onoverzichtelijke werkelijkheid laat zich soms moeilijk voegen naar kunstmatige grenslijnen en vooraf bepaalde standaarden. Waar ‘de wetgever een fout begaat, omdat hij in absolute termen spreekt’, aldus Aristoteles, is het juist ‘de omissie te corrigeren’. Wie alleen oog heeft voor de algemeenheid van het recht, schiet evenzeer tekort als de architect die bij de bouw van een huis alleen over onbuigzaam materiaal beschikt om ingewikkelde plooiën en bochtig oppervlak in kaart te brengen. Niet voor niets, zo legt Aristoteles uit, gebruiken huizenbouwers op het eiland Lesbos een paslood dat zich voegt naar de vorm van de steen en niet andersom. Ook in het recht is zo’n paslood soms nodig: waar de regel in zijn algemeenheid tekortschiet, kan het

1 Fuller 1969, p. 33-38.

aangewezen zijn ‘maatwerk’ te bieden en een oplossing te zoeken die aansluit bij de omstandigheden van het specifieke geval.²

De spanning tussen de noodzakelijke algemeenheid van het recht en het streven naar individuele gerechtigheid is wel omschreven als ‘the most complex dilemma in law as a whole’.³ Met betrekking tot het Nederlandse bestuursrecht komt de kwestie onder meer aan de oppervlakte in discussies over de ‘responsieve rechtsstaat’ zoals die onder meer wordt bepleit door Michiel Scheltema. In een ‘bureaucratische rechtsstaat’, aldus Scheltema, staan formele procedures en algemene regels voorop en verdwijnen de concrete burgers waarop die procedures en regels betrekking hebben al snel uit beeld. In een ‘responsieve rechtsstaat’, daarentegen, geldt het juridisch systeem niet als ‘een doel in zichzelf’, maar ervaart de burger dat ‘het bij de rechtsstaat uiteindelijk om hem gaat’.⁴ De rechtsstaat is er immers voor de burger en niet andersom. Dat betekent natuurlijk niet dat de burger altijd gelijk dient te krijgen, maar wel dat hij merkt dat zijn positie en zijn argumenten serieus worden genomen en zijn particuliere belangen bij het vormen van recht en beleid voldoende worden meegewogen. Soms houdt dat in dat de overheid een Lesbisch pasloot zal moeten hanteren en beslissingen niet zomaar zal moeten laten afhangen van een systeemlogica van algemene regels en abstracte beginselen die al te zeer van de concrete leefwereld van burgers is losgezongen.⁵

1.2 Responsief bestuursrecht

Wat zou de door Scheltema en anderen beoogde transitie van een bureaucratische naar een responsieve rechtsstaat voor de inrichting van het Nederlandse bestuursrecht concreet moeten betekenen? Daarover wordt heel verschillend gedacht. Scheltema zelf legt in zijn publicaties sterk de nadruk op de noodzaak van een bestuursrechtelijk stelsel dat oog heeft voor de soms beperkte ‘doenvermogens’ van burgers en zich niet langer blind laat leiden door het uniforme beeld van rationeel handelende burgers die steeds over voldoende informatie en kennis beschikken om de juiste beslissingen te nemen.⁶ Een responsief bestuursrecht legt burgers geen eenvormige procedures en onbuigzame standaarden op, maar houdt rekening met verschillen tussen burgers zoals die zich in de concrete werkelijkheid voordoen. Maar vereist het burgerperspectief zoals Scheltema dat centraal stelt niet soms toch ook de abstracte toepassing van algemene regels? Het falen van de hervormingen van koning Rex I leert ons nu eenmaal dat procedures en beslissingen op maat voor

² Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 5.10. Zie verder meer uitgebreid en in direct verband met de ontwikkeling van de Nederlandse rechtswetenschap Bakker 2017, p. 33-46.

³ Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer voor HvJ EG 14 september 1999, zaak C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407 (*AssiDomén Kraft*). Ik ontleen deze verwijzing aan Ortlep 2011, p. 1. Vgl. ook Loenen 1996 voor een mooie analyse van de onoplosbaarheid van het dilemma tussen recht en individuele gerechtigheid.

⁴ Scheltema 2019, p. 248.

⁵ Zie ook Scheltema 2015, 2016, 2017 en 2018.

⁶ Zie o.a. Scheltema 2017, p. 253, Scheltema 2018a, p. 120-121 en Scheltema 2019, p. 247-248, steeds verwijzend naar WRR 2017.

ieder afzonderlijk rechtssubject ondoenlijk zijn. Een zuiver casuïstische praktijk is niet alleen in strijd met de klassiek-rechtsstatelijke waarden van formele gelijkheid en democratie, maar bovendien hopeloos inefficiënt. Geen wonder dat koning Rex II er bij zijn aantreden snel afscheid van neemt.

In de discussie over een ‘meer responsief’ bestuursrecht zoals die tot nog toe in de literatuur is gevoerd, fungeert responsiviteit maar al te vaak als een schijnbaar grenzeloos begrip waaronder een haast eindeloze veelheid aan voorstellen tot vernieuwing en verbetering kan worden geschaard. Zo komt in een recent themanummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* een wijde variëteit aan ideeën voorbij, waaronder een meer indringende toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen, de introductie van een *amicus curiae*, een minder strikte toepassing van de Participatiewet, meer zaaksdifferentiatie en rechtspraak op maat, uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter, de inzet van blockchaintechnologie als instrument van efficiënt overheidsbestuur, verdere informatisering van de bestuursrechtelijke procedure of juist een herwaardering van klassieke juridische vormen.⁷ De rekbare wijze waarop de term in het bestuursrechtelijk debat wordt gehanteerd, wekt bij sommigen de indruk van een nieuw inhoudsloos ‘juichwoord’ waarachter de meest uiteenlopende en onderling soms tegenstrijdige doelen en uitgangspunten schuilgaan en dat zich slecht leent voor kritiek en discussie.⁸ Een bestuursrechtelijk stelsel dat voldoet aan ‘de eisen van deze tijd’, wie wil dat nou niet? Als retorisch ‘hoerabegrip’, zo luidt een terechte klacht, maskeert het concept van responsiviteit dat over die eisen en de juiste respons erop nu juist heel verschillend wordt gedacht.⁹

1.3 Nonet en Selznick

Met dit preadvies beoog ik de discussie over de concrete betekenis van ‘een meer responsief bestuursrecht’ op verschillende manieren verder te brengen. Ten eerste zal ik de notie van juridische responsiviteit nader uitwerken door haar terug te voeren op de theorie van de Amerikaanse rechtssociologen Philippe Nonet en Philip Selznick, die in hun gezamenlijke werk een ‘developmental model’ van recht en rechtspraak ontwikkelden dat berust op een typologie van drie op elkaar voortbouwende stijlen van juridische ordening. Om te beginnen gaat het daarbij om ‘repressive law’, waarbij het recht fungeert als instrument waarover de politieke elite min of meer naar willekeur kan beschikken. ‘Autonomous law’, daarentegen, richt zich juist op de beperking van die willekeur. Het autonome recht correspondeert met het ideaal van een ‘government of laws, not men’, waarbij recht enerzijds en politiek en beleid anderzijds strikt gescheiden domeinen bestrijken en de uitoefening van publiek

7 Zie de bijdragen van, respectievelijk, Rob Widdershoven, Jurgen de Poorter, Joke de Wit, Jurgen Goossens, Lukas van den Berge, Sandra van Heukelom, André Verburg en Ron van Male in Van den Berge en Goossens 2018.

8 Damen 2019, p. 115. Zie ook Schlössels 2018, p. 426 over responsiviteit als ‘een universele kleefpasta om allerlei bestuursrechtelijke onderwerpen met elkaar te verbinden’.

9 Doornbos 2019, p. 568.

gezag sterk is gebonden aan vaste procedures en algemene regels. In stelsels van ‘responsive law’, ten slotte, wordt het recht begrepen als ‘a facilitator of response to social needs and aspirations’.¹⁰ Het responsieve recht richt zich niet in de eerste plaats op de integriteit van het recht als abstract regelsysteem, maar juist op concrete rechtvaardigheid en de verwezenlijking van sociaal-maatschappelijke doelen.

Verankering van het concept van responsiviteit in de theorie van Nonet en Selznick kan helpen de discussie over een ‘meer responsief’ bestuursrecht van nadere kaders te voorzien. De klacht tegen dat concept als een inhoudsloos hoerabegrip is daarmee echter nog slechts ten dele weerlegd. Nonet en Selznick beschrijven de ontwikkeling van repressief via autonoom naar responsief recht als een quasi-evolutionair proces, waarbij zij de responsieve rechtsorde als het hoogst ontwikkelde stadium beschouwen. Het berust op de gedachte dat het mogelijk is de onderliggende waarden van ‘autonomous law’, zoals de beginselen van legaliteit en rechtszekerheid, te bewaren binnen een stelsel dat afrekent met de nadelen van een strikte handhaving van die waarden. De vraag is of de theorie van de ‘responsieve rechtsstaat’ daarmee niet lijdt aan een al te optimistisch vooruitgangsgeloof. Terwijl Nonet en Selznick het beruchte dilemma tussen de noodzakelijke algemeenheid van het recht enerzijds en de behoefte aan flexibiliteit en concrete rechtvaardigheid anderzijds handig omzeilen, is de onontkoombaarheid van dat dilemma in het werk van de Britse publiekrechtstheoreticus Martin Loughlin juist een centraal uitgangspunt.¹¹ Zijn theorie laat bij uitstek zien dat responsiviteit geen hoerabegrip is, maar een concept dat vatbaar is voor kritiek en discussie.

1.4 Responsiviteit op drie niveaus

Gewapend met het ontwikkelde theoretische instrumentarium onderzoek ik in dit preadvies vervolgens op drie terreinen wat een meer responsief bestuursrecht zou kunnen behelzen. Ten eerste betreft dat de wijze waarop dragers van overheidsgezag – zoals rechters en bestuurders – zich concreet jegens burgers opstellen. Gijsbert Vonk spreekt in dit verband van ‘handelingsresponsiviteit’ of ‘responsiviteit op microniveau’.¹² Typerend voor het autonome recht is de gezagsdrager die zich presenteert als ‘man zonder eigenschappen’, in zijn volstreekte neutraliteit slechts geleid door algemene regels. Van de responsieve gezagsdrager wordt een minder onpersoonlijke werkwijze verwacht. Zo is de responsieve rechter een ‘proactieve probleemoplosser’, voldoende oog houdend voor bijzondere omstandigheden en de maatschappelijke context waarop zijn handelen betrekking heeft.¹³ Ten opzichte van burgers stelt hij zich niet op als afstandelijk wetstoepasser, maar als vaardig communicator die belangstelling heeft voor eenieders particuliere wensen en behoeften. De opkomst van de responsieve rechter gaat samen met een toegenomen

¹⁰ Nonet en Selznick 2001, p. 14-15.

¹¹ Loughlin 2003; Loughlin 2010.

¹² Zie Kromhout en Marseille 2018, p. 380-381 voor een weergave van het slotwoord van Gijsbert Vonk op een op 15 juni 2018 gehouden VAR-studiemiddag.

¹³ Allewijn 2018, p. 28.

aandacht voor ‘procedurele rechtvaardigheid’, waarbij van rechters meer dan voorheen ‘maatwerk’ wordt verwacht in de wijze waarop zij rechtzoekenden en andere betrokkenen in het proces tegemoet treden.¹⁴ Maar staat dergelijk maatwerk niet hoe dan ook op gespannen voet met autonome waarden van gelijkheid, rechtszekerheid en objectiviteit?

Ten tweede gaat mijn aandacht in dit preadvies uit naar responsiviteit op het niveau van regelgeving en overheidssturing, door Vonk wel aangeduid als ‘stelselresponsiviteit’ of ‘responsiviteit op mesoniveau’.¹⁵ Anders dan voorheen vertrouwen overheden heden ten dage veelal niet langer op een centralistisch model van verticale sturing, maar op publiek-private samenwerking, ‘network governance’ en regulering op afstand als meer horizontaal georiënteerde strategieën om hun doelen te verwezenlijken. In het nieuwe sturingsmodel beperkt de centrale overheid zich vaak tot de formulering van algemene kaders en het stellen van beleidsdoelen, waarbij zij de verdere uitwerking overlaat aan decentraal opererende publieke en private actoren. Een centrale gedachte achter het gebruik van meer horizontale en decentrale sturingswijzen is dat op die manier beter kan worden ingespeeld op particuliere omstandigheden.¹⁶ In het sociaal domein vormde de maatwerkgedachte recent een belangrijk motief voor een grootscheepse overheveling van verantwoordelijkheden van de centrale overheid aan gemeenten als de ideale ‘regisseurs’ binnen de netwerken van publieke, semipublieke en private actoren waarbinnen een hulpaanbod gestalte zou kunnen krijgen dat meer specifiek op de behoeften van individuele burgers is toegesneden.¹⁷ Vanuit rechtsstatelijk perspectief houdt het nieuwe sturingsmodel verschillende risico’s in, die ik in dit preadvies nader zal bespreken met de hervorming van het sociaal domein als leidend voorbeeld.¹⁸

Ten derde richt ik in dit preadvies de aandacht op wat Vonk aanduidt als ‘systeemresponsiviteit’ of ‘responsiviteit op macroniveau’.¹⁹ Daarbij gaat het niet alleen om overheidssturing op zichzelf, maar ook om het systeem van rechtsbescherming dat bedoeld is om burgers van juridische tegenmacht te voorzien. Is het systeem van juridische tegenmacht nog wel voldoende tegen de nieuwe, meer responsieve wijze van overheidssturing opgewassen? Het dogmatische, op de logica van het autonome recht gefundeerde begrippenkader van het bestaande stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming komt onvoldoende tegemoet aan de wijze waarop bestuurlijke machtsuitoefening zich heden ten dage in de praktijk laat gelden. Die stelling licht ik in dit preadvies nader toe. Ik zal daarbij concreet ingaan op de voorlopig nog altijd gehandhaafde spilfunctie van het besluit in het bestuursprocesrecht, het recent

¹⁴ Verburg 2019, p. 78 e.v.

¹⁵ Kromhout en Marseille 2018, p. 380.

¹⁶ Zie, onder veel meer, Levi-Faur 2011.

¹⁷ Vonk 2016.

¹⁸ Zie hiervoor ook het preadvies van Matthijs Vermaat, opgenomen in deze bundel. De geplande hervorming van het omgevingsrecht, beschreven in het preadvies van Marco Lurks en Nikki van Rensen, is van een minder op algemene regeltoepassing en meer op maatwerk en achterliggende doelen georiënteerde benadering een ander voorbeeld.

¹⁹ Kromhout en Marseille 2018, p. 381.

herijkte b-orgaanbegrip en de voorzichtige beweging van 'marginale toetsing' naar rechterlijke 'toetsing op maat'. Om tot een werkelijk responsief bestuursrecht te komen, zo zal ik uiteindelijk betogen, is meer nodig dan het dichten van 'gaten in de rechtsbescherming' op grond van het klassieke bestuursrechtelijke begrippenkader zelf. In plaats daarvan is fundamentele doordenking en uiteindelijk ook herziening nodig van de centrale dogmatische concepten waarop het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming van oudsher is gefundeerd.

2 Responsief recht

2.1 Van repressief naar autonoom recht

Eerst dus de theorie van Nonet en Selznick. Een belangrijk vertrekpunt daarvan is onder meer dat recht en politiek onlosmakelijk verbonden zijn. Recht is voor Nonet en Selznick geen losstaand pakket aan regels en beginselen, maar een sociale praktijk die staat of valt met het succes van een gezagsaanspraak die aan de gelding van regels en beginselen voorafgaat. De stijlen van repressief, autonoom en responsief recht die zij onderscheiden verschillen elk in de bewust of onbewust gehanteerde strategie die ertoe dient die gezagsaanspraak kracht bij te zetten. Met andere woorden: elke rechtsorde is nooit alleen een technische of abstracte aangelegenheid, maar berust altijd ook op een verborgen retorica – op een verhaal, zo zegt Wim Voermans het in zijn recente boek over de moderne constituties – die is gericht op de rechtvaardiging van publieke machtsuitoefening.¹ De analyse van Nonet en Selznick is er voor een belangrijk deel op gericht die retorica boven tafel te krijgen en vatbaar te maken voor kritiek en discussie. Het ontwikkelingsmodel waarvan zij uitgaan heeft niet de pretentie naadloos aan te sluiten bij verschillende fases in de ontwikkeling van juridische stelsels zoals die zich in de geschiedenis heeft voorgedaan. In plaats daarvan gaat het hen vooral om de beschrijving van een ‘inner dynamic’ waarbij de opeenvolgende stijlen van repressief, autonoom en responsief recht min of meer logisch uit elkaar voortvloeien.²

Het repressieve recht zet zijn gezagsaanspraak vooral kracht bij door zich te presenteren als het instrument van een sterk bestuur dat zorgt voor orde en veiligheid. Rechters gelden daarbij als de dienaren, niet als de controleurs van het bestuur. Van gebondenheid van de staat en zijn vertegenwoordigers aan regels of beginselen kan in het repressieve recht geen sprake zijn. De ‘raison d’état’ vereist onvoorwaardelijke bestuurlijke discretie, met een almachtig staatsgezag dat hoog boven burgers is verheven. Door zich zo eenzijdig te beroepen op het creëren van orde en veiligheid hanteert het repressieve recht een ‘relatively crude instrument of legitimation’.³ Voor de instandhouding van een rechtssysteem hoeft de weinig fijnzinnige wijze waarop het repressieve recht zichzelf als legitiem verkoopt niet meteen fataal te zijn, maar een risico is het wel. Zeker wanneer de dreiging van een ‘oorlog van alleen tegen allen’ als enig alternatief voor absolute staatsdwang naar de achtergrond is verschoven, verliest gezag dat zich primair beroept op de instandhouding van orde en veiligheid

1 Voermans 2019, p. 40-43.

2 Nonet en Selznick 2001, p. 18-27.

3 Nonet en Selznick 2001, p. 51-52.

al snel aan overtuigingskracht. Te denken valt in dit verband bijvoorbeeld aan het tanende gezag van de negentiende-eeuwse politiestaat. Uiteindelijk bleek een stelsel dat geen plaats inruimt voor subjectieve rechten jegens de overheid en rechterlijk toezicht op het bestuur aan burgers niet meer goed te verkopen en maakte het plaats voor de rechtsstaat waarin ook het bestuur onder juridische controle is gebracht.⁴

Uit het repressieve recht komt op die manier een meer verfijnde strategie tot legitimering van overheidsgezag voort die door Nonet en Selznick wordt aangeduid als ‘autonomous law’. Daarbij gaat het om een stijl van juridische ordening waarin recht en rechtspraak het overheidsbestuur niet zozeer ten dienste staan, maar ten opzichte van datzelfde bestuur juist een autonome positie innemen en van daaruit geloofwaardig kunnen functioneren als instituties die de uitoefening van overheidsmacht indien nodig kunnen beperken. Waar de sferen van recht en politiek in het model van repressief recht onderling nog nauw verbonden zijn, berust de gedachte van autonoom recht juist op een strikte scheiding tussen die sferen. De machtsuitoefening van het bestuur staat nu niet langer eenduidig in het teken van repressie, maar verkrijgt het stempel van legaliteit doordat zij onder controle staat van onafhankelijke rechters die haar toetsen aan abstracte beginselen en algemene regels. Het autonome recht vertelt ons het mooie verhaal van een ‘government of laws and not of men’, dat wil zeggen, van een juridische en politieke orde waarin willekeur is uitgebannen en burgers nog slechts zijn onderworpen aan algemene regels en beginselen die zij zichzelf omwille van hun gelijke vrijheid hebben opgelegd.

De scheiding tussen recht en politiek is op die manier ‘autonomous law’s master strategy of legitimation’.⁵ Zij versterkt niet alleen de claim tot gehoorzaamheid van het bestuur, maar ondersteunt ook de gezagsaanspraak van de rechter zelf. In zijn autonome positie als objectieve bewaker van de juridische orde blijft de rechter onaangetast door politiek gekrakeel. ‘Insulated from political power and uncontaminated by political influence’ kunnen rechters poseren als ‘passive dispensers of a received, impersonal justice’. Als strikt neutrale zegslieden van een onpersoonlijke juridische orde hebben zij een ‘claim to the last word’, maar alleen omdat ‘their judgments are thought to obey an external will and not their own’.⁶ Die pose van objectiviteit kunnen rechters natuurlijk alleen volhouden zolang zij zich niet op politiek terrein begeven. ‘In effect’, aldus Nonet en Selznick, ‘a historic bargain is struck: legal institutions purchase procedural autonomy at the price of substantive subordination’.⁷ De politieke gemeenschap vertrouwt aan rechters de bevoegdheid tot onafhankelijke controle toe, maar de stilzwijgende afspraak daarbij is dat zij zich bij de uitoefening van die bevoegdheid niet bemoeien met kwesties van politiek en beleid.

4 Zie o.a. Cassese 2017.

5 Nonet en Selznick 2001, p. 59.

6 Nonet en Selznick 2001, p. 57.

7 Nonet en Selznick 2001, p. 58.

Algemene regels en abstracte beginselen nemen in het autonome recht een centrale positie in. De pose van objectiviteit gedijt immers het best bij een strikte oriëntatie op algemene normen die onzichtbaar maken dat de toepassing van een algemene norm op een concreet geval hoe dan ook een keuze inhoudt die zich nooit geheel op grond van de norm zelf laat bepalen. Door zich te voegen naar regels maken zowel bestuurders als rechters duidelijk dat hun macht begrensd is, zodat de macht waarover zij nog wel beschikken door de rechtssubjecten gemakkelijker te aanvaarden is. Rechters lopen het minste risico door zich bij het nemen van hun beslissingen strikt te oriënteren op het recht als ingewikkeld regelsysteem. Door zich te bedienen van technisch-juridische begrippen scheppen zij een veilige afstand ten opzichte van de vaak turbulente en controversiële sociale, politieke en morele kwesties waarop die begrippen betrekking hebben. Het gebruik van een ingewikkelde juridische kunsttaal maakt bovendien duidelijk dat voor de efficiënte oplossing van juridische geschillen bijzondere professionals nodig zijn, afstandelijke ‘men, learned in the laws’ die beschikken over de boekenwijsheid en de technisch-juridische kennis waarover gewone rechtssubjecten in de regel niet beschikken.⁸

2.2 Van autonoom naar responsief recht

‘Legality’, schrijven Nonet en Selznick, ‘is the promise of autonomous law; legalism is its affliction’.⁹ Een al te grote nadruk op formele regels vermindert het aantal juridisch relevante feiten, zodat het recht op afstand komt te staan van de sociale realiteit. Het resultaat is een legalisme dat zich blindstaart op de zuivere toepassing van het recht als regelsysteem maar verder weinig oog heeft voor de concrete werkelijkheid waarop dat regelsysteem betrekking heeft. Een dergelijke neiging tot legalisme maakt de autonome rechtsopvatting weinig praktisch van aard. In haar gerichtheid op formele zuiverheid neigt zij tot een eenzijdige nadruk op algemene regels en procedures en tot miskennen van concrete maatschappelijke doelen en behoeften. In die zin is het autonome recht verwant aan de moderne staatsbureaucratie zoals beschreven door Max Weber.¹⁰ Steunend op het ‘rationeel-legale gezag’ zoals dat in de analyse van Weber berust op algemene regeltoepassing is het primair gericht op formele gelijkheid en het voorkomen van willekeur, maar vergeet het zich te laten informeren door concrete behoeften van burgers. Evenals het Weberiaanse model van staatsbureaucratie kan het autonome recht worden begrepen als een reactie op repressie en willekeur, maar kleven er – althans in zijn al te legalistische verschijningsvorm – te veel nadelen aan om uiteindelijk stand te houden als gezaghebbende stijl van juridische ordening.

Het antwoord op de gezagscrisis van het autonome recht is gelegen in een stijl van juridische ordening die Nonet en Selznick aanduiden als ‘responsive law’. Het responsieve recht wenst niet langer blind te zijn voor concrete behoeften van rechtssubjecten en praktische gevolgen van juridische beslissingen. Waar het autonome recht

⁸ Nonet en Selznick 2001, p. 62.

⁹ Nonet en Selznick 2001, p. 64.

¹⁰ Weber 1978, p. 217-223.

het beeld omarmt van een geblinddoekte Vrouwe Justitia, bepleit het responsieve recht juist een verbreding van het juridische blikveld. Het beperkt zich niet tot eindeloze oefeningen in juridisch-dogmatische figuurzagerij, maar verdiept zich in de sociale, economische en culturele context en betreft de inzichten die dat oplevert bij haar juridische beschouwingen. Anders dan het autonome recht berust het responsieve recht niet alleen op een democratische legitimiteit die wordt bepaald door periodieke verkiezingen, maar ontleent het zijn gezagsaanspraak daarnaast aan een principieel open opstelling ten opzichte van de wensen en het weten van burgers. In navolging van Hanna Pitkin begrijpen politicologen ‘responsiveness’ wel als de mate waarin concrete wensen en behoeften ook daadwerkelijk tot het politieke systeem doordringen.¹¹ Het responsieve recht valt onder meer te begrijpen als de juridische vertaling van die gedachte. In een responsieve rechtsstaat ervaart de burger dat het gezag daadwerkelijk geïnteresseerd is in zijn positie en zijn argumenten, zo drukt Scheltema het uit.¹²

Juist door zich ten opzichte van de samenleving open op te stellen is het responsieve recht beter dan het autonome recht in staat voor burgers een goede dienstverlener te zijn. In die zin is het responsieve recht behalve aan de democratische theorie van Pitkin en anderen ook verwant aan de wijze waarop responsiviteit door bestuurskundigen veelal wordt begrepen. ‘Responsive government’, aldus bijvoorbeeld Robert Putnam, ‘not only considers the demands of its citizenry, but also acts efficaciously upon those demands,’¹³ Ook de responsieve overheid zoals Nonet en Selznick die voor zich zien, wenst niet alleen een overheid *van*, maar tevens *voor* de burgers te zijn. In een responsieve rechtsstaat staan niet de algemene regels, maar de met die regels te dienen doelen centraal; in dit verband spreken zij van een ‘sovereignty of purpose’.¹⁴ De nieuwe oriëntatie op doelen staat op gespannen voet met het blinde beroep op regels en de technisch-juridische taal zoals die in het autonome recht gebruikelijk zijn. Rechterlijke argumentatie in het responsieve recht vraagt lang niet meer alleen om ingewikkeld gejongleer met regels en dogmatische concepten, maar ook – en vaak zelfs *vooral* – een afweging van de bij een bepaalde zaak betrokken particuliere en algemene maatschappelijke belangen.¹⁵

2.3 Van ‘low-risk’ naar ‘high-risk’

De primaire oriëntatie op doelen en niet op regels heeft duidelijke voordelen, maar houdt ook risico’s in. Waar het autonome recht valt te begrijpen als een ‘low-risk view of law and order’, is het responsieve recht juist een ‘high-risk’ model van juridische ordening.¹⁶ Het autonome recht beschikt over een duidelijke ‘spirit of constraint’ en werpt strikte grenslijnen op die door het bestuur niet mogen worden overschreden.

¹¹ Pitkin 1967, p. 233.

¹² Scheltema 2015, p. 288.

¹³ Putnam 1993, p. 63.

¹⁴ Nonet en Selznick 2001, p. 78.

¹⁵ Vgl. o.a. Hirsch Ballin 1988.

¹⁶ Nonet en Selznick 2001, p. 68-69.

Andersom neemt ook de rechter scherpe grenslijnen in acht, zodat hij ontkomt aan de verdenking zich te bemoeien met zaken waar hij zich buiten zou moeten houden. In het responsieve recht vervagen die grenslijnen juist, met alle gevaren van dien. Het grootste risico zien Nonet en Selznick in een 'instrumentalist jurisprudence' waarin bestuurders zich niet langer aan algemene regels gebonden achten en ook rechters zich van die regels niet langer veel aantrekken. Een dergelijk instrumentalisme is onverenigbaar met een stabiele juridische orde, niet alleen omdat een 'heerschappij van rechters' op de loer ligt, maar ook omdat het binnen een al te eenzijdig op doelen georiënteerd stelsel moeilijk is voor rechters om ten opzichte van de politiek een juiste afstand te bewaren en niet te bezwijken onder politieke druk. 'A too open legal order', aldus Nonet en Selznick, 'loses the ability to moderate the power in society; it regresses to oppression'.¹⁷

Ondanks de gevaren die eraan verbonden zijn, presenteren Nonet en Selznick het responsieve recht – het hoogste stadium in hun juridische ontwikkelingsmodel – als een stijl van ordening waarin klassieke waarden van legaliteit, gelijkheid en rechtszekerheid kunnen worden bewaard in een juridische orde waarin wordt afgerekend met een al te formalistische, van concrete maatschappelijke behoeften abstraherende handhaving van die waarden.¹⁸ De vraag is of zij daarmee voldoende recht doen aan fricties en spanningen tussen autonoom en responsief recht als stijlen van juridische ordening die moeilijk met elkaar verenigbaar zijn. Iets soortgelijks geldt voor de visie van Scheltema, die de responsieve rechtsstaat presenteert als nastrevenswaardig ideaal, maar nergens duidelijk maakt hoe de waarden van het autonome recht probleemloos in dat nieuwe ideaal zouden kunnen worden verdisconteerd.¹⁹ Is de behoefte aan juridisch maatwerk altijd verenigbaar met de noodzakelijke algemeenheid van het recht? Is het werkelijk mogelijk de voordelen te genieten van scherpe grenslijnen en die grenslijnen tegelijkertijd te doen vervagen? Kunnen juridische instituties een veilige afstand bewaren ten opzichte van politiek en beleid en zich tegelijkertijd voldoende rekenschap geven van concrete behoeften van burgers?

Een moderne theoreticus van het publiekrecht die dergelijke vragen zonder omhaal ontkennend beantwoordt, is Martin Loughlin, die de moderne staat in een aantal gezaghebbende publicaties terugvoert op twee onderling onverzoenbare uitgangspunten. Aan de ene kant gaat het daarbij om de staat als een samenwerkingsverband tussen vrije individuen, een 'formal asociation in terms of rules, not a substantive relationship in terms of common action'. De overheid past daarbij een afstandelijke rol als 'a master of ceremonies, not an arbiter of fashion'.²⁰ Daartegenover plaatst Loughlin de gedachte van de staat als doelgerichte onderneming ('de BV Nederland') of als een soortgelijke organisatie die gericht is op de verwezenlijking van een

17 Nonet en Selznick 2001, p. 76.

18 Nonet en Selznick 2001, p. 108.

19 Zie o.a. Scheltema 2019, p. 248.

20 Loughlin 2012, p. 160, onder verwijzing naar Oakeshott 1975, p. 202-203. Zie ook Loughlin 2003, p. 16-17.

bepaald gezamenlijk streven. Op grond van die voorstelling van zaken is de uitoefening van overheidsgezag een bedrijfsmatige aangelegenheid, met de gezagsdrager 'being related to this enterprise in some such manner as that of its custodian, guardian, director, or manager'.²¹ De spanning tussen die twee concepties van de staat, stelt Loughlin, is onoverkomelijk. Er is geen balans of juiste middenweg die de onderlinge ongerijmdheid tussen de twee uitgangspunten kan wegnemen. Oost is oost en west is west, nooit zullen die twee samenkomen.²²

²¹ Loughlin 2003, p. 17-19; Loughlin 2012, p. 161-162.

²² Loughlin 2012, p. 163. De visie van Loughlin is sterk schatplichtig aan de twee concepties van de staat zoals die worden onderscheiden in Oakeshott 1975. In de Nederlandse rechtstheorie zijn de ideeën van Oakeshott onder andere verder uitgewerkt in Van Klink 2010.

3 De responsieve rechter

3.1 Van grensbewaker naar scheidsrechter

Een eerste manifestatie van de spanning tussen het sterk op regelgebondenheid gerichte autonome recht enerzijds en het meer op maatwerk en flexibiliteit georiënteerde responsieve recht anderzijds heeft betrekking op de positie van de bestuursrechter. Op grond van de kernprincipes van het autonome recht laat de ideale rechter zich beschrijven als de objectieve zegsman van een onpersoonlijke juridische orde, een duidelijke afstand bewarend ten opzichte van de strijdende partijen die hij voor zich heeft. Bij het vellen van zijn oordeel laat hij zich strikt leiden door algemene regels en abstracte beginselen. In zijn vermeende neutraliteit blijft hij onbewogen door persoonlijke voorkeuren en laat hij zich niet meeslepen door emoties en gevoelens. Vanuit zijn afstandelijke positie bewaakt hij de integriteit van de abstracte juridische orde, zonder zich al te zeer te bekommeren om particuliere omstandigheden en concrete behoeften van burgers. Trots bogend op zijn haast onmetelijke kennis van het recht als ingewikkeld systeem van regels en beginselen houdt hij de ogen gesloten voor de concrete sociale werkelijkheid waarop het rechtsgeschil betrekking heeft en concentreert hij zich slechts op een abstracte juridische logica, bevreesd als hij is zijn pose van neutraliteit te verliezen door zelf te worden herkend als participant in een maatschappelijke belangenstrijd.¹

Een dergelijke voorstelling van zaken is goed herkenbaar in de ideeën van J.A. Loeff als een van de ‘founding fathers’ van het Nederlandse bestuursrecht. De ‘Staat als Rechtsstaat’ vereist volgens Loeff dat de bevelen van de democratische wetgever door zowel burgers als bestuurders steeds stipt worden nageleefd.² Loeffs ideale bestuursrechter staat aan de buitengrenzen van het bestuurlijke domein opgesteld om het bestuur te corrigeren zodra het erbuiten treedt. Kwesties van behoorlijkheid en beleid behoren tot het domein van het bestuur zelf en blijven buiten zijn bereik. Rechtzoekenden fungeren slechts als ‘onbezoldigd rijksverklidders’, de rechter informierend over een verstoring van de objectieve juridische orde.³ Van een partijenproces is geen sprake. Het bestuur staat strikt genomen niet in een juridische relatie tot één of meer specifieke burgers, maar is steeds gebonden aan wettig handelen jegens de gehele gemeenschap. Het bestuursproces behelst daarom geen ‘beslissing (...) van een tusschen twee partijen loopend geschil’, maar slechts

¹ Vgl. o.a. Hol en Loth 2001, p. 20-21.

² Loeff 1887, p. 78.

³ Verheij 1992, p. 136.

de bescherming van de abstracte rechtsorde tegen onwetmatige bevoegdheidsuitoefening.⁴ De bestuursrechter is aldus *grensbewaker*, geen *scheidsrechter*; zijn optreden is niet gericht op de oplossing van een geschil dat de betrokken partijen verdeeld houdt, maar slechts op de formele zuiverheid van de rechtsorde als abstract geheel.⁵

Zoals bekend doet het abstracte perspectief dat de bestuursrechter als afstandelijke grensbewaker dient te hanteren soms afbreuk aan de integrale behandeling en effectieve beslechting van het concrete geschil dat de betrokken partijen verdeeld houdt. Daarom ontwikkelde de bestuursrechter zich de afgelopen decennia steeds meer tot scheidsrechter die zich primair buigt over de kwestie die de strijdende partijen in een bepaalde bestuursrechtelijke zaak verdeeld houdt en die kwestie indien mogelijk tot een oplossing brengt. Een omvangrijke ‘zoektocht naar finaliteit en effectiviteit’ heeft die ontwikkeling de laatste jaren in een stroomversnelling gebracht. Daarbij valt onder meer te denken aan de invoering van bestuurlijke en judiciële lussen, de verruimde mogelijkheden tot het passeren van formele gebreken en het nemen van nieuwe besluiten in bestaande bezwaar- en beroepsprocedures, de invoering van een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, de herschikking en aanscherping van rechterlijke uitspraakbevoegdheden en de introductie van het uitgangspunt dat de bestuursrechter het aan hem voorgelegde geschil zo definitief mogelijk beslecht.⁶ Al deze innovaties berusten op een denkmodel waarin de bestuursrechter zich niet langer primair oriënteert op de abstracte zuiverheid van de rechtsorde *erga omnes* (‘jegens allen’), maar op de vaststelling van rechten en plichten *inter partes* (‘tussen de partijen’).

Het nieuwe denkmodel dat aan het vernieuwde bestuursprocesrecht ten grondslag ligt, is *responsief* in de zin dat het zich niet langer blindstaart op een formele en abstracte juridische logica, maar zich voortaan mede oriënteert op specifieke belangen en concrete sociale verhoudingen. Waar de bestuursrechter als objectieve handhaver van algemene normen zich bij de beoordeling van het geschil in beginsel niet verdiept in de concrete belangen van de betrokken partijen, zijn juist die belangen in het ‘meer responsieve bestuursrecht’ niet zelden van beslissende betekenis. Ook bredere maatschappelijke belangen spelen bij de vernieuwingen een belangrijke rol. Niet voor niets kwamen veel van de genoemde innovaties tot stand in het licht van het politieke streven naar ‘een slagvaardiger bestuursprocesrecht’, waarbij dan vooral wordt gedoeld op een stelsel waarin snelle besluitvorming en daadkrachtig overheidsbestuur voorop staan en ‘oneigenlijk gebruik’ van rechtsbeschermingsinstrumenten voortaan wordt voorkomen.⁷ Van responsiviteit als eenduidig ‘hoera-begrip’ is bij dit alles natuurlijk geen enkele sprake. Integendeel: het vernieuwde bestuursprocesrecht is – in de woorden van Nonet en Selznick – een ‘high-risk’ model van juridische ordening dat op zijn best getuigt van een aangenaam pragmatisme,

4 Loeff 1887, p. 67.

5 Vgl. Van Wijk 1974, p. 105-III.

6 Allewijn 2011, p. 77 e.v.; Schueler 2012.

7 Zie o.a. Barkhuysen en Claessens 2012 voor een kritische bespreking van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.

maar gemakkelijk omslaat in een managerialisme dat eenzijdig is gericht op output en efficiency.⁸

3.2 Van scheidsrechter naar ‘burgervriend’

Hoe het ook zij: kenmerkend voor de verschuiving van de rol van de bestuursrechter van afstandelijke grensbewaker naar betrokken scheidsrechter is een toegenomen aandacht voor de sociale werkelijkheid die het bestuursrecht als abstract systeem van algemene regels en procedures wordt geacht te reguleren. Aan de toegenomen aandacht voor de ervaren rechtvaardigheid van de bestuursrechtelijke procedures ligt eenzelfde openheid ten opzichte van de empirische werkelijkheid ten grondslag. Sociaalpsychologische inzichten over procedurele rechtvaardigheid hebben in het bestuursrecht vooral hun beslag gekregen in het kader van de ‘Nieuwe Zaaksbehandeling’ als vernieuwingsprogramma dat tot stand is gekomen in reactie op de kritiek uit de derde evaluatie van de Awb. Vanaf 2011 hanteren de bestuursrechters in eerste aanleg een nieuwe rechterlijke werkwijze die gericht is op snelheid, maatwerk en finale geschilbeslechting. In zaken die zich daarvoor lenen, is het voortaan uitdrukkelijk de bedoeling dat de bestuursrechter zich niet beperkt tot een strikt juridische benadering van de zaak, maar ook aandacht besteedt aan het ‘materiële conflict’ dat achter de rechtsstrijd schuil gaat.⁹ In veel gevallen zal dat uiteindelijk leiden tot een reguliere uitspraak, maar de nieuwe aanpak, zo is het idee, schept daarnaast ook ruimte voor buiten-juridische conflictoplossing door schikking of mediation.¹⁰

De bestuursrechter ‘nieuwe stijl’ verschilt zowat in alles van de bestuursrechter als afstandelijke grensbewaker zoals Loeff die voor zich zag. Zijn aandacht gaat niet uit naar een objectieve rechtmatigheidstoets, maar naar de oplossing van het concrete juridische geschil en – indien van toepassing – ook van het materiële conflict dat daarachter schuilgaat. Hij laat zich niet zozeer leiden door uniforme procedures, maar past maatwerk toe door de procedure zo veel mogelijk toe te snijden op de zaak waarmee hij zich geconfronteerd ziet en houdt daarbij zo mogelijk rekening met de wensen van de betrokken partijen. Hij laat merken dat hij geïnteresseerd is in de concrete belangen en de emoties en gevoelens van de partijen, geeft uitleg waar nodig, vermijdt waar mogelijk juridisch jargon en hanteert steeds duidelijke taal. De gedachte achter de nieuwe aanpak is onder meer dat zo meer recht wordt gedaan aan wat sociaalpsychologen aanduiden met termen als ‘voice’, ‘process control’, ‘due consideration’ en ‘face’.¹¹ Met andere woorden: de behandeling van de zaak wordt op die manier eerder ervaren als een procedure waarin de burger zich gehoord, gekend, serieus genomen, respectvol bejegend en daarmee uiteindelijk ook eerlijk behandeld

⁸ Zie ook Van den Berge 2017.

⁹ Zie o.a. Marseille e.a. 2015; Verburg 2019, p. 77 e.v.

¹⁰ Allewijn 2011, p. 93-99; Allewijn 2018.

¹¹ Zie o.a. Lind en Tyler 1988.

voelt. Niet ‘als een dossiertje, een nummertje’, maar als gewaardeerd medeburger en volwaardig lid van de samenleving.¹²

De toegenomen belangstelling voor procedurele rechtvaardigheid komt niet alleen voort uit de behoefte aan door burgers als rechtvaardig ervaren juridische procedures op zichzelf, maar berust daarnaast op de wens tot versterking van de ervaren rechtvaardigheid van juridische instituties meer in het algemeen. De gedachte is onder meer dat procedurele rechtvaardigheid eraan kan bijdragen dat betrokkenen zich neerleggen bij rechterlijke uitspraken, ook als die voor hen negatief zijn. Uiteindelijk is procedurele rechtvaardigheid daarmee van groot belang voor de instandhouding van een politiek-juridische orde als voorwaarde voor een vreedzame samenleving. Zolang burgers de juridische orde als rechtvaardig beschouwen, zullen zij eerder geneigd zijn vrijwillig in te stemmen met de plichten die het recht hun oplegt en is de kans groter dat zij zich zonder dwang zullen voegen naar de beslissingen van autoriteiten. Met andere woorden: door burgers ervaren ‘treatment fairness’ is voor het bestaan van een stabiele, niet op dwang maar op instemming berustende rechtsorde essentieel.¹³ Gezagsdragers, aldus Tom Tyler in een spraakmakend boek, doen er goed aan hun handelen daarop af te stemmen. Of zij nu rechter of bestuurder zijn: een door burgers als eerlijk ervaren behandeling staat meestal garant voor ‘voluntary compliance’ als de meest ideale vorm van sociale controle.¹⁴

In een recent proefschrift pleit André Verburg in dit verband voor de rechter als ‘civic friend’, dat wil zeggen, als ‘burgervriend’ die zich niet aan de partijen presenteert als een afstandelijke grensbewaker, maar als betrokken persoon die dan wel rechter is, maar vooral ook medeburger in de juridische gemeenschap waarvan zowel hijzelf als de partijen deel uitmaken.¹⁵ Als professionele vriend staart de rechter zich niet blind op algemene regels en abstracte principes, maar stemt hij zijn handelen en uiteindelijk ook zijn beslissing zo veel mogelijk af op de concrete situatie waarmee hij te maken krijgt. Hij vermijdt onnodige juridisering van het conflict en snijdt zijn oordeel steeds toe op specifieke situaties, vertrouwend op een ‘six-pack’ van deugden waarvan ‘rechterlijk waarnemingsvermogen’ – de opmerkzaamheid voor de specifieke omstandigheden van het specifieke geval – een belangrijke positie inneemt. Daarnaast zijn meer klassieke rechterlijke eigenschappen van belang, zoals een verantwoordelijke, jegens alle leden van de juridische gemeenschap te verantwoorden omgang met recht als systeem van algemene normen en een voor alle partijen duidelijk kenbare onpartijdigheid en onafhankelijkheid. De ‘six-pack of judicial virtues’ is een geheel waarvan de elementen niet los verkrijgbaar zijn. Een werkelijk deugdzame rechter, aldus Verburg, doet steeds aan alle deugden tegelijk voldoende recht.¹⁶

¹² Verburg 2019, p. 39.

¹³ Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014, p. 16.

¹⁴ Tyler 1990, p. 4.

¹⁵ Verburg 2019, p. 66-69.

¹⁶ Verburg 2019, p. 59-66, verwijzend naar Van Domselaar 2015.

‘Alles inclusief!’, is aldus de wervende leus waarmee Verburg zijn ideale bestuurs-rechter aanprijst. Maar de vraag is of zo’n aantrekkelijk aanbod wel geloofwaardig is. Verburgs deugdzame rechter houdt afstand en is nabij tegelijk. Hij legt jegens de gehele samenleving verantwoording af en spitst zijn handelen en zijn oordeel ook steeds toe op de concrete partijen waarmee hij zich geconfronteerd ziet. Hij toont zich actief betrokken bij het wel en wee van de betrokkenen in de procedure maar laat geen twijfel bestaan aan zijn objectiviteit en onpartijdigheid. Geleid door een onbreekbaar six-pack van rechterlijke deugden weet hij in elke situatie ‘het juiste midden’ te kiezen zodat hij zorgt voor een ‘bestuursrechtspraak in balans’ waar verschillende deugden of juridische waarden met elkaar in botsing komen. Met andere woorden: Verburgs analyse is erop gericht de kernwaarden van het autonome recht – rechtszekerheid, formele gelijkheid en legaliteit – en die van het responsieve recht – openheid ten opzichte van de feiten, maatwerk en billijkheid – met elkaar te verenigen of althans in harmonie samen te brengen. Dat project is zo mooi en de nieuwe stijl van communiceren is zo aangenaam dat we bijna zouden vergeten ook de publieke machtsuitoefening die wordt uitgeoefend door Verburgs moderne bestuursrechter kritisch tegemoet te treden.

3.3 Procedurele rechtvaardigheid

Het concept van procedurele rechtvaardigheid als nieuwe, meer informele strategie ter ondersteuning van de gezagsaanspraak van politieke en juridische instituties is echter niet geheel onproblematisch. Ten opzichte van andere wijzen van conflict-beslechting – zoals onderhandeling en bemiddeling – hanteert de rechtspraak van oudsher eigen vormen die de laatste jaren niet alleen het bestuursrecht, maar ook in het straf- en privaatrecht sterk onder druk zijn komen te staan. Het kan zijn dat die eigen vormen soms pragmatische oplossingen in de weg staan. Toch zijn zij er ook weer niet voor niets. In de rechtspraak, schrijft Iris van Domselaar terecht in een recente opiniebijdrage in NRC Handelsblad, staat meer op het spel dan het oplossen van de concrete problemen van de direct betrokken partijen.¹⁷ Als het goed is, richt rechtspraak zich niet alleen op de kwestie die de partijen verdeeld houdt, maar geeft zij ook uitdrukking aan een algemene orde op basis waarvan burgers met elkaar samenleven. Het algemene aspect van rechtspraak verhoudt zich slecht tot een juridische praktijk die de logica van de markt volgt, rechtzoekenden als klanten beschouwt en juridische vormen afzweert omdat direct betrokkenen nu eenmaal de voorkeur geven aan een meer op maatwerk en flexibiliteit georiënteerde rechterlijke handelwijze.

Daarnaast is er nog een tweede reden waarom het concept van procedurele rechtvaardigheid niet onproblematisch is. Die reden hangt samen met de strategische inzet van procedurele rechtvaardigheid als instrument van sociale controle. In zijn studie naar procedurele rechtvaardigheid stelt Tyler zich in het bijzonder de vraag ‘what political and legal authorities can do to shape public behavior’.¹⁸ De legitimiteit

¹⁷ Van Domselaar 2020.

¹⁸ Tyler 1990, p. 65.

van publiek gezag wordt door hem vooral begrepen als de kans dat mensen zich er vrijwillig naar voegen, niet als de mate waarin uitkomsten en procedures overeenkomen met eisen van gelijkheid, billijkheid en rechtszekerheid. Vrijwillige gehoorzaamheid aan het gezag van politieke en juridische instituties is belangrijk voor een stabiele orde en stelt de autoriteiten in staat ‘to act in ways that will most effectively advance their objectives’.¹⁹ In Nederlandse literatuur over procedurele rechtvaardigheid valt een soortgelijke preoccupatie met de handhaving van het bestaande gezag en de bewerkstelling van beleidsdoelen te ontwaren. Doelmatig overheidsgezag vereist dat burgers vertrouwen in de overheid hebben, aldus bijvoorbeeld Kees van den Bos in een op verzoek van het ministerie van BZK geschreven essay; ‘wanneer je als overheid begrijpt hoe het mechanisme van vertrouwen bij burgers werkt, is dit een kosten-efficiënte manier om een betere overheid te creëren’.²⁰

Met stabiele politieke en juridische instituties en de vrijwillige instemming van burgers met overheidsgezag is op zichzelf natuurlijk niets mis. Integendeel; als legitiem ervaren instituties zijn met het oog op te behalen beleidsdoelen reuze efficiënt en sowieso hard nodig om een orde te bewaren die voorkomt ‘dat mensen elkaar de hersens inslaan’.²¹ Wat in veel literatuur over procedurele rechtvaardigheid tot nog toe echter ontbreekt is een kritische omgang met het concept als strategisch instrument om bestaande machtsposities te bestendigen en burgers zo ver te krijgen zich neer te leggen bij overheidsbeslissingen.²² In veel empirisch-juridisch onderzoek – in Nederland en daarbuiten – is getracht procedurele rechtvaardigheid te identificeren als factor die bij de aanvaarding van rechterlijke uitspraken van zelfstandige betekenis is.²³ Niet zelden worden rechtvaardige procedures daarbij min of meer gelijkgesteld aan als rechtvaardig ervaren procedures. Dergelijk onderzoek valt goed te begrijpen vanuit de behoefte van beleidsmakers aan instrumenten om hun beslissingen aan burgers als legitiem te verkopen zonder de inhoud ervan inhoudelijk aan te passen. In het slechtste geval verwordt procedurele rechtvaardigheid op die manier tot een techniek om inhoudelijke weerstand tegen publieke machtsuitoefening – of het nu rechtspraak of bestuursbeleid betreft – op gracieuze wijze te omzeilen.²⁴

De theorie van Nonet en Selznick biedt een aantrekkelijk kader om sociaalpsychologische inzichten over procedurele rechtvaardigheid in ons juridisch denken een duidelijke plek te geven en tegelijk kritisch te blijven op de wijze waarop die inzichten in de praktijk van het bestuursrecht worden verdisconteerd. Het responsieve recht is immers enerzijds een stijl van juridische ordening die zich niet beperkt tot een abstracte juridische logica, maar daarnaast het juridisch blikveld verruimt tot de

19 Tyler 1990, p. 26.

20 Van den Bos 2011, p. 39. Vgl., onder veel meer, Raad voor openbaar bestuur 2014, p. 3, over ‘passend’ (voorheen: ‘prettig’) contact met de overheid: ‘Deze manier van werken blijkt plezieriger voor mensen die ermee te maken krijgen en is goedkoper voor overheidsorganisaties.’

21 Verburg 2019, p. 34.

22 Vgl. o.a. Sarat 1993.

23 Zie, met betrekking tot het Nederlandse bestuursrecht, o.a. Boekema 2015 en Grootelaar 2018.

24 Vgl. o.a. Westerman 2019, p. 254.

empirische werkelijkheid waarop het recht betrekking heeft. Sociale trends van individualisering en horizontalisering maken dat het autonome recht en het ideaal van de bestuursrechter als onpersoonlijke wetshandhaver sterk aan overtuigingskracht hebben ingeboet. In plaats daarvan is een bestuursrechter nodig die oog heeft voor de sociale context waarop het rechtsgeschil betrekking heeft en zichtbaar betrokken is bij hetgeen de partijen bezighoudt. Anderzijds, zoals ook Nonet en Selznick benadrukken, is het juist de openheid ten opzichte van de empirische feiten die het responsieve recht gemakkelijk vatbaar maakt voor een expliciet of meer verhuld juridisch instrumentalisme dat zich eenzijdig richt op doelmatigheid en burgerlijke gehoorzaamheid. De moderne, 'meer responsief' opererende bestuursrechter is in dat opzicht geen uitzondering. Een kritische benadering is blijvend geboden; zodra die ontbreekt, slaat responsiviteit al snel om in repressie.²⁵

25 Vgl. Nonet en Selznick 2001, p. 117, waar zij spreken van een 'risk of regression from responsiveness to repression'.

4 Responsieve regulering

4.1 Van ‘government’ via ‘new public management’ naar ‘network governance’

Een tweede manifestatie van een ‘meer responsief’ opererend publiek gezag waarmee het Nederlandse bestuursrecht te maken heeft, is de verschuiving van ‘government’ naar ‘governance’ als nieuwe stijl van overheidssturing. Met ‘government’ doel ik in dit verband op een bureaucratisch sturingsmodel waarbij – conform de principes van het autonome recht – regelgebondenheid van het bestuur centraal staat. Publieke bevoegdheden hebben daarbij steeds een duidelijke plek in een hiërarchisch stelsel dat gericht is op rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rechtmatigheid.¹ Publieke machtsuitoefening is steeds duidelijk te herleiden tot – zoals Van der Hoeven het zo mooi zegt – ‘een punt, de democratisch gelegitimeerde staat’.² Het moderne buzzword ‘governance’ is lastiger te omschrijven, berucht als het is om de veelheid aan betekenissen die eraan wordt gegeven. Maar een punt van overeenkomst tussen al die betekenissen is toch steeds dat ‘governance’ betrekking heeft op een vorm van overheidssturing waarbij – conform de principes van het responsieve recht – niet regelgebondenheid, maar het bereiken van doelen vooropstaat en waarbij de overheid zich niet beperkt tot verticale sturing, maar daarnaast op ‘publiek-private samenwerking’, ‘netwerkbestuur’ en ‘regulering op afstand’ als meer horizontaal georiënteerde strategieën om die doelen te verwezenlijken.³

Een belangrijk moment in de overgang van ‘government’ naar ‘governance’ wordt bepaald door de opkomst van ‘new public management’ in de late jaren tachtig van de vorige eeuw. Die managementfilosofie berust onder meer op een sterk vertrouwen in onderlinge concurrentie en de tucht van de markt als de sleutels tot een betere, snellere en goedkopere uitvoering van overheidsbeleid. Vooral in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, maar ook op het Europese continent leidde de nieuwe stijl van overheidsmanagement tot grootschalige uitbesteding van publieke taken aan private actoren. ‘The government should steer, not row’, aldus een bekende, aan het werk van de bestuurskundigen Osborne en Gaebler ontleende strijdleus van het nieuwe overheidsmanagement.⁴ Dat wil zeggen: de overheid dient zich te beperken tot het formuleren van enkele hoofdlijnen van beleid en de uitvoering daarvan zo veel mogelijk aan anderen over te laten. Voor zover zij wel nog

1 Vgl. o.a. Papadopoulos 2013, p. 120.

2 Van der Hoeven 1989, p. 214.

3 Vgl. o.a. Levi-Faur 2010.

4 Osborne en Gaebler 1992, p. 25.

taken zelf uitvoert, zou zij haar bedrijfsvoering zo veel mogelijk in overeenstemming moeten brengen met de wijze waarop marktpartijen opereren. Een volgens de principes van het new public management opererende overheid 'stuurt op resultaat', bijvoorbeeld door uitvoeringsinstanties met elkaar in competitie te brengen, haast eindeloos te benchmarken of anderszins van allerlei als prestatiebevorderend bedoelde prikkels te voorzien.

Inmiddels is de theorie van 'new public management' alweer doodverklaard en begraven onder het inzicht dat een al te eenzijdige nadruk op marktwerking afbreuk kan doen aan belangrijke publieke standaarden van transparantie, inclusiviteit, democratische verantwoording en de bescherming van grondrechten.⁵ In 2000 concludeerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) bijvoorbeeld al dat 'new public management' een risico inhoudt voor de borging van publieke belangen – een stelling die zeker na de kredietcrisis in 2008 breed wordt onderschreven en inmiddels in tal van studies nader is uitgewerkt.⁶ Dat wil echter niet zeggen dat het bureaucratische model nu weer herleeft en de overheid opnieuw een centrale positie inneemt als 'spin in het web' van een geleide economie en verzorgingsstaat. Integendeel: de dominante visie is nu dat overheid, markt en maatschappij niet zonder elkaar kunnen, maar zich samen 'om de tafel' zullen moeten scharen om tot beleid te komen dat voldoende tegen hedendaagse uitdagingen is opgewassen. Of het nu het klimaat, de verzorgingsstaat of veiligheidskwesties betreft: steeds is het idee dat de overheid de problemen alleen samen met burgers, maatschappelijke organisaties en bedrijven de baas zal kunnen zijn. Van 'government' via 'new public management' naar 'new public governance' of 'network governance', zo duiden bestuurskundigen deze ontwikkeling wel aan.⁷

Het nieuwe model van publiek-privaat netwerkbestuur is responsief in verschillende opzichten. Ten eerste fixeert het zich niet op toepassing en handhaving van algemene regels als doel op zichzelf, maar gaat het primair uit van gewenste sociale en maatschappelijke uitkomsten. Maatwerk en flexibiliteit zijn hier sleutelbegrippen. Ten tweede plaatst het burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties ten opzichte van het bestuur niet in de rol van louter passieve 'bestuurden', zoals het bureaucratische model van 'government'. Het reduceert burgers evenmin tot 'klienten', zoals het 'new public management'. In plaats daarvan gaat het nieuwe model uit van een intersubjectieve benadering waarbij voor burgers en hun organisaties een rol is weggelegd als 'coproducenten van beleid', dat wil zeggen, als 'partners' in een 'netwerksamenleving' waarin publieke en private actoren in samenspraak het beleid bepalen.⁸ Daarmee spreekt de filosofie van het netwerkbestuur de taal van het responsieve recht, zich zowel beroepend op de output- als de inputlegitimiteit daarvan. De genetwerkte overheid, zo is de gedachte, levert niet alleen betere 'output', maar is bovendien meer democratisch omdat de 'input' van burgers niet

5 Zie voor de figuurlijke doodverklaring van 'new public management' vooral Dunleavy e.a. 2006.

6 WRR 2000; zie ook WRR 2012a.

7 Klijn en Koppenjan 2016, p. 9-10; p. 310.

8 WRR 2012b, p. 187 e.v.

beperkt blijft tot de uitslag van periodieke verkiezingen, maar mede vorm krijgt in een publiek-privaat samenspel waarin zij zich ook anderszins kunnen laten gelden.⁹

4.2 Gouvernentaliteit

De overgang van ‘government’ naar ‘network governance’ wordt vooral in bestuurskundige literatuur alom bezongen als een welkome ontwikkeling. ‘The times they are a-changing’, zo onderschrijft de Raad voor het openbaar bestuur (Rob) de nieuwe sturingsfilosofie bijvoorbeeld onder verwijzing naar Bob Dylan.¹⁰ De verschuiving van een bureaucratische en hiërarchische sturingswijze naar publiek-privaat netwerkbestuur behelst volgens de Rob een hoognodige ‘herontdekking van de samenleving’.¹¹ De huidige tijd zou vragen om een overheid die alleen zelf het heft in handen neemt als het echt niet anders kan en voor het overige ‘ruimte geeft aan vitaliteit’ door bij de uitvoering van publieke taken zo veel mogelijk te vertrouwen op samenwerking met burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties. ‘Loslaten in vertrouwen’, noemt de Rob dat: in beginsel uitgaan van de ‘eigen kracht’ van burgers en pas verticaal ingrijpen als er niets anders opzit.¹² Het oude model van verticale overheidssturing, aldus ook de WRR, dient plaats te maken voor ‘netwerksturing’ waarin ‘tweerichtingsverkeer’ tussen overheid en burger voortaan het uitgangspunt is en de overheid ‘de kunst van loslaten’ beheerst door zich in beginsel tevreden te stellen met een plaats naast burgers en hun samenwerkingsverbanden in kleinere en grotere bestuurlijke netwerken.¹³

Te midden van alle bewieroking van de nieuwe sturingswijze is het haast verfrissend te constateren dat er ook wetenschappers zijn die het publiek-private netwerkbestuur op kritischer wijze tegemoet treden. Met ‘loslaten’ heeft de nieuwe sturingswijze niets te maken, aldus bijvoorbeeld de Rotterdamse sociologen Willem Schinkel en Friso van Houdt.¹⁴ Integendeel: juist door zich ten opzichte van burgers als partner op te werpen is de overheid in staat dieper en dwingender door te dringen tot het private domein dan voorheen. De nieuwe sturingswijze berust in de analyse van Schinkel en Van Houdt voor een belangrijk deel op een techniek van ‘responsabilisering’. Dat wil zeggen: op de structurele afwenteling van publieke taken op burgers en hun samenwerkingsverbanden, vaak onder verwijzing naar een ideologisch kader waarin ‘actief burgerschap’, ‘eigen verantwoordelijkheden’ en ‘civil society’ als sleutelbegrippen fungeren. Waar een auteur als Hirsch Ballin het meer horizontaal opererende bestuur associeert met ‘de emancipatie van burgers’ die voortaan gestalten kunnen geven aan hun eigen ‘levensprojecten en bedrijfsplannen’,¹⁵ heeft de nieuwe sturingswijze volgens Schinkel en Van Houdt met een

9 Zie, in kritische zin, o.a. Papadopoulos 2013, p. 130 e.v.

10 Raad van het openbaar bestuur 2012, p. 3.

11 Raad van het openbaar bestuur 2012, p. 60-61.

12 Raad van het openbaar bestuur 2012, p. 67-68. Vgl. het model van ‘responsive regulation’ zoals uiteengezet in Ayres en Braithwaite 1995.

13 WRR 2012b, p. 187-199.

14 Schinkel en Van Houdt 2010a; Schinkel en Van Houdt 2010b.

15 Hirsch Ballin 2015, p. 13.

dergelijke burgervriendelijkheid weinig van doen. In plaats daarvan typeren zij de moderne bestuurspraktijk als een vorm van ‘population management’ waarbij de overheid zich slechts schijnbaar uit de samenleving terugtrekt om haar in feite beter naar de hand te kunnen zetten.¹⁶

Met hun kritiek op het publiek-private netwerkbestuur zijn Schinkel en Van Houdt representanten van een visie die nauwelijks tot het Nederlandse academische debat is doorgedrongen, maar die zich internationaal in een enorme populariteit mag verheugen. Centraal in de zienswijze waarbij zij zich aansluiten is het begrip ‘governmentality’ – een aan het late werk van de Franse filosoof Foucault ontleend begrip dat sinds de verdere doordenking ervan door Nikolas Rose, Peter Miller, Mitchell Dean en anderen vooral in de Anglo-Amerikaanse wereld nauwelijks meer is weg te denken uit de sociale en politieke wetenschappen.¹⁷ Gouvernamentaliteit laat zich omschrijven als een bestuurspraktijk die sterk op output en efficiency is gericht en die zich aan juridische vormen weinig gelegen laat liggen. Het moderne bestuur beroept zich op zijn verticale bevoegdheden als dat zo uitkomt, maar kiest voor meer horizontaal georiënteerde strategieën om zijn doelen te bereiken zodra dat efficiënter schijnt. Zo nodig staat het op zijn formele strepen, maar liever neemt het een informele gedaante aan en bedient het zich van technieken van indirecte sturing waarbij het zich opwerpt als samenwerkingspartner. Juist op die manier is het bestuur zonder veel moeite in staat beschermende juridische grenslijnen te passeren en diep door te dringen tot de private ruimte van burgers.¹⁸

‘Government by stealth’, noemt de Amerikaanse critica Wendy Brown deze techniek in een belangrijk boek over deze materie.¹⁹ Als een moderne straaljager blijft het publiek-private netwerkbestuur gemakkelijk onder de radar van publiekrechtelijke controlemechanismen, onopgemerkt door ‘checks and balances’ van zowel democratische als juridische aard. De overheid stuurt veelal niet zelf, maar beperkt zich tot het ‘sturen van het sturen’ door decentraal opererende publieke en private actoren met elkaar in competitie te brengen en beleid te formuleren dat hen van de juiste prikkels voorziet om maximale resultaten te bereiken. Of het nu het onderwijs, de sociale zekerheid, de gezondheidszorg of de ruimtelijke ordening betreft: op al deze terreinen vervangt de overheid het oude, hiërarchische model van ‘command and control’ door meer diffuse sturingstechnieken waarbij de overheid haar burgers en hun samenwerkingsverbanden schijnbaar meer autonomie laat, maar intussen des te meer greep krijgt op de wijze waarop zij van hun zogenaamde autonomie gebruik zullen maken. ‘Technologies of autonomy’, noemt Rose dat treffend; Schinkel en Van Houdt spreken in vergelijkbare zin van ‘besturen door vrijheid’.²⁰ Juist die informele, horizontaal georiënteerde sturingspraktijk stelt het bestuur in staat zich te

16 Zie voor een belangrijke kritische studie op dit punt ook Westerman 2018.

17 Belangrijke studies in dit verband zijn onder meer Burchell e.a. 1991, Rose 1999 en Rose en Miller 2008. Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van ‘governmentality studies’ verder in het bijzonder Dean 2010, met verdere verwijzingen.

18 Zie ook Van den Berge 2018 en 2019.

19 Brown 2015.

20 Rose 1999, p. 244 e.v.; Schinkel en Van Houdt 2010b.

onttrekken aan democratische en juridische controle en de private ruimte van burgers in feite sterk in te perken.²¹

4.3 Sociaal domein

De problematiek rondom gouvernementaliteit en publiek-privaat netwerkbestuur laat zich goed illustreren aan de hand van het 'sociaal domein' zoals dat wordt bestreken door, onder meer, de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015). Die wet past in een bredere ontwikkeling waarbij de klassieke verzorgingsstaat wordt ingewisseld voor een 'participatiesamenleving' waarin de zorg voor hulpbehoevenden niet langer primair wordt begrepen als een taak voor de overheid, maar als een verantwoordelijkheid die in eerste instantie in handen ligt van burgers en samenleving zelf.²² 'Van iedereen die dat kan', aldus de troonrede van 2013, 'wordt gevraagd verantwoordelijkheid te nemen voor zijn of haar eigen leven en omgeving'. Aan de andere kant is het ook weer niet zo dat de overheid zich de verantwoordelijkheid voor zorg- en hulpverlening in het geheel niet meer aantrekt. 'Een compacte en krachtige overheid', al dan niet bijgestaan door private partijen, blijft garant staan voor zorg aan mensen die dat 'echt nodig hebben'.²³ De beste resultaten, zo is de gedachte, worden bereikt wanneer overheid, markt én samenleving elkaar vinden in een nauw onderling samenspel. 'Goede zorg is niet alleen een zaak van de overheid. Succes boeken we alleen door samen te werken', zo drukt het regeerakkoord dat ten grondslag lag aan het kabinet-Rutte II die gedachte uit.²⁴

Zich beroepend op het ideaal van de participatiemaatschappij zette dat kabinet een ingrijpend proces van decentralisering in waarvan de Wmo 2015 een belangrijk onderdeel is. 'Zorg dicht bij mensen', oftewel, het organiseren van zorg 'dicht bij de mensen thuis' leidt volgens het regeerakkoord tot snellere en betere zorg.²⁵ Daarmee schetst het impliciet een contrast met een kil, centralistisch en bureaucratisch stelsel dat nu aan vervanging toe is. Waar de zorg voor burgers met een chronische lichamelijke of psychische beperking tot 2015 als taak voor de centrale overheid werd gezien, is binnen het vernieuwde sociaal domein het uitgangspunt dat de gemeenten primair verantwoordelijk zijn. Beter dan de centrale overheid zou de gemeente in staat zijn de geboden zorg toe te snijden op de specifieke situaties van particuliere hulpbehoevenden. Daarbij is het uitdrukkelijk de bedoeling dat publieke en private actoren onder regie van de gemeente de handen ineenslaan. De memorie van toelichting spreekt plechtig van 'gezamenlijke doelen' die overheden en private zorgaanbieders zouden hebben inzake de kwaliteit van dienstverlening en het delen van informatie over cliënten. Innige samenwerking tussen de gemeente

21 Zie ook Westerman 2018, hoofdstuk 9.

22 Zie meer uitgebreid ook het preadvies van Matthijs Vermaat in deze bundel.

23 Troonrede 2013, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl.

24 'Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD-PvdA', 29 oktober 2012, p. 20.

25 'Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD-PvdA', p. 21.

enerzijds en private partijen anderzijds zou uiteindelijk moeten leiden tot ‘zo integraal mogelijke dienstverlening’ aan particuliere hulpbehoevenden.²⁶

Een minder hoogverheven doel dat met de herziening van het sociaal domein wordt nagestreefd is kostenbeheersing. Een bestuurstechniek die daartoe wordt ingezet behelst onder meer de figuur van de resultaatverplichting. Waar hulpbehoevenden voorheen aanspraak konden maken op een bepaald zorgaanbod, verbindt de overheid zich onder de Wmo 2015 nog slechts aan een te bereiken resultaat, zoals het kunnen beschikken over ‘een schoon en leefbaar huis’ en ‘schone en draagbare kleding’. Het nieuwe sociaal domein bevat tal van financiële prikkels waarmee wordt beoogd die resultaten op voor de staatskas zo voordelig mogelijke wijze te realiseren. Ten eerste betekent de Wmo 2015 een ‘forse financiële opgave’ voor gemeenten, die voortaan worden geacht de benodigde zorg voor ongeveer twee derde van het oorspronkelijke budget te kunnen leveren.²⁷ Geprikkeld door die financiële uitdaging organiseerden de gemeenten op grote schaal aanbestedingen waarbij private zorgaanbieders werden aangemoedigd de zorg tegen zo laag mogelijke kosten uit te voeren. De centrale overheid stuurt hier dus het sturen van de gemeenten, die op hun beurt het sturen van de private zorgaanbieders besturen. Daarnaast beoogt het nieuwe stelsel ook hulpbehoevenden en hun sociale omgeving zelf tot een actievare houding te bewegen. Schermend met een nieuw burgerschapsideaal dat ‘rechten en plichten meer met elkaar in evenwicht brengt’, beoogt de Wmo 2015 dezelfde eindresultaten te bewerkstelligen voor beduidend minder geld.²⁸

Een cruciaal en inmiddels nogal berucht element in deze resultaatgerichte aanpak is het ‘keukentafelgesprek’. Die term heeft zich inmiddels ontwikkeld tot het zinnebeeld bij uitstek van een moderne ‘stealthtechnologie’ waarmee het bestuur diep binnendringt in het private domein van burgers, maar onder de radar blijft van het bestuursrecht als bijzonder materieel en procedureel juridisch regime. Het keukentafelgesprek, zo vertellen talloze kleurrijke folders ons, is een ‘gesprek van mens tot mens’, een persoonlijk onderhoud met een zorgconsulent van de gemeente met wie ‘je (sic) samen kijkt wat je (sic) persoonlijke situatie is, waar je (sic) ondersteuning bij nodig hebt, en wat oplossingen zouden kunnen zijn. Jij (sic) mag zeggen waar je (sic) behoefte aan hebt’. Van de uitkomst van het gesprek heeft de hulpbehoevende zogenaamd niets te vrezen; daarom is het zaak ‘je (sic) verhaal zo eerlijk mogelijk te vertellen’, zodat ‘je (sic) samen met je (sic) gesprekspartner het beste kunt afspreken welke oplossingen bij jouw (sic) situatie passen’.²⁹ De consequente tutoyering in zo’n folder is veel meer dan alleen vorm. De informele wijze waarop de hulpbehoevende burger hier wordt benaderd representeert een veel breder opgehouden schijn van horizontaliteit en consensualisme die het moderne bestuur bij uitstek in staat stelt

26 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 22-24. Zie verder vooral ook Vonk e.a. 2016.

27 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3. Zie verder o.a. Van Ettekoven 2016, p. 373 en Marseille 2016.

28 Wmo 2015, aanhef.

29 Brochure Huis voor de Zorg, onder meer beschikbaar via www.adviespuntzorgbelang.nl (geraadpleegd op 22 januari 2020).

klassieke grenzen tussen staat en samenleving te passeren en op het private domein van burgers tot in de haarvaten te micro-managen.³⁰

Aan lastige juridische procedures heeft het gouvernementele bestuur weinig behoefte. De uitkomst van het keukentafelgesprek is door de wetgever uitgesloten als appellabel besluit; alleen tegen de beslissing op een aanvraag tot een 'maatwerkvoorziening' die door de hulpbehoevende pas met die uitkomst in handen kan worden aangevraagd staat bezwaar en beroep bij de bestuursrechter open. Probleem was daarbij tot voor kort dat beslissingen tot het verlenen van maatwerkvoorzieningen niet veel meer inhielden dan de toekenning van het recht op een vaag omschreven eindresultaat. Wie niet op het idee komt op te komen tegen zo'n voorziening, maar zich wel wenst te verweren tegen de nadere invulling daarvan door een private instelling, staat op die manier al snel met lege handen.³¹ Inmiddels heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat resultaatverplichtingen zoals het bewerkstelligen van 'een schoon en leefbaar huis' een duidelijke maatstaf missen en aldus strijd opleveren met beginselen van zorgvuldigheid, motivering en rechtszekerheid.³² Maar daarmee zijn de problemen nog niet opgelost. In de praktijk van het bestuursrecht geldt nog altijd vaak dat de gemeente haar burgers bestuursrechtelijke rechtsbescherming onthoudt door de wijze waarop de besluitvorming is georganiseerd – bijvoorbeeld door de aanwijzingen van de CRvB gewoon aan de laars te lappen, zoals in Amsterdam dikwijls schijnt te gebeuren.³³

4.4 De legitimiteit van de nabijheid

Niet wezenlijk verschillend van het nieuwe beeld van de rechter als 'professionele vriend' of 'burgervriend' is de opkomst van publiek-privaat netwerkbestuur zoals in het sociaal domein sterk verbonden aan een verschuiving van een bureaucratische 'legitimiteit van de afstand' naar een 'legitimiteit van de nabijheid'.³⁴ De 'belofte van de nabijheid', zoals de sociologen Duyvendak en Tonkens het noemen, houdt onder meer in dat kille bureaucratie en verticale gezagslijnen worden vervangen door nauwe betrokkenheid en onderlinge samenwerking.³⁵ Zij verzet zich tegen een kolonisering van de concrete 'leefwereld' van burgers door een abstracte 'systeemwereld' waarin alles draait om de onpersoonlijke toepassing van algemene regels en procedures. Waar de bureaucratische sturingswijze inhoudt dat de gezagsdrager ten opzichte van burgers een zekere afstand in acht dient te nemen, wordt in het

³⁰ Zie ook Van den Berge 2018 en 2019.

³¹ Zie verder o.a. Van Ettehoven 2016.

³² CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1491, AB 2016/263, m.nt. A. Tollenaar; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, AB 2016/202, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1403, AB 2016/203, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1404, AB 2016/204, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman. De op 18 mei 2016 ingezette jurisprudentie werd onder meer bevestigd en verder ontwikkeld in CRvB 18 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3633, USZ 2017/435, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman en CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, AB 2019/90, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

³³ Van Ettehoven en Marseille 2017, p. 169. Zie ook Marseille 2018.

³⁴ Vgl. o.a. Rosanvallon 2011, p. 169 e.v. voor een heldere analyse van de 'legitimacy of proximity'.

³⁵ Duyvendak en Tonkens 2018.

nieuwe sturingsmodel juist nabijheid omarmd als oplossing voor tal van problemen. 'Een integrale aanpak dichtbij de burger', zo stelt het regeerakkoord Rutte III, leidt tot maatwerk en een betere aansluiting op de behoeften van burgers.³⁶ Daarnaast houdt de belofte van nabijheid ook in dat het bestuur kostenefficiënter kan opereren. Besturen 'dichter bij mensen', aldus daarvoor al het regeerakkoord-Rutte II, is op die manier 'goed voor kwaliteit én kosten'.³⁷

De situatie in het sociaal domein illustreert op treffende wijze wat er kan gebeuren wanneer een informele, op maatwerk, flexibiliteit en horizontale verhoudingen georiënteerde bestuurlijke logica enerzijds en een op controle en kostenbeheersing gericht bestuurlijk instrumentalisme anderzijds door elkaar heen lopen. In een tijd waarin de 'legitimiteit van de afstand' en de daarbij behorende nadruk op legaliteit en formele gelijkheid niet meer vanzelf spreekt, is het op zichzelf verstandig dat gezagsdragers in toenemende mate hun toevlucht zoeken tot een 'meer responsieve', veeleer op de 'legitimiteit van de nabijheid' georiënteerde sturingswijze die korte metten maakt met een eenzijdige fixatie op de objectieve toepassing van algemene regels. Een stelsel dat ruimte biedt aan maatwerk en pragmatisme propageert ter vervanging van rigide regeltoepassing klinkt buitengewoon aantrekkelijk. Een dergelijke 'meer responsieve' werkwijze interfereert echter gemakkelijk met een bestuurlijke logica die zich niet primair oriënteert op praktische en rechtvaardige oplossingen, maar op macrobelangen van output en efficiency.³⁸ Niet anders dan de moderne, zich als 'burgervriend' presenterende rechter beproeft het moderne bestuur een nieuwe werkwijze die wellicht de voorkeur verdient boven de oude, maar ook risico's inhoudt. Zodra een scherp oog voor die risico's ontbreekt, zijn we weer terug bij af en dreigt – geredeneerd naar het ontwikkelingsmodel van Nonet en Selznick – een teruggang van responsiviteit naar repressie.³⁹

36 'Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021', 10 oktober 2017, p. 26.

37 'Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD-PvdA', 29 oktober 2012, p. 20.

38 Zie ook Tonkens en Van Duyvendak 2018.

39 Nonet en Selznick 2001, p. 117. Zie ook hierboven, par. 3.3.

5 Responsieve rechtsbescherming

5.1 Mismatch

Wat betekent de nieuwe, ‘meer responsieve’ sturingswijze zoals de moderne overheid die hanteert nu voor het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming? Vooralsnog wordt de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht ernstig belemmerd door een mismatch tussen de nieuwe, ‘meer responsieve’ wijze van overheidssturing enerzijds en het klassieke, op de logica van het autonome recht gefundeerde begrippenkader zoals dat ten grondslag ligt aan het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming anderzijds. Die mismatch leidt op verschillende manieren tot ‘gaten in de rechtsbescherming’ die met behulp van het vertrouwde begrippenkader niet op bevredigende wijze te dichten zijn. Om uit de problemen te komen is herziening van het stelsel van rechtsbescherming op grond van de klassieke autonome logica onvoldoende. In plaats daarvan is fundamentele heroverweging en uiteindelijk ook hervorming nodig van het bestuursrechtelijke begrippenkader zelf.¹ In wat nu volgt, licht ik die stelling toe aan de hand van de hardnekkige dogmatische notie van het besluit als de ‘kern van het besturen’, het recent herziene b-organbegrip en de nog enigszins aarzelende vervanging van het leerstuk van marginale toetsing door een meer contextuele toetsingspraktijk waarin de intensiteit van toetsing van overheidshandelen aan beginselen van evenredigheid en materiële zorgvuldigheid expliciet is toegesneden op relevante concrete omstandigheden.

5.2 Weg met het besluitcentrisme

‘Geen revolutie zonder stevige crisis’, aldus Tijn Kortmann in een recente beschouwing over de ontstane situatie in het sociaal domein.² De afgelopen jaren hebben bestuursrechters op verschillende wijzen geprobeerd het aldaar ontstane gat in de rechtsbescherming te dichten op grond van de logica van het klassieke besluitenprocesrecht zelf. Behalve op de uitspraken van het CRvB van 18 mei 2016 valt daarbij onder meer te wijzen op strategische vondsten omtrent verschoonbare termijnoverschrijding en verlengde besluitvorming, steeds met het doel klachten van burgers over het handelen van private zorgaanbieders onder de competentie van de bestuursrechter te brengen.³ Maar om werkelijk uit de problemen te komen is meer nodig dan een creatieve omgang met het bestaande bestuursprocesrechtelijke instrumentarium.⁴

¹ Zie ook Van den Berge 2018 en Van den Berge 2019.

² Kortmann 2018, p. 2.

³ Zie verder Van Ettehoven 2016, met verdere verwijzingen.

⁴ Vgl. o.a. Brand 2018.

Daarom heeft Michiel Scheltema de hoofdlijnen geschetst van een stelsel van ‘integrale geschilbeslechting’ in het sociaal domein waarbij rechtzoekenden voor de beslechting van hun geschil steeds terecht kunnen bij de bestuursrechter, waarbij het geen verschil maakt of hun onvrede zich nu richt ‘tegen een besluit of tegen ander optreden van de gemeente, dan wel tegen beslissingen of handelingen van de uitvoerend private instelling’.⁵ Inmiddels is een wetsvoorstel in consultatie gebracht dat Scheltema’s voorstel in hoofdlijnen overneemt.⁶

Een stelsel van integrale geschillenbeslechting door de bestuursrechter in het vernieuwde sociaal domein is om twee redenen noodzakelijk. Ten eerste, betoogt Scheltema, is het niet logisch het geschil over een toegekende voorziening en de praktische uitvoering daarvan op te knippen in delen die wel en delen die niet onder bestuursrechtelijke rechtsbescherming vallen, te meer daar de delen die er nu buiten vallen taken betreffen die de overheid aan private actoren heeft uitbesteed. Ten tweede levert het klassieke besluitenprocesrecht ook vanuit het perspectief van de overheid problemen op. De knellende mal van het besluit als het alpha en omega van het bestuursprocesrecht heeft de bestuursrechter er inmiddels toe verleid de nieuwe sturingswijze zoals de overheid die in het sociaal domein hanteert flink in de wielen te rijden. De uitspraken van het CRvB van 18 mei 2016 zetten in beginsel een streep door het resultaatgericht indiceren (‘schoon en leefbaar huis’), terwijl juist die sturingstechniek voor de vormgeving van het nieuwe sociaal domein zo cruciaal is. Een terugkeer naar de oude systematiek (‘vier uur schoonmaakhulp per week’), aldus Scheltema, belemmert flexibiliteit en maatwerk en neemt voor de uitvoeringsinstantie een prikkel weg die haar ertoe aan kan zetten de zorg op zo efficiënt mogelijke wijze te leveren.⁷

De situatie in het sociaal domein is op die manier een treffend voorbeeld van de mismatch tussen ‘meer responsieve’ regulering enerzijds en het klassieke, nog altijd op de logica van ‘het autonome recht’ gefundeerde besluitenprocesrecht anderzijds. Het Nederlandse bestuursrecht gaat van oudsher uit van de gedachte – voor het eerst verwoord door Van der Pot in 1932 – dat ‘typisch overheids handelen’ bestaat uit het bestuursbesluit als ‘de wilsverklaring van een bestuursorgaan voor een bijzonder geval, gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding’.⁸ In hun eenzijdige karakter en hun werking erga omnes zouden dergelijke besluiten fundamenteel verschillen van ‘materieele

5 Scheltema 2018b, p. 6.

6 Belangrijk verschil is wel dat Scheltema’s voorstel voorziet in een aanvullende regeling in de Awb, terwijl het voorstel slechts wijziging brengt in sectorspecifieke wetgeving c.q. de Wmo 2015 zelf. Zie Wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 inzake het resultaatgericht beschikken. Ambtelijk ontwerp voor internetconsultatie van 15 januari 2020, www.internetconsultatie.nl. Zie Kamerstukken II 2019/20, 34477, nr. 69 voor de kabinetsreactie van 6 januari 2020 op het voorstel van Scheltema.

7 Scheltema 2018b, p. 5-6. Ook mandaatconstructies zoals voorgesteld in Zijlstra 2008, p. 70-73 en Jak 2014, p. 383-385 zijn slechts met de techniek van ‘het sturen van het sturen’ verenigbaar. Die techniek vereist immers dat de uitvoering van publieke taken daadwerkelijk op afstand wordt geplaatst. Zie ook Scheltema en Scheltema 2013, p. 74.

8 Van der Pot 1932, p. 204.

handelingen, die in de materiele wereld een feitelijke verandering teweegbrengen'. Feitelijke handelingen kan iedereen verrichten en hebben volgens Van der Pot met besturen slechts in indirecte zin iets te maken. Wanneer de overheid een rijkskanaal uitdiept, een weg verhardt of een school bouwt, brengt zij slechts veranderingen teweeg in de stoffelijke wereld, niet 'in die der rechtsverhoudingen'.⁹ Alleen handelingen die 'iets veranderen in de wereld van het recht' zijn typische bestuurshandelingen en dienen daarom te vallen onder een specifiek bestuursrechtelijk regime; voor het overige voldoet de 'vormenrijkdom' van het privaatrecht als het 'gemene recht' en de daarmee corresponderende notie van de burgerlijke rechter als 'rest-rechter'.¹⁰

Een dergelijke, nogal formalistische visie op wat besturen in de kern inhoudt, stond reeds in de tijd van Van der Pot zelf op gespannen voet met de werkelijkheid. Des te opmerkelijker is het dat die visie zo lang van grote invloed kon zijn op de reikwijdte van het materiële bestuursrecht en tot op de dag van vandaag de centrale grondslag vormt van de competentie van de bestuursrechter. Het idee om de rechtsmacht van de bestuursrechter te beperken tot bestuursbesluiten stamt nog uit de tijd dat bestuursrechters onder curatele stonden van het bestuur zelf. De eenzijdige vaststelling van rechten en plichten van burgers, zo was de gedachte, zou buiten het toetsingsbereik moeten blijven van de gewone rechter en slechts toevertrouwd kunnen worden aan een gerechtelijk college dat indien nodig door de Kroon kan worden teruggefloten. Tegen die achtergrond is het niet vreemd dat het aanvankelijk rechtsstatelijk werd geacht om de rechtsmacht van de bestuursrechter zo nauw mogelijk te omgrenzen. De keuze voor de formele gedaante van het bestuursbesluit als procesrechtelijk toegangscriterium, zo dacht men, stond borg voor een 'hoogst eenvoudig systeem' van competentieverdeling waarin althans de overheidshandelingen die niet zouden behoren tot het besturen 'in typische zin' zijn onderworpen aan de jurisdictie van een volledig onafhankelijke rechter.¹¹

De bureautafellogica waarop de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter van oorsprong berust, bleek in de praktijk meestal niet in het voordeel, maar juist in het nadeel van burgers uit te werken. Al meteen na de inwerkingtreding van het eerste algemene stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in 1964 werd duidelijk dat de gang naar de op papier misschien niet geheel onafhankelijke, maar in de praktijk op comfortabele afstand van het bestuur opererende bestuursrechter voor de meeste rechtzoekenden valt te prefereren boven de moeizame burgerlijke rechtsgang. De oorspronkelijke ratio van de nauwe omgrenzing van de rechtsmacht van de bestuursrechter heeft daarom nooit naar behoren gefunctioneerd.¹² Het disfunctioneren van het bestuursbesluit als procesrechtelijk toegangscriterium is tot nog toe echter geen reden geweest het stelsel op dit punt in fundamentele zin te herzien. Ook in de Algemene wet bestuursrecht bleef de centrale positie van het besluit

⁹ Van der Pot 1932, p. 202.

¹⁰ Zie verder o.a. Van Male 2009.

¹¹ Zie ook Van den Berge 2018, p. 128-129, met verdere verwijzingen.

¹² Vgl. o.a. De Jong 2015, p. 246-248.

gehandhaafd. ‘Op termijn’, zo stelt de Awb-wetgever, zou wellicht kunnen worden overwogen ‘het besluit *ex tunc*’ als de centrale spil van het bestuursproces te vervangen door ‘de rechtsbetrekking *ex nunc*’. Voor een dergelijke vernieuwing achtte de wetgever het nu alweer meer dan 25 jaar geleden ‘thans te vroeg’,¹³ benadrukkend dat de wet een ‘in hoofdzaak (...) codificerend en harmoniserend karakter’ draagt dat zich slecht zou verhouden tot ‘fundamentele dogmatische beschouwingen’ en ingrijpende stelselwijzigingen.¹⁴

Met de opkomst van de nieuwe, meer responsieve sturingswijze – de techniek van het ‘sturen van het sturen’ – wordt duidelijk dat het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming op grond van het klassieke, op de leest van het ‘autonome recht’ gesneden besluitenprocesrecht zelf niet langer op bevredigende wijze valt te vernieuwen. Om werkelijk uit de problemen te komen is een nieuw, meer op de sociale realiteit en daarmee ook ‘meer responsief’ stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming nodig dat de kern van het besturen niet langer zoekt in de formele figuur van het besluit, maar in de publieke machtsuitoefening zoals het bestuur die in de praktijk uitoefent. Natuurlijk: wanneer het haar zo uitkomt verheft de overheid zich nog altijd boven haar burgers als bureaucratische besluitenmachine. Maar daarnaast neemt zij steeds vaker haar toevlucht tot meer diffuse sturingstechnieken, zich presenterend als ‘partner’ die ‘samen met burgers’ maatschappelijke problemen te lijf gaat. Juist in die horizontale gedaante is de overheid in staat uiterst diep en dwingend door te dringen tot de private ruimte van burgers. Een adequaat stelsel van macht en tegenmacht vereist een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat even flexibel is en niet alleen tegenwicht kan bieden aan de eenzijdige bestuurlijke vaststelling van rechten en plichten van burgers, maar ook aan meer indirecte wijzen waarop bestuurlijke machtsuitoefening zich heden ten dage manifesteert.¹⁵

Het valt te hopen dat de recent voorgestelde mogelijkheid tot integrale geschilbeslechting in het sociaal domein uiteindelijk het breekijzer zal kunnen zijn waarmee de knellende mal van het besluit als het centrale object van het bestuursproces eindelijk wordt opengebroken – niet alleen in het sociaal domein, maar graag ook op andere terreinen.¹⁶ De denkrichting van Scheltema verdient de voorkeur boven het voorzichtiger voorstel van Van Ommeren en Huisman, die in hun gezamenlijke preadvies uit 2013 een ‘groeimodel’ presenteren waarin Van der Pots conceptie van het nemen van besluiten als ‘typisch overheidshandelen’ in wezen onaangetast blijft. Volgens hen zou het besluit als de ‘harde kern’ van het besturen geleidelijk moeten worden uitgebreid met een omringende ‘schil’ die zou bestaan uit handelingen ter voorbereiding en uitvoering ervan.¹⁷ Maar waarom zou de schriftelijke vaststelling

¹³ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 35.

¹⁴ Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. II.

¹⁵ Zie ook Van den Berge 2018 en 2019.

¹⁶ Zie in iets voorzichtiger zin ook Jak 2018. Het beeld van het voorstel van Scheltema als breekijzer ontleen ik aan Timmermans 2017, die zelf overigens een veel voorzichtiger benadering bepleit.

¹⁷ Van Ommeren en Huisman 2013, p. 12-15.

van andermans rechtspositie eigenlijk de kern van het besturen uitmaken, terwijl overige, veelal niet minder dwingende overheidshandelingen hooguit de periferie bestrijken?¹⁸ De uitvoering van publieke taken door private actoren – cruciaal voor de techniek van het ‘sturen van het sturen’ – blijft in het model van Van Ommeren en Huisman buiten beeld. Alleen een stelsel dat definitief afrekent met de formalistische traditie van het besluitcentrisme biedt aan het moderne, veelal verhuld en indirect opererende bestuur het juiste tegenwicht.¹⁹

5.3 B-organen: publiek- en privaatrecht

Van de nieuwe sturingswijze zoals die zich manifesteert in het sociaal domein en daarbuiten is een nauwe verknoottheid van publieke en private actoren een belangrijk kenmerk. Scheltema's voorstel tot integrale conflictoplossing komt aan die ontwikkeling tegemoet en is in overeenstemming met een meer materiële visie op de praktijk van het besturen op grond waarvan ook het handelen van private actoren in beeld kan komen van het bestuursrecht. De nieuwe jurisprudentie met betrekking tot het b-orgaanbegrip bewandelt de weg in omgekeerde richting en houdt een formele aanscherping in van de meer materiële jurisprudentiële lijn die onder de Awb werd ingezet met uitspraken als *Stichting Silicose* en *Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*.²⁰ De nieuwe omgang met het b-orgaanbegrip komt er kort gezegd op neer dat het publieke karakter van een bepaalde taak op zichzelf geen reden meer kan zijn een niet-statelijke actor aan te merken als bestuursorgaan. Als zelfstandige materiële factor bij de omgrenzing van het overheidsbegrip zou het publieketaakcriterium zoals het werd begrepen in uitspraken als *Stichting Silicose* voor de rechtspraktijk niet goed hanteerbaar zijn. Beter is het volgens de Afdeling die omgrenzing de resultante te laten zijn van het ‘betalen en bepalen’ door de overheid, waarbij het bestaan van een financiële en inhoudelijke band grotendeels afhankelijk is gemaakt van een aantal formele criteria die inzake het b-orgaanbegrip meer duidelijkheid zouden kunnen bieden.²¹

Op de formele aanscherping van het b-orgaanbegrip is overwegend met instemming gereageerd. De nieuwe rechtspraak biedt houvast, aldus bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom in haar handboek over het bestuursprocesrecht.²² Vanuit de behoefte van veel juristen aan heldere systeembouw valt die brede instemming goed te

¹⁸ Vgl. o.a. Backes 2009, p. 21; Peters 2018, p. 33-38.

¹⁹ De term ‘besluitcentrisme’ ontleen ik aan Schlössels 2019; zie voor het gebruik van dezelfde term ook Van Ommeren en Huisman 2013, p. 112.

²⁰ ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850, AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose*); ABRvS 23 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7478, AB 2010/221, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*).

²¹ ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. H. Peters (*Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. H. Peters (*Platform 31*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, AB 2015/131, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*), alle in navolging van de conclusie van A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260. Zie verder o.a. Peters 2015.

²² Schreuder-Vlasblom 2017, par. 2.1.2. Positief zijn verder onder meer ook Huisman en Van Ommeren 2019, p. 237.

verklaren. Ook voor de private actoren die het publieke domein bevolken, betekent de nieuwe jurisprudentie goed nieuws: inmiddels is voor hen immers duidelijker herkenbaar onder welk inhoudelijk juridisch regime zij vallen en voor welke rechter zij voor hun handelen eventueel ter verantwoording kunnen worden geroepen. Maar de nieuwe duidelijkheid heeft ook een keerzijde. Het nieuwe b-organbegrip functioneert niet alleen als houvast voor de rechtspraak, maar ook als handige ‘routekaart’ voor het bestuur om bestuursrechtelijke normen en procedures te vermijden.²³ Neem nu de Stichting Impuls in Amsterdam, die sinds enkele jaren subsidies voor vrijwilligersactiviteiten uitdeelt. Een subsidieaanvrager die zich misdeeld voelde, kreeg van de Afdeling uiteindelijk te horen dat hij bij de bestuursrechter aan het verkeerde adres was. Tussen het gemeentebestuur en de stichting bestaat weliswaar een duidelijke financiële band (al het door de stichting uitgedeelde geld is afkomstig van de gemeente), maar van een inhoudelijke band was niet direct sprake; bij de toekenning van de gelden werd de stichting althans niet gehinderd door vooraf door het bestuur vastgestelde criteria.²⁴

Niet anders dan de situatie in het vernieuwde sociaal domein laten de problemen rondom het b-organ goed zien dat het begrippenkader van waaruit het Nederlandse bestuursrecht van oudsher opereert niet langer goed is toegesneden op de sociale werkelijkheid waarop het betrekking heeft. Met de opkomst van publiek-priyaat netwerkbestuur en *new public governance* is in toenemende mate onzichtbaar geworden waar de sturende hand van de overheid ophoudt en burgerlijk initiatief en private ondernemingszin beginnen. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht berust van oorsprong op de gedachte dat het wenselijk is het domein van vrije burgers enerzijds en het domein van statelijke almacht anderzijds goed uit elkaar te houden.²⁵ De netwerksamenleving waarin wij ons nu bevinden, laat de tegenovergestelde beweging zien en stelt de grenslijnen tussen staat en maatschappij, publieke en private actoren en publiek- en privaatrecht juist op de proef. Aan de ene kant opereren publieke actoren steeds meer vanuit een bedrijfsmatige rationaliteit die eenzijdig is gericht op output en efficiency. Aan de andere kant zijn private actoren in toenemende mate betrokken bij de uitvoering van overheidsbeleid. Het is onder meer vanwege die sociale realiteit dat de toch al ‘magische lijnen’ tussen overheid en maatschappij en publiek- en privaatrecht nog verder onder druk zijn komen te staan.²⁶

De nieuwe jurisprudentie over het b-organbegrip gaat de verwarring te lijf door de formele omgrenzing van het overheidsbegrip nieuw leven in te blazen, maar juist daardoor komt het bestuursrecht op afstand te staan van een sociale realiteit waarin

²³ Den Ouden 2016, p. 391.

²⁴ ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden. Zie ook Van den Berge 2018, p. 129-131 en Van den Berge 2019, p. 6-9.

²⁵ Huisman en Van Ommeren 2019, p. 14-16.

²⁶ Zie verder o.a. Jak 2019. Zie Van der Hoeven 1970, p. 218 voor diens observatie dat de ‘magische lijn’ tussen publiek- en privaatrecht in een maatschappelijke context ‘waarin overheidshandelen en particulier handelen vérgaand zijn verweven’ zodanig is vervloeid dat de ‘zin van het recht in twee grote gebieden, publiek recht en privaat recht’ kwestieus geworden is.

de overheid zich bij het sturen van de samenleving van die omgrenzing weinig aantrekt. Waarom zouden bestuursrechtelijke normen en procedures alleen betrekking hoeven te hebben op besluiten die direct van de overheid zelf afkomstig zijn, terwijl private autonomie en processuele gelijkheid juist het uitgangspunt zijn in gevallen waarin de sturende hand van de overheid zich op meer indirecte wijze laat gelden?²⁷ De juridische systeemvorming die voor het autonome recht kenmerkend is, berust op een sterk binaire logica waarin voor nuances nauwelijks plaats is – ‘een soort digitaal denken eigenlijk, in eentjes en in nulletjes’, aldus Janneke Gerards in haar Utrechtse oratie uit 2017.²⁸ Het vertrouwde, als zwart-wit voorgestelde onderscheid tussen publiek- en privaatrecht past slecht bij een maatschappelijke werkelijkheid waarin grijstinten juist overheersen. In plaats van het denken in binaire onderscheidingen is een ‘multivalente logica’ nodig die ‘recht doet aan het bestaan van grijze gebieden en tussenvarianten’.²⁹ Met andere woorden: om uit de problemen te komen is een ‘meer responsief’ stelsel van rechtsbescherming nodig dat ‘maatwerk’ levert door nauwer aan te sluiten op de complexe en veelvormige sociale realiteit waarop het betrekking heeft.³⁰

Een ‘multivalente logica’ zoals onder meer bepleit door Gerards valt moeilijk te rijmen met een stelsel van rechterlijke competentieverdeling dat juist berust op differentiatie tussen kwesties van publiek- en privaatrecht als een dichotoom onderscheid. Hoe het ook zij: de accentuatie van de formele grenslijn tussen publieke en private actoren door het herziene b-organbegrip lijkt sowieso een slecht idee in een wereld waarin die grenslijn steeds minder herkenbaar is. De bestuursrechtelijke rechtsgang heeft zich inmiddels bewezen als een relatief eenvoudige en laagdrempelig toegankelijke vorm van rechtsbescherming tegen de overheid. Zolang een even aantrekkelijk alternatief bij de burgerlijke rechter ontbreekt, ligt het niet voor de hand de gang naar de bestuursrechter voor rechtzoekenden af te snijden in gevallen waarin bestuurlijke machtsuitoefening zich niet op directe, maar op indirecte doch zeker niet minder dwingende wijze manifesteert.³¹ Een meer materieel onderscheid tussen publieke en private actoren is zeker niet onproblematisch, maar hoeft niet minder praktisch te zijn dan een formeel overheidsbegrip dat slecht aansluit bij de sociale werkelijkheid waarop het betrekking heeft, zodat uiteindelijk allerlei materiële aanpassingen nodig zijn om het toch werkbaar te houden.³² Wat mij betreft, verdient een materiële opvatting in ieder geval de voorkeur boven formele grenslijnen die door het moderne, veelal verhuld en indirect opererende bestuur met groot gemak worden gepasseerd.

27 Zie ook Van den Berge 2018, p. 129-131 en Van den Berge 2019, p. 6-9.

28 Gerards 2017, p. 2.

29 Gerards 2017, p. 4.

30 Zie ook Jak 2019, p. 112, die pleit voor differentiatie door sectorspecifieke wetgeving.

31 Zie voor een alternatief onder meer Wiggers-Rust 2018, die pleit voor laagdrempelige rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter.

32 Vgl. de beschrijving van de dynamiek tussen formele en materiële onderscheidingen in Schutgens 2012, waaraan Schutgens zelf overigens de tegenovergestelde conclusie verbindt. Zie voor een verdediging van het Franse materiële criterium van de ‘service public’, juist ook in een tijd van privatisering en netwerkbestuur, met name Guglielmi e.a. 2016.

5.4 Van marginale toetsing naar toetsing op maat

Een op formele onderscheidingen gefixeerde logica speelt het Nederlandse bestuursrecht evenzeer parten bij het bepalen van de intensiteit waarmee bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging in aanmerking komt voor rechterlijke toetsing. Van oudsher nemen de op het autonome recht berustende noties van recht en beleid als gescheiden domeinen en de trias politica als scheiding van machten voorname posities in. De fixatie op heldere grenslijnen is onder meer herkenbaar in de ruimtelijke beeldspraak zoals die van oudsher in het bestuursrechtelijk denken en spreken verkankerd ligt.³³ Zo bepaalt een vertrouwde metafoor dat de bestuursrechter niet ‘op de stoel van het bestuur’ mag gaan zitten. De rechter staat slechts opgesteld als de grensbewaker van een ‘beslissingsruimte’ waarbinnen het bestuur slechts onder democratische controle staat. De bestuursrechter toetst – zoals een tot voor kort gebruikelijke terminologie het uitdrukt – het bestuurlijk handelen slechts ‘marginaal’, dat wil zeggen, hij ziet voor zichzelf pas een rol weggelegd voor zover het bestuur de ‘marges’ (i.e. de grenzen) van zijn vrije beslissingsruimte overschrijdt. Alleen wanneer het bestreden besluit primair strekt tot leedtoevoeging en daarmee geldt als ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM gaat die logica niet op en toetst de rechter de bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging zonder terughoudendheid.³⁴

De doctrinaire fixatie op aparte stoelen en afzonderlijke domeinen is kenmerkend voor het autonome recht als stijl van juridische ordening die sterk de nadruk legt op neutraliteit en objectieve rechtstoepassing. Alleen door duidelijke grenslijnen te trekken tussen recht en beleid kan de rechter zichzelf presenteren als instantie die op afstand staat van de maatschappelijke belangenstrijd en vestigt hij zijn legitimiteit als passief doorgeefluik van een onpersoonlijke ‘rule of law’ die boven alle politiek gekrakeel verheven is. Tegelijk verleent de door het autonome recht getrokken grens tussen recht en beleid het handelen van het bestuur het stempel van onbetwistbare rechtmatigheid voor zover het op zijn eigen terrein blijft. ‘In het veld van het vrije goedvinden’, schrijft Van Wijk in een essay uit 1959 waarin hij zijn marginale-toetsingsleer uiteenzet, ‘is bewegingsvrijheid voor de administratie, daar zijn wegen bij voorbaat uitgezet en geen bakens geplaatst’. Slechts voorbij de ‘zoom van het vrije goedvinden’ komt de bestuursrechter een oordeel toe.³⁵ Daalder en Schreuder-Vlasblom betogen in feite hetzelfde wanneer zij betogen dat de bestuursrechter ‘niet bij nul’ begint en de uitkomst van ‘vrije’ bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging in beginsel zal moeten accepteren, behalve wanneer die de perken van zijn vrije goedvinden te buiten gaat en sprake is van kennelijke onredelijkheid.³⁶

Op de notie van een discretionaire bestuurlijke beslissingsruimte als een rechtsvrije sfeer bestaat al lange tijd kritiek. Zo betoogde Van der Hoeven reeds in 1974

33 Vgl. Hirsch Ballin 2015, p. 20-24.

34 Zie o.a. De Waard 2016.

35 Van Wijk 1974 [1959], p. 105-111.

36 Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

dat het leerstuk van een bestuurlijke 'beleids- en beoordelingsvrijheid' en 'marginale toetsing' ten onrechte miskent dat het bestuur steeds een plicht heeft tot optimale taakvervulling die zich slecht verhoudt tot gedeeltelijke afscherming van het bestuurlijk handelen van rechterlijke toetsing.³⁷ Een uitgesproken criticus van de marginale-toetsingsleer is ook Hirsch Ballin, die al sinds jaar en dag ten strijde trekt tegen de gedachte van een discretionaire bestuurlijke ruimte als een 'speeltuim voor het bestuur om naar believen te beslissen'.³⁸ De opkomst van een nieuwe, meer horizontaal en decentraal georiënteerde vorm van overheidssturing houdt onder meer in dat de wetgever meer dan voorheen tegemoetkomt aan 'vereisten van consensusvorming, van flexibiliteit in veranderlijke omstandigheden en van complexiteit in de techniek van de uitwerking' en daarom meer ruimte laat voor nadere bestuurlijke beoordeling en belangenafweging.³⁹ Die ontwikkeling vraagt volgens Hirsch Ballin niet om 'doctrinaire afstandelijkheid' van de bestuursrechter, maar juist om kritische rechterlijke toetsing op zorgvuldige oordeelsvorming en evenredige belangenafweging, temeer daar democratische controle op het horizontaal en decentraal opererende bestuur in de praktijk vaak tekortschiet.⁴⁰

Ter vervanging van de marginale-toetsingsleer pleit Hirsch Ballin voor een integrale toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit zoals die van oorsprong stamt uit het Duitse bestuursrecht en vervolgens tot ontwikkeling kwam in het EU-recht.⁴¹ Het Duits-Europese toetsingskader, zo stelt ook Gerards, biedt ruimte voor een 'meer verfijnde en genuanceerde' rechterlijke beoordeling waarbij de toetsingsintensiteit expliciet is toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval.⁴² Tussen de 'volle' toetsing van punitieve besluiten enerzijds en de Nederlandse hoofdregel van 'marginale' beoordeling anderzijds bestaat in doctrinair opzicht geen variatie, zodat de rechter formeel geen mogelijkheden heeft om zijn toetsing te intensiveren in zaken waarin weliswaar geen sprake is van een 'criminal charge', maar niettemin inbreuk is gemaakt op zwaarwegende belangen of grondrechten. Het Duits-Europese toetsingskader nodigt daarentegen uit tot aanpassing aan een aantal 'intensiteitsbepalende factoren', zoals de aard van de rechtsverhouding, het gewicht van de voor betrokkenen op het spel staande belangen en andere relevante omstandigheden.⁴³ Bovendien heeft het Duits-Europese kader als voordeel dat de rechter bij inhoudelijke toetsing niet langer zijn toevlucht hoeft te nemen tot 'flankerende' normen zoals de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering, zodat zijn oordeel inzake de materiële zorgvuldigheid en evenredigheid

37 Van der Hoeven 1974, p. 210-211.

38 Hirsch Ballin 1991, p. 267.

39 Hirsch Ballin 2015, p. 25.

40 Hirsch Ballin 2015, p. 15.

41 Hirsch Ballin 2015, p. 47-50.

42 Gerards 2007, p. 111. Vgl. ook Buijze 2009, p. 228 e.v., waar zij betoogt dat de Duits-Europese evenredigheidstoets de Nederlandse rechter een aantrekkelijk instrumentarium biedt om aan zijn al te juridisch-dogmatische omgang met het evenredigheidsbeginsel een meer empirische invulling te geven.

43 Zie verder Huisman en Jak 2019 voor een schets van mogelijke 'handvatten voor rechterlijke toetsingsintensiteit'.

van bestuurlijk handelen meer inzichtelijk en daardoor overtuigender zou kunnen zijn.⁴⁴

Kritiek als die van Hirsch Ballin en anderen op de cultuur van rechterlijke afstandelijkheid ten opzichte van bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging heeft de laatste jaren duidelijk de wind in de zeilen. In de discussie die ontstond na het verschijnen van Hirsch Ballins preadvies voor de VAR uit 2015 zag Barkhuysen reeds voortekenen van een ‘revolutie in het bestuursrecht’ die met het leerstuk van marginale rechterlijke toetsing korte metten maakt.⁴⁵ Recente bestuursrechtelijke jurisprudentie over, onder meer, het alcoholslotprogramma,⁴⁶ de gaswinning in Groningen,⁴⁷ bestuurlijk boetebeleid,⁴⁸ de vaststelling van feiten in asielzaken⁴⁹ en de terugvordering van kinderopvangtoeslag lijkt er inderdaad op te wijzen dat sprake is van een koerswijziging.⁵⁰ Ortlep en Zorg spreken van het einde van een ‘geconditioneerde respons’ van rechterlijke afstandelijkheid en signaleren in plaats daarvan een tendens tot ‘toetsing op maat’ waarbij de indringendheid van rechterlijke toetsing wordt afgestemd op specifieke omstandigheden.⁵¹ Ook de jaarverslagen van de Raad van State reflecteren een duidelijke beweging op dit punt. De termen beoordelings- en beleidsvrijheid en marginale toetsing zouden ‘een te vrijblijvende opstelling van de rechter’ suggereren en zijn daarom inmiddels in de ban gedaan.⁵² Voortaan spreekt de Afdeling van beoordelings- en beleidsruimte en erkent zij meer dan voorheen dat uit bijzondere omstandigheden bijzondere eisen kunnen voortvloeien over de wijze waarop het bestuur met die ruimte omgaat.

Het valt te hopen dat de tendens tot rechterlijke ‘toetsing op maat’ in de komende jaren verder gestalte zal krijgen. Met de opkomst van een meer horizontaal en decentraal georiënteerde wijze van overheidssturing beschikt het bestuur in toenemende mate over open bevoegdheden waarvan de uitoefening in de praktijk niet of nauwelijks door vertegenwoordigende lichamen wordt gecontroleerd. Alleen een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat zich niet langer blindstaart op heldere scheidslijnen tussen recht en beleid en daarmee corresponderende vaste stoelen voor bestuur en rechter biedt aan die ontwikkeling het juiste tegenwicht. Dat betekent niet dat de rechter ten opzichte van het bestuur geen eigen taak heeft, maar wel dat de grenzen tussen hun uitgangsposities niet scherp of absoluut zijn. De Duits-Europese systematiek van toetsing op geschiktheid, noodzakelijkheid en

44 Gerards 2007, p. 112; vgl. De Moor-van Vugt 1995, p. 268.

45 Barkhuysen 2015, p. 1137.

46 ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen.

47 ABRvS 18 november 2015, JB 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink; ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156.

48 Zie voor twee illustratieve Wav-zaken o.a. ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, AB 2016/339, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3216, JV 2019/8, m.nt. C.M. Saris.

49 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890 en ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891.

50 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, RVS 2020/21 en ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, RVS 22, m.nt. E.J.E. Groothuis, P.J. Huisman en N. Jak.

51 Ortlep en Zorg 2018, p. 24.

52 Raad van State, Jaarverslag 2017, p. 61.

proportionaliteit biedt een aantrekkelijk kader waarbinnen bestuurlijke belangenafweging kan worden gevat in een juridische taal waarmee de rechter het bestuur niet per se al te nabij hoeft te komen, maar waarin hij zich wel kan ontwikkelen tot kritisch gesprekspartner die het bestuur indien nodig het juiste weerwerk biedt. In ieder geval is een meer responsieve toetsingspraktijk nodig waarbij de rechter de indringendheid van zijn toetsing niet laat afhangen van een rigide constitutionele logica, maar van de context waarbinnen het bestuur zijn bevoegdheden uitoefent.

6 Conclusies

6.1 Drie ontwikkelingsrichtingen

In welke richting zou het Nederlandse bestuursrecht zich nu verder moeten ontwikkelen? Een eerste mogelijkheid is de rigide handhaving van de op het autonome recht gefundeerde logica die van oudsher aan de theorie en de praktijk van het Nederlandse bestuursrecht ten grondslag ligt. Die optie is weinig aantrekkelijk. Het beperkte, nogal eenzijdig op het recht als systeem van algemene regels en abstracte beginselen gerichte blikveld van het autonome recht past slecht bij de uitdagingen waarmee het bestuursrecht zich vandaag de dag geconfronteerd ziet. Een tweede ontwikkelingsrichting behelst de kritiekloze omarming van het responsieve recht als stijl van juridische ordening waarin maatwerk en flexibiliteit voorop staan. Het responsieve recht stelt zich open voor de concrete sociale en bredere maatschappelijke context waarop algemene regels betrekking hebben en is in vergelijking met het autonome recht meer praktisch van aard. Maar responsiviteit is geen juichwoord. Juist de openheid van het responsieve recht maakt het vatbaar voor een juridisch instrumentalisme waarin alles in het teken van output en efficiency komt te staan. Het meest aantrekkelijk is daarom een derde ontwikkelingsrichting waarin de verbreding van het juridische blikveld – een ‘meer responsief’ bestuursrecht, zo men wil – samengaat met een kritische benadering die voorkomt dat responsiviteit omslaat in managerialisme en repressie.

6.2 De gezagsdrager als ‘burgervriend’

De keuze tussen deze ontwikkelingsrichtingen komt onder meer naar voren met betrekking tot de wijze waarop gezagsdragers burgers concreet tegemoet treden. De laatste jaren zijn er trends waarbij het bestuur tracht te komen tot een meer ‘burgervriendelijke’ wijze van communiceren. Daarnaast hebben bestuursrechters een nieuwe stijl van geschilbeslechting ontwikkeld die zich nadrukkelijk laat informeren door sociaalpsychologische inzichten over procedurele rechtvaardigheid. Het op het autonome recht gefundeerde ideaal van de gezagsdrager als onpersoonlijke handhaver van een abstracte juridische orde voldoet niet langer in een tijd waarin burgers vaak niet zozeer ‘zonder aanzien des persoons’, maar eerder ‘mét aanzien des persoons’ behandeld wensen te worden. Dat betekent echter niet dat het nu tijd is voor de kritiekloze aanvaarding van de meer informele werkwijze zoals verschillende bestuurlijke en rechterlijke vernieuwingsprogramma’s die voorschrijven. Zolang het publieke gezag zijn burgervriendelijke gezicht opzet om procedures op zichzelf rechtvaardiger te laten verlopen en zijn handelen beter toe te snijden op bijzondere omstandigheden is er natuurlijk weinig mis. Een kritische benadering is echter van belang om te voorkomen dat de nieuwe, meer responsieve werkwijze ten

prooi valt aan een verhuld instrumentalisme dat in feite is gericht op de bewerkstelling van achterliggende manageriële doelen.

6.3 Netwerkbestuur

Eenzelfde keuze tussen verschillende bestuursrechtelijke ontwikkelingsrichtingen heeft betrekking op het niveau van regelgeving en overheidssturing. De huidige sociale en economische verhoudingen en de verdeling van kennis en kunde in de samenleving passen slecht bij een sturingswijze van ‘command and control’ met de overheid als actieve bestuurder en burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties slechts in de rol van passieve bestuurden. Een weg terug naar een verticaal en centralistisch georiënteerd model van ‘government’ – zoals het autonome recht het voorschrijft – is dan ook niet aantrekkelijk. Dat betekent natuurlijk niet dat het ‘meer responsieve’ model van ‘network governance’ zomaar ruim baan moet krijgen. Aan het meer horizontaal en decentraal georiënteerde publiek-private netwerkbestuur zoals zich dat inmiddels heeft ontwikkeld tot de dominante wijze van overheidssturing kleven ernstige rechtsstatelijke risico’s. Juist door een horizontale en decentrale gedaante aan te nemen blijft het moderne bestuur vrij gemakkelijk onder de radar van juridische en democratische controlemechanismen. Onder het mom van consensualisme en samenwerking dringt het niet zelden diep door tot het private domein van burgers om dat tot in de haarvaten te kunnen micro-managen. Een machtskritische benadering van het moderne netwerkbestuur is daarom blijvend van belang.

6.4 Sociaal domein

De problematiek van het meer horizontale, maar desalniettemin soms uiterst dwingend opererende netwerkbestuur komt onder meer duidelijk naar voren in het recent vernieuwde sociaal domein. Aldaar wordt de zorg aan hulpbehoevenden begrepen als een verantwoordelijkheid van ‘overheid, markt en samenleving’. Beter dan het meer op afstand blijvende bestuur van voorheen zouden decentraal opererende publieke en private actoren in kunnen spelen op specifieke wensen en behoeften van burgers. De ontstane situatie in het sociaal domein laat zien wat er kan gebeuren als een beroep op de ‘legitimiteit van de nabijheid’ enerzijds en een op kostenbeheersing gericht bestuurlijk instrumentalisme anderzijds door elkaar heen lopen. Het nieuwe sturingsmodel verzet zich tegen een formeel-afstandelijke benadering en propageert maatwerk en flexibiliteit. In vergelijking met de oude benadering is het minder gericht op algemene regeltoepassing en meer op het vinden van praktische oplossingen. Een dergelijke, meer responsieve werkwijze is op zichzelf aantrekkelijk, maar interfereert gemakkelijk met een bestuurlijke logica die primair is gericht op doelen van output en efficiency en individuele rechtsposities omwille daarvan al snel terzijde schuift. Een scherp oog voor de rechtsstatelijke risico’s van de nieuwe sturingswijze is binnen het sociaal domein in ieder geval geen overbodige luxe gebleken.

6.5 Mismatch

Er bestaat een ernstige mismatch tussen de nieuwe, meer responsieve wijze van overheidssturing enerzijds en het klassieke, sterk op het autonome recht gefundeerde stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming anderzijds. Die mismatch leidt op verschillende manieren tot ‘gaten in de rechtsbescherming’ die bij handhaving van de klassieke grondstructuur van het stelsel niet op bevredigende wijze te dichten zijn. Tegen het uiterst wendbare, zich in verschillende vormen aan burgers opdringende bestuur, zo is inmiddels gebleken, is het klassieke bestuursrecht onvoldoende opgewassen. Alleen een stelsel van rechtsbescherming dat zichzelf niet opsluit in een rigide dogmatische logica is zelf wendbaar genoeg om aan het uiterst flexibele moderne bestuur het juiste juridische tegenwicht te bieden. Alleen de baron Von Münchhausen is in staat zich aan de eigen haren uit het moeras omhoog te trekken. Voor het bestuursrecht heeft verder trekken aan de eigen haren weinig zin. Er zit niets anders op dan te komen tot een fundamentele heroverweging en uiteindelijk ook hervorming van het bestuursrechtelijke begrippenkader zelf. Uiteindelijk is een meer responsief stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming nodig dat zich rekenschap geeft van de veelheid aan vormen waarin bestuurlijke machtsuitoefening zich heden ten dage in de praktijk manifesteert en zijn dogmatische instrumentarium daarop beter toespijdt.

6.6 Weg met het besluitcentrisme

De mismatch tussen de meer responsieve wijze van overheidssturing en het nog altijd op autonome grondslag vormgegeven stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming komt de laatste jaren scherp naar voren in het sociaal domein, maar laat zich ook daarbuiten dikwijls voelen. Het probleem is onder meer dat de klassieke notie van het nemen van besluiten als ‘de kern van het besturen’ niet aansluit bij een realiteit waarin het bestuur zijn burgers vaak op meer verholde en indirecte, maar daarmee zeker niet minder dwingende wijze zijn wil oplegt. Het klassieke besluitenprocesrecht functioneert al heel lang als knellende mal die weinig recht doet aan de wijde variëteit aan vormen waarin machtsuitoefening door de overheid in de praktijk gestalte krijgt. Met de opkomst van het publiek-private netwerkbestuur is die situatie er niet bepaald beter op geworden. Het klassieke stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming beschermt ons tegen het bestuur in zijn klassieke rol van boven burgers verheven beslisser, maar staat al snel machteloos wanneer het bestuur zijn toevlucht neemt tot meer horizontaal georiënteerde vormen van bestuurlijke machtsuitoefening. Alleen een meer responsief stelsel van rechtsbescherming dat fundamenteel breekt met de notie van het besluit als de kern van het besturen zal flexibel genoeg kunnen zijn om aan het moderne bestuur het juiste weerwerk te bieden.

6.7 Naar een meer materieel bestuursorgaanbegrip

Een knellende autonome logica speelt de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht evenzeer parten bij de omgrenzing van het bestuursorgaanbegrip. De toegenomen betrokkenheid van private actoren bij de uitvoering van publieke taken

houdt onder meer in dat steeds onherkenbaarder wordt waar publieke verantwoordelijkheid ophoudt en private autonomie begint. Op zoek naar houvast op dit punt koos de bestuursrechter onlangs voor een meer formele invulling van het b-orgaanbegrip. **Waarom zouden bestuursrechtelijke rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering immers betrekking hoeven hebben op directe bestuurlijke machtsuitoefening en niet op gevallen waarin het bestuur zijn burgers op meer indirecte wijze zijn wil oplegt?** Het sterk formele overheidsbegrip zoals het nu vorm heeft gekregen functioneert in de praktijk vaak als routekaart in handen van het bestuur bij het vermijden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Een oplossing is slechts gelegen in een meer materiële en flexibele – dat wil dus zeggen: meer responsieve – omgang met het bestuursorgaanbegrip die beter aansluit bij de veelheid van vormen waarin bestuurlijke machtsuitoefening heden ten dage gestalte krijgt. Een dergelijke meer responsieve benadering is op zichzelf natuurlijk niet zonder problemen. Het autonome alternatief is inmiddels echter zo werkelijkheidsvreemd dat het niet meer goed valt vol te houden.

6.8 Van marginale toetsing naar toetsing op maat

Een minder autonome en meer responsieve benadering is ook hard nodig bij de bepaling van de intensiteit waarmee de bestuursrechter bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging beoordeelt. De nieuwe sturingswijze biedt het bestuur in veel gevallen meer beslissingsruimte, terwijl de democratische controle daarop vaak tekortschiet. Bij die ontwikkeling past een definitief afscheid van de marginale-toetsingsleer en de ontwikkeling van een genuanceerdere toetsingspraktijk waarbij de indringendheid van rechterlijke toetsing expliciet kan worden afgestemd op relevante concrete omstandigheden. De autonome voorstelling van recht en beleid als strikt gescheiden domeinen past slecht bij een realiteit waarin van heldere grenslijnen tussen die domeinen in de praktijk geen sprake meer is. Ter vervanging van de klassieke fixatie op duidelijke onderscheidingen en aparte stoelen voor rechters en bestuurders is daarom een meer responsief toetsingskader nodig dat onderkent dat de grenzen tussen recht en beleid niet scherp of absoluut zijn. De Duits-Europese systematiek van toetsing op geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit biedt een aantrekkelijke juridische taal die de rechter in staat stelt zich uit te spreken over bestuurlijk beleid zonder meteen op al te onbescheiden wijze op de stoel van het bestuur te gaan zitten.

6.9 Blijvende spanning

De legitimiteit van hedendaagse juridische instituties put uit twee bronnen die onderlinge tegenstrijdigheid opleveren. Aan de ene kant gaat het om ‘de legitimiteit van de afstand’. De rechter presenteert zich daarbij als de objectieve zegsman van een onpersoonlijke juridische orde, een duidelijke afstand bewarend ten opzichte van de partijen die hij voor zich heeft. Ook ten opzichte van kwesties van beleid en politiek neemt hij een afstandelijke positie in. Aan de andere kant gaat het om ‘de legitimiteit van de nabijheid’, waarbij de rechter zijn handelen nauw toesnijdt op specifieke omstandigheden en concrete belangen. De ‘meer nabije’ rechter laat zien dat hij geïnteresseerd is in wat rechtzoekenden werkelijk bezighoudt en toont

zich betrokken bij kwesties die leven in maatschappij en samenleving. Sleutelwoorden zijn voor hem niet regelgebondenheid en formele gelijkheid, maar maatwerk en flexibiliteit. Tussen deze twee bronnen van legitimiteit bestaat een onoverbrugbare spanning. Een behandeling *zonder* aanzien des persoons gaat nu eenmaal ten koste van een behandeling *met* aanzien des persoons en andersom. De theorie van het responsieve recht biedt geen harmonieuze balans of geheimzinnige bezweringsformule die aan die spanning een einde kan maken. Ook de responsieve rechtsstaat van Michiel Scheltema zal ons er niet van kunnen verlossen.

Literatuur

Allewijn 2011

D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Allewijn 2018

D. Allewijn, *Tussen recht en vrede: meditation in de responsieve rechtsstaat* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

Ayres en Braithwaite 1995

I. Ayres en J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press 1995.

Backes 2009

Ch.W. Backes, *Suum cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Maastricht 2009.

Bakker 2018

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2018.

Barkhuysen 2015

T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht', *NJB* 2015, afl. 24, p. 1583.

Barkhuysen en Claessens 2012

T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Naar een "slagvaardiger bestuursrecht" met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?', *Ars Aequi* 2012, afl. 2, p. 83-93.

Van den Berge 2017

L. van den Berge, '"Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander". Relativiteit in privaat- en bestuursrecht', *RMThemis* 2017, afl. 2, p. 43-55.

Van den Berge 2018

L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RMThemis* 2018, afl. 4, p. 124-136.

Van den Berge 2019

L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving: drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 3-12.

Van den Berge en Goossens 2018

L. van den Berge en J. Goossens (red.), *Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte* (NTB 2018, afl. 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Boekema 2015

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

Van den Bos 2011

K. van den Bos, *Vertrouwen in de overheid*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011.

Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014

K. van den Bos, L. van der Velden en E.A. Lind, 'On the Role of Perceived Procedural Justice in Citizens' Reactions to Government Decisions and the Handling of Conflicts', *Utrecht Law Review* 2014, afl. 1, p. 1-26.

Brand 2018

J. Brand, 'Voldoet de gereedschapskist van de bestuursrechter in het sociale domein niet langer?', *NTB* 2018, afl. 1, p. 11-13.

Brown 2015

W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015.

Buijze 2009

A.W.G.J. Buijze, 'Effectiviteit in het bestuursrecht', *NTB* 2009, afl. 8, p. 228-237.

Burchell e.a. 1989

G. Burchell, C. Gordon en P. Miller (red.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press 1989.

Cassese 2017

S. Cassese, 'The Administrative State in Europe', in: S. Cassese, A. von Bogdandy en P.M. Huber (red.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 57-91.

Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, p. 214-221.

Damen 2019

L. Damen, 'Van Awb-mens naar responsieve burger?', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 113-122.

Van Domselaar 2015

I. van Domselaar, 'Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship', *NJLP* 2015, afl. 1, p. 24-46.

Van Domselaar 2020

I. van Domselaar, 'De rechter is meer dan een probleemoplosser', *NRC Handelsblad* 14 januari 2020.

Dean 2010

M. Dean, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Londen: Sage 2010.

Doornbos 2019

N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 567-578.

Dunleavy e.a. 2006

P. Dunleavy e.a., 'New Public Management Is Dead – Long Live Digital-Era Governance', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2006, afl. 3, p. 467-494.

Duyvendak en Tonkens 2018

J.W. Duyvendak en E. Tonkens, 'De beloften van nabijheid en de verhuiselijking van de zorg', in: *De verhuizing van de verzorgingsstaat. Hoe de overheid nabij komt*, Amsterdam: Van Gennep 2018, p. 7-26.

Van Ettekoven 2016

B.J. van Ettekoven, 'Herrie rond de keukentafel. Over de WMO 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming', *NTB* 2016, afl. 10, p. 373-377.

Van Ettekoven en Marseille 2017

B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: *Afscheid van de klassieke procedure? (Preadviezen NJV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139-263.

Fuller 1969

L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1969.

Gerards 2006

J.H. Gerards, 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht', *RMThemis* 2006, p. 147-159.

Gerards 2007

J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen en W. den Ouden (red.), *Europees recht effectueren*, Deventer: Kluwer 2007, p. 73-114.

Gerards 2017

J. Gerards, *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving* (oratie Utrecht), Utrecht 2017.

Grootelaar 2018

H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts* (diss. Utrecht), Utrecht 2018.

Guglielmi e.a. 2016

G.J. Guglielmi, G. Koubi en M. Long, *Droit du service public*, Parijs: L.G.D.J. 2016.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 211-237.

Hirsch Ballin 1991

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De taak van de rechter', in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 267-268.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (Preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

Van der Hoeven 1970

J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.

Van der Hoeven 1974

J. van der Hoeven, 'De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak', *RMThemis* 1974, p. 658-678.

Van der Hoeven 1989

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Hol en Loth 2001

A.M. Hol en M.A. Loth, 'Ludex mediator: naar een herwaardering van de juridische professie', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2001, afl. 1, p. 9-57.

Huisman en Jak 2019

P.J. Huisman en N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019, afl. 5, p. 212-221.

Huisman en Van Ommeren 2019

P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Jak 2018

N. Jak, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders. Het sociaal domein als proeftuin', *NTB* 2018, afl. 6, p. 267-277.

Jak 2019

N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 101-112.

De Jong 2015

K.A.W.M. de Jong, *Snel, eenvoudig en onkostbaar: Over continuïteit en verandering in de aard en de inrichting van het bestuursprocesrecht in de periode 1815 tot 2015* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Klijn en Koppenjan 2016

E.H. Klijn en J. F.M. Koppenjan, *Governance Networks in the Public Sector*, Londen: Routledge 2016.

Van Klink 2010

B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen: autonomie van recht en rechtswetenschap* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Kortmann 2018

C.N.J. Kortmann, 'Zonder crisis geen revolutie', *NTB* 2018, afl. 1, p. 2-3.

Kromhout en Marseille 2018

D.M. Kromhout en A.T. Marseille, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte. Verslag van een op 15 juni 2018 gehouden VAR-studiemiddag', *NTB* 2018, afl. 8, p. 374-381.

Levi-Faur 2011

D. Levi-Faur, 'Regulation and Regulatory Governance', in: D. Levi-Faur (red.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 3-21.

Lind en Tyler 1988

E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Springer 1988.

Loeff 1887

J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: IJdo 1887.

Loenen 1996

M.L.P. Loenen, 'Recht en het on vervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid', *RMThemis* 1996, afl. 4, p. 123-136.

Loughlin 2003

M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Loughlin 2010

M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Van Male 2009

R.M. van Male, 'C.W. van der Pot. De vormen van het besturen', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Oude Meesters. Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 21-23.

Marseille 2016

A.T. Marseille, 'De beperkte speelruimte van gemeentebesturen bij de uitvoering van de WMO 2015', *JBplus* 2016, p. 123-140.

Marseille 2018

A.T. Marseille, 'Weg van het besluit en het bestuur in het sociaal domein: gevolgen voor de rechtsbescherming', in: R.J.N. Schlössels e.a., *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45-60.

Marseille e.a. 2015

A.T. Marseille, B.W.N. de Waard en P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015, p. 2006-2014.

Miller en Rose 2008

P. Miller en N. Rose, *Governing the Present*, Cambridge: Polity Press 2008.

De Moor-van Vugt 1995

A. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Tilburg 1995.

Nonet en Selznick 2001

Ph. Nonet en Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 (eerste editie 1978).

Oakeshott 1975

M. Oakeshott, *On Human Conduct*, Oxford: Clarendon Press 1975.

Van Ommeren en Huisman 2013

F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks, nr. 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 7-102.

Osborne en Gaebler 1992

D. Osborne en T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York: Addison-Wesley 1992.

Den Ouden 2016

W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016, afl. 10, p. 387-392.

Papadopoulos 2013

Y. Papadopoulos, *Democracy in Crisis? Politics, Governance and Policy*, New York: Palgrave Macmillan 2013.

Peters 2015

J.A.F. Peters, 'De publieke taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015, afl. 6, p. 172-181.

Peters 2018

J.A.F. Peters, 'In de ban van het besluit. Over de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, het besluit en de rechtsmachtverdeling', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 27-44.

Pitkin 1967

H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley: University of California Press 1967.

De Poorter en De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Van der Pot 1932

C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201 e.v.

Putnam 1993

R.D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press 1993.

Raad voor het openbaar bestuur 2012

Raad voor het openbaar bestuur, *Loslaten in vertrouwen. Naar een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving*, Den Haag 2012.

Raad voor het openbaar bestuur 2014

Raad voor het openbaar bestuur, *Hoe hoort het eigenlijk? Passend contact met de overheid*, Den Haag 2014.

Rosanvallon 2011

P. Rosanvallon, *Democratic legitimacy. Impartiality, reflexivity, proximity*, Princeton: Princeton University Press 2011.

Rose 1999

Rose, *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self*, Londen: Routledge 1999 (eerste editie 1989).

Sarat 1993

A. Sarat, 'Authority, Anxiety, and Procedural Justice: Moving from Scientific Detachment to Critical Engagement', *Law and Society Review* 1993, p. 647- 671.

Scheltema 2015

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015, afl. 9, p. 287-289.

Scheltema 2016

M. Scheltema, 'De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?', *NTB* 2016, afl. 8, p. 267-270.

Scheltema 2017

M. Scheltema, 'Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief', *NTB* 2017, afl. 8, p. 253-257.

Scheltema 2018a

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, p. 121-132.

Scheltema 2018b

M. Scheltema, 'Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein', *NTB* 2018, afl. 1, p. 4-7.

Scheltema 2019

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019, afl. 6, p. 246-253.

Scheltema en Scheltema 2013

M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schinkel en Van Houdt 2010a

W. Schinkel en F. van Houdt, 'The Double Helix of Cultural Assimilationism and Neo-liberalism: Citizenship in Contemporary Governmentality', *The British Journal of Sociology* 2010, p. 696-715.

Schinkel en Van Houdt 2010b

W. Schinkel en F. van Houdt, 'Besturen door vrijheid. Neoliberaal communitarisme en de verantwoordelijke burger', *Bestuurskunde* 2010, afl. 2, p. 12-21.

Schlössels 2018

R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2018, afl. 9, p. 425-435.

Schlössels 2019

R.J.N. Schlössels, 'Het besluit voorbij... maar via welke route?', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 133-141.

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler 2012

B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBPlus* 2012, afl. 2, p. 101-116.

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2012.

Timmermans 2017

L.J.M. Timmermans, 'Het sociaal domein als breekijzer', *Gemeentestem* 2017, afl. 7464, p. 929.

Tonkens en Duyvendak 2018

E. Tonkens en J.W. Duyvendak, 'Professionaliteit, democratie en solidariteit onder druk. De beloften van nabijheid nader beschouwd', in: *De verhuizing van de sociale verzorgingsstaat. Hoe de overheid nabij komt*, Amsterdam: Van Genneep 2018, p. 231-250.

Tyler 1990

T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale University Press 1990.

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019.

Verheij 1992

N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. Ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 131-149.

Voermans 2019

W. Voermans, *Het verhaal van de grondwet*, Amsterdam: Prometheus 2019.

Vonk e.a. 2016

G.J. Vonk, A. Klingenberg, S. Munneke en A. Tollenaar, *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: RUG Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde 2016.

De Waard 2016

B.W.N. de Waard, 'Proportionality: Dutch Sobriety', in: S. Ranchordas en B.W.N. de Waard (red.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, Londen: Routledge 2016, p. 109-124.

Weber 1978

M. Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology*, Berkeley: University of California Press 1978.

Westerman 2018

P.C. Westerman, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

Westerman 2019

P.C. Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *NJLP* 2019, afl. 2, p. 244-255.

Wiggers-Rust 2018

L.F. Wiggers-Rust, *Rechtsbescherming in het sociaal domein. Verdelen of verbinden?*, *NJB* 2018, afl. 39, p. 2950-2955.

Van Wijk 1974

H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugtred', in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115 (= *Voortgaande terugtred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959).

WRR 2000

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

WRR 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

WRR 2012a

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het gezicht van de publieke zaak. Openbaar bestuur onder ogen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010.

WRR 2012b

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Vertrouwen in burgers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012.

WRR 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur (preadviezen VAR)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7-94.

Garbage in? Garbage Out!

Maatwerk in het sociaal domein

Mr. dr. M.F. Vermaat*

Inleiding	64
1 Begrippen	65
1.1 Het sociaal domein	65
1.2 Wat onder maatwerk te verstaan	66
1.3 Maatwerk bieden is meer dan een resultaat bereiken	70
1.4 Voorgeschiedenis	70
1.5 ‘Wapengelijkheid’ aan de keukentafel	73
1.6 Waarborgen voor ‘wapengelijkheid’	74
1.7 De weg naar het resultaat: het onderzoek	77
1.8 De ‘afpel-factoren’	78
1.9 Hoe ver strekt de gemeentelijke verantwoordelijkheid ?	79
1.10 Maatwerk versus minimumnorm	81
2 Resultaatgericht indiceren en beschikken	82
2.1 Resultaat gericht in de Wlz	84
2.2 Te groot vertrouwen?	84
2.3 Integrale besluitvorming en omgekeerd toetsen	85
2.3.1 De geïntegreerde verordening	85
2.3.2 Omgekeerd toetsen	86
2.4 ‘Gewoon’ toetsen	88
3 Maatwerk in de rechtsbescherming	90
3.1 Advies Scheltema	91
3.2 Wetsvoorstel	93
3.3 De rechter als lastpost	93
4 Samenvatting en conclusies	96
Literatuur	98

* Matthijs Vermaat is advocaat en partner bij Van der Woude De Graaf Advocaten te Amsterdam.

Inleiding¹

Het onderwerp van de jaarvergadering 2020 is 'Maatwerk in het bestuursrecht'. In het mij toebedeelde deel bespreek ik het maatwerk in het sociaal domein. Het sociaal domein omvat in deze bijdrage, naast de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015), de Jeugdwet en de Participatiewet. Mijn uitgangspunt is dat van maatwerk alleen dan sprake kan zijn als niet alleen het resultaat maatwerk biedt, maar ook de weg er naar toe. Vergelijk het met een berekening. Niet alleen wat onder de streep staat moet kloppen, ook wat er boven staat. Dat betekent dat niet alleen het onderzoek en de besluitvorming, maar ook de rechtsbescherming en de realisatie van de zorg en ondersteuning zoveel als mogelijk op maat moeten zijn. Ik ga daarom na op welke wijze het komen tot maatwerk in (met name) de Wmo 2015 is vorm gegeven. Bieden de wet en de Awb voldoende mogelijkheden om tot maatwerk te komen? Zijn gemeente en burger gelijkwaardige gesprekspartners? Daarbij betrek ik ook het in januari 2020 ter consultatie aangeboden wetsvoorstel 'Resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting'.²

¹ De auteur dankt mr. M.M.S. van Dongen, mr. C.W.C.A. Bruggeman, mr. J.J. Homan en mr. drs. R. Imkamp voor hun bijdragen aan het schrijven van dit preadvies.

² www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken.

I Begrippen

1.1 Het sociaal domein

De definitie van het sociaal domein is in de praktijk wisselend. In sommige gemeenten omvat die alleen de zogenoemde ‘drie decentralisaties’ namelijk de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet.¹ In andere gemeenten worden ook domeinen als wonen en ruimte, sport en cultuur, onderwijs en kinderopvang en schuldhulpverlening en de dienstverlening vanuit de sociale basis (zoals welzijn) ertoe gerekend. Kleinere gemeenten hanteren vaker de brede, integrale definitie van het sociaal domein dan grotere gemeenten, zo schrijft Regioplan.²

Ik hanteer ten behoeve van dit preadvies de definitie en het bereik van de ‘drie decentralisaties’ waartoe voor de Jeugdwet alleen het zogeheten ‘vrijwillig kader’ wordt gerekend. Het gedwongen kader (jeugdbescherming en jeugdreclassering) dat gaat over verplichte maatregelen voor ouders of jongeren, valt buiten het bestek.

Eigenlijk behoren de aanspraak op ‘wijkverpleging’³ in de Zorgverzekeringswet (Zvw), en de Wet langdurige zorg (Wlz) als de burger nog zelfstandig woont, naar mijn mening ook tot het sociaal domein. De wetten zijn onderling verbonden en hebben gemeen dat zij aan de burgers zorg en ondersteuning bieden met als doel hen zo veel en zo lang mogelijk zelfstandig te laten blijven wonen.

Omdat verschillende wetten het domein van de zorg en ondersteuning bestrijken, heeft dit tussen de wetten afbakeningsproblemen tot gevolg.⁴ Zo biedt de Wlz tot en met 2020 geen toegang voor verblijfszorg voor mensen met de grondslag psychiatrie en kan de Wmo onder omstandigheden aanvullend zijn op de Wlz indien iemand thuis woont.⁵ Voorts zijn de Zvw en Wlz verzekeringen en is de eerste privaatrechtelijk van aard waardoor de rechtsbescherming via de civiele weg of de geschillencommissie⁶ dient plaats te vinden. De Wlz is primair gericht op verblijfszorg, maar kent in de uitvoering realisatievormen die op ‘het thuis kunnen blijven wonen’⁷ zijn gericht. Omdat beide wetten echter niet onder verantwoordelijkheid

1 Wmo 2015, Stb. 2014, 280, Jeugdwet, Stb. 2014, 105 en Participatiewet, Stb. 2014, 270.

2 www.regioplan.nl/actueel/hoe-ziet-het-sociaal-domein-er-nu-uit/.

3 Art. 2.10 Besluit zorgverzekering.

4 Raad van State 2016, p. 23.

5 CRvB 19 december 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:4305.

6 Art. 114 lid 1 Zvw.

7 Volledig pakket thuis, modulair pakket thuis en het persoons gebonden budget.

van de gemeenten vallen, maar onder die van de zorgverzekeraar dan wel de Wlz-uitvoerder, laat ik deze wetten als zodanig buiten beschouwing. Voor een meer geïntegreerde uitvoering van de hulp, ondersteuning en zorg zou het een vooruitgang betekenen als de zorgverzekeraar (als het gaat om de wijkverpleging) als een bestuursorgaan zou worden aangemerkt. Dat vergemakkelijkt niet alleen de onderlinge afstemming⁸ tussen gemeenten en zorgverzekeraars, maar het vergroot ook de rechtsbescherming omdat de laagdrempelige bestuursrechter het gehele terrein van de zorg en ondersteuning bestrijkt.⁹ Daar is echter wel een wetswijziging voor nodig (of een wijziging in de rechtspraak).¹⁰

Ik zal mij (binnen het sociaal domein) met name concentreren op de manier waarop in de Wmo 2015 en, voor zover nodig, de Jeugdwet het beoogde maatwerk wordt gerealiseerd. De Participatiewet komt zijdelings aan bod.

In de Jeugdwet is het te bereiken doel dat de jeugdige in staat wordt gesteld gezond en veilig op te groeien, te groeien naar zelfstandigheid en voldoende zelfredzaam te zijn en maatschappelijk te participeren. Daarbij wordt, overigens evenals in de Wmo 2015, redelijkerwijs rekening gehouden met zijn leeftijd, ontwikkelingsniveau, de behoeften en persoonskenmerken van de jeugdige en zijn ouders en hun godsdienstige gezindheid, de levensovertuiging en de culturele achtergrond.¹¹

De maatschappelijke ondersteuning in het kader van de Wmo 2015 in het individuele geval is gericht op het ondersteunen van de zelfredzaamheid en de participatie van personen uit de doelgroep¹² om zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving te kunnen blijven (wonen) dan wel zich te kunnen handhaven in de samenleving.¹³

1.2 Wat onder maatwerk te verstaan

Wat is maatwerk en wat is maatwerk in het sociaal domein? Het lijkt op het eerste gezicht een begrip waarvan iedereen weet wat het is. Bij nadere beschouwing blijkt dat toch wat genuanceerder te liggen.

Om tot een 'ruwe' omlijning van het begrip te komen heb ik eerst de 'Dikke Van Dale' geraadpleegd. Die geeft in de online versie¹⁴ twee betekenissen: 'op maat gemaakte kleding' en 'werk dat precisie en flexibiliteit vereist'. De eerste betekenis houdt in dat het 'pak als gegoten zit' en fungeert als tegenhanger van confectiekleding. In mijn woorden: is toegesneden op de klant. Wil een product of dienst als maatwerk

⁸ Zie art. 2.3.2 lid 4 onder f Wmo 2015.

⁹ Met betrekking tot de Zvw geldt dat in beginsel de civiele rechter bevoegd is. In de praktijk is de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) de geschilbeslechter.

¹⁰ CRvB 21 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1968 en ABRvS 6 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4479.

¹¹ Art. 2.3 lid 1 en 4 Jeugdwet en art. 2.3.5 lid 5 Wmo 2015.

¹² Art. 1.2.1 Wmo 2015.

¹³ Art. 1.1.1 en 2.3.5 lid 3 Wmo 2015.

¹⁴ www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/maatwerk#.XaxVQumP5Ms.

door kunnen gaan, dan is bij de totstandkoming daarvan precisie en flexibiliteit vereist, aldus Van Dale in de tweede betekenis. Is dit een afdoende samenhangende definitie en kan deze in het sociaal domein worden gebruikt?

Er is veel over ‘maatwerk in het sociaal domein’ geschreven. De kern van het begrip maatwerk in het sociale domein is volgens Tanja de ‘responsiviteit’ omdat het (in de ideale situatie) aansluit bij de behoeften van burgers en hun persoonlijke situatie door hen te voorzien van de zorg die ze nodig hebben.¹⁵ Of, zoals Donner op het congres van Divosa het formuleerde, ‘Ieder het zijne geven in plaats van ieder het gelijke’.¹⁶ Munneke schrijft in 2016 in ‘Maatwerk, gelijkheid en zeggenschap’: ‘Met de term maatwerk wordt benadrukt dat de hulpbehoevende burger precies krijgt wat hij nodig heeft’.¹⁷

Volgens Munneke moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan wil een instantie maatwerk kunnen bieden. De instantie moet:

- a. in staat zijn iemands behoeften, en de noodzaak daartoe, vast te stellen;
- b. voldoende ruimte hebben voorzieningen op elkaar af te stemmen;
- c. en over voldoende budget beschikken.

Maatwerk in het sociale domein wordt door Hertogh beschreven als ‘situationele gelijkheid’¹⁸ waarin elke casus zijn eigen oplossing vergt, wat betekent dat van geval tot geval moet worden beslist en moet worden gelegitimeerd waarom is gehandeld zoals is gehandeld.¹⁹ Uit onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP)²⁰ komt naar voren dat maatwerk door burgers wordt gezien als het hen in staat stellen naar eigen inzicht op een optimale manier te voorzien in hun hulpbehoefte. Zij willen met andere woorden in staat gesteld worden hun eigen maatwerk uit te voeren.²¹

Lurks en Renssen wijzen er in hun bijdrage in deze bundel op dat hoe meer ruimte er aan de voorzijde van de beleidscyclus is (hoe opener de normen zijn), hoe minder maatwerk er is te bieden in het individuele geval. Bij gesloten normen aan de voorzijde is het vaak weer noodzakelijk om aan de achterzijde maatwerk toe te passen. Zij definiëren in hun preadvies maatwerk als:

‘De mogelijkheid voor het bevoegd gezag om in afwijking van algemene regels of regels van een hoger bestuursorgaan regels te stellen voor een bijzonder geval, gebied of verzameling van gevallen.’

Met andere woorden, zo lees ik hieruit, er is een algemene regel die voor iedereen geldt, maar waarop uitzonderingen moeten kunnen worden gemaakt die recht doen

¹⁵ Tanja 2018.

¹⁶ Donner 2016.

¹⁷ Munneke 2016, p. 87.

¹⁸ Hertogh 2006.

¹⁹ Zie verder Meurs 2016, p. 97-111.

²⁰ SCP 2014.

²¹ Munneke 2016, p. 88.

aan het individuele geval. Dat doet denken aan een hardheidsclausule of de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleid.

Deze definitie dekt mijns inziens niet het begrip maatwerk in het sociaal domein, omdat de wetgeving daar een ander uitgangspunt heeft. Weliswaar kennen de Wmo 2015 en de Jeugdwet aan de voorzijde open normen, maar de gemeente heeft in beide wetten de eenduidige opdracht gekregen om door het treffen van voorzieningen een beperking op te heffen of te compenseren zodat de betrokkene (weer) mee kan of blijven doen aan de samenleving.²²

Maatwerk is dan niet zozeer het afwijken van een algemene regel die voor iedereen geldt en een gelijke uitkomst heeft, maar het toepassen van de algemene regel dat elk geval individueel moet worden beoordeeld. Maatwerk is de – open geformuleerde – wettelijke norm. Door de rechter wordt daarom integraal getoetst of aan de wettelijke opdracht is voldaan: is inderdaad sprake van een passende bijdrage ter compensatie van de beperkingen?²³

Wat wordt in de Wmo 2015 en de Jeugdwet over ‘maatwerk’ gezegd?

De Jeugdwet kent het begrip maatwerk niet maar uit de toelichting blijkt dat met individuele voorzieningen ‘maatwerk’ wordt bedoeld.

‘Als ouders of het ondersteunende sociale netwerk hun rol niet kunnen vervullen, is er een taak weggelegd voor de overheid. Deze jeugdigen moeten dan met de juiste hulp (maatwerk) naar een zelfstandige toekomst worden geleid.’²⁴

Overigens is het van meet af aan de bedoeling van de wetgever geweest om de terminologie in de Jeugdwet zo veel mogelijk gelijklopend te laten zijn aan die welke bij de decentralisatie van deze aanspraken van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) naar de Wmo gehanteerd zijn.²⁵ In artikel 1.1.1 van de Wmo 2015 is de definitie van een maatwerkvoorziening neergelegd. Het is een op de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden afgestemd geheel van diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen. In de memorie van toelichting²⁶ op de Wmo 2015 schrijft de regering:

‘(...) de beslissing moet zijn afgestemd op individuele omstandigheden en mogelijkheden van de aanvrager, ook op andere terreinen dan maatschappelijke ondersteuning.’

²² Kamerstukken II 2012/13, 33683, nr. 3, p. 134.

²³ CRvB 10 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG6612 (Wmo 2007), CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:819 (Wmo 2015) en CRvB 1 mei 2017 ECLI:NL:CRVB:2017:1477 (Jeugdwet).

²⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33684, nr. 3, p. 7.

²⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33684, nr. 3, p. 5.

²⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 35.

Als dat op de juiste wijze gebeurt, dan wordt de beperking van de cliënt door een passende bijdrage gecompenseerd. In de artikelsgewijze toelichting op de Wmo 2015²⁷ valt te lezen:

‘De ondersteuning die de gemeente moet leveren, bestaat allereerst uit de eerder beschreven algemene voorzieningen. Voor zover iemand echter niet op eigen kracht of met hulp van zijn sociale netwerk zelfredzaam kan zijn of maatschappelijk kan participeren, en gebruikmaken van een algemene voorziening dit probleem ook niet of onvoldoende oplost, zal de gemeente op aanvraag voor betrokkene zorgvuldig moeten bezien met welk pakket van op de persoonskenmerken, behoeften en mogelijkheden van die persoon afgestemde diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen of andere maatregelen kan worden bewerkstelligd dat de zelfredzaamheid kan worden bevorderd, betrokkene maatschappelijk kan participeren of wordt voorzien in de behoefte aan beschermd wonen of opvang.’

Duidelijk is dat de eigen verantwoordelijkheid, het inzetten van de eigen kracht en het eigen netwerk, voorop staan. Het gaat uitdrukkelijk om een samenstel (arrangement) van maatregelen dat maar één begrenzing kent: het doel moet worden bereikt. Bedacht moet worden dat, als het probleem door middel van een arrangement van maatregelen wordt opgelost zonder dat een maatwerkvoorziening nodig is, ook dat arrangement maatwerk moet zijn. Maar wil dat ook zeggen dat het doel de middelen heiligt?

Het zogenoemde ‘resultaatgericht indiceren’ in de Wmo 2015 wordt als synoniem gezien van ‘maatwerk’. De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) beschrijft het als volgt:²⁸

‘Door te beschikken in een resultaat kan op ieder moment bekeken worden wat nodig is voor de cliënt, waarbij de professional in samenspraak met de cliënt bepaalt hoe het resultaat behaald wordt. Een schoon huis kan de ene week ramen lappen betekenen en een andere week de keukenkastjes schoonmaken. Ook kan het betekenen dat er tijd is voor het bespreken en oplossen van een voor de cliënt belangrijke kwestie, een luisterend oor, iemand op weg helpen. Het biedt maatwerk, zoals de Wmo 2015 ook voorstaat.’

De gemeente is op lokaal niveau ‘systeemverantwoordelijk’ en de feitelijke invulling wordt aan de professional (bedoeld zal zijn: de aanbieder) in samenspraak met de burger overgelaten. Dit kan uiteraard tot tevreden cliënten leiden,²⁹ maar is het te bereiken resultaat het enige zaligmakende? Om de memorie van toelichting³⁰ te parafraseren: het maakt niet uit hoe we in Rome komen, als we maar in Rome komen. Is het te behalen resultaat het enige criterium, of zijn er ook andere

27 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 119.

28 Kamerstukken II 2018/19, 29538, nr. 292.

29 SCP 2018.

30 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 149.

elementen die moeten worden getoetst wil het predicaat ‘maatwerk’ kunnen worden verleend? Om bij de vergelijking te blijven: vormen de kwaliteit van het vervoermiddel, de weersomstandigheden en de reisbegeleiding niet ook een relevant aspect? Naar mijn mening wel. Een barre voetreis naar Rome biedt weliswaar hetzelfde eindresultaat als een geheel verzorgde busreis, maar vormt alleen maatwerk voor op boetedoening beluste pelgrims. Niet voor anderen.

1.3 Maatwerk bieden is meer dan een resultaat bereiken

Zoals hiervoor al aangegeven houdt in mijn optiek maatwerk ook in dat niet alleen het te bereiken eindresultaat (in de memorie van toelichting: ‘resultaatverplichting’³¹) maatwerk moet zijn, maar dat de weg naar dat resultaat ook onderdeel van dat maatwerk uitmaakt.³²

Dat vangt al aan bij het begin van het proces. Hoe verloopt het gesprek na de melding van het probleem? Zijn burger en overheid gelijkwaardige gesprekspartners? Wordt er voldoende rekening gehouden met de redelijke wensen van de betrokkene? Op welke wijze wordt het onderzoek afgerond? Hoe is de feitelijke realisatie van de maatwerkvoorziening nadat deze is toegekend (rijdt het aanvullend openbaar vervoer op tijd, wordt de ambulante ondersteuning door steeds dezelfde of juist verschillende hulpverleners geboden, enzovoort). Weet de burger waar hij met zijn klachten terecht kan en hoe worden die behandeld? Als de burger niet in staat is gesteld om zijn kant van het verhaal goed uiteen te zetten, is het komen tot een maatwerkoplossing (waarvan de maatwerkvoorziening dus deel uit kan maken), veel minder goed mogelijk, zo niet onmogelijk. Er is dan sprake van GIGO (*Garbage in?, Garbage out!*). De uitdrukking stamt uit de ICT-wereld, en geeft aan dat als de informatie aan de voorkant ondeugdelijk is, er ook geen goed resultaat kan worden geboekt, en is ook goed te gebruiken voor beslissingen die tot stand zijn gekomen op basis van onjuiste gegevens.³³

1.4 Voorgeschiedenis

In de Wmo 2015 en de Jeugdwet worden geen concrete aanspraken (rechten) toegekend, maar is de gemeente verantwoordelijk gemaakt voor het bieden van op het concrete geval toegesneden maatschappelijke ondersteuning en (vrijwillige) jeugdhulp. De wetgever beoogt de gemeenten breed verantwoordelijk te maken voor het bieden van ondersteuning aan mensen met beperkingen binnen het sociale domein. Dat zal in goede samenspraak met de mensen om wie het gaat moeten gebeuren, en wel zo dat samen met hen tot een zo goed mogelijk afgestemde dienstverlening wordt gekomen.³⁴ Gemeenten dienen voor het bereiken van de maatwerkoplossing

31 Kamerstukken II 2013/14, 3384I, nr. 3, p. 10.

32 Zie ook Van Ettehoven 2016.

33 https://nl.wikipedia.org/wiki/Garbage_in,_garbage_out.

34 Kamerstukken II 2013/14, 3384I, nr. 3, p. 2.

niet alleen binnen de eigen organisatie te zoeken, maar er zal ook moeten worden samengewerkt met externe partijen.³⁵

Een belangrijk onderdeel in de benadering van een probleem in de Wmo 2015 en de Jeugdwet is dat eerst wordt gezien wat iemand zelf kan. De eigen verantwoordelijkheid staat voorop. Pas als dat niet volstaat om het beoogde doel te bereiken, is de gemeentelijke overheid aan zet.³⁶ Het betrekken van ‘de eigen mogelijkheden en het eigen probleemoplossend vermogen’ (Jeugdwet) en de ‘eigen kracht’ (Wmo 2015)³⁷ bij het vinden van een oplossing van het voorliggende probleem, zijn daarmee een belangrijk onderdeel bij het bieden van maatwerk.

Deze benadering kwam in 2015 niet uit de lucht vallen. De omslag van ‘wat zijn mijn rechten’ naar ‘wat kan ik zelf doen’, is al met de Wmo 2007³⁸ ingezet. Het verschil tussen beide wetten is wel dat de Wmo 2015, anders dan de Wmo 2007, geen specifieke taakvelden meer kent. Het is niet juist te veronderstellen³⁹ dat in de voormalige Wmo 2007 of de Wet op de Jeugdzorg precies was bepaald wanneer iemand wel of geen recht ergens op had. Ook toen al was het doel dat iemand datgene kreeg waarmee het beoogde resultaat kon worden bereikt. Dat blijkt uit het amendement en de toelichting⁴⁰ daarop dat tot de introductie van het compensatiebeginsel in de Wmo 2007 heeft geleid. Ook in de allereerste uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) met betrekking tot de Wmo 2007⁴¹ kan worden teruggelezen dat:

‘(...) de Wmo legt het College, (...), de plicht op om een resultaat te bereiken dat als compensatie mag gelden.’

Kortom: ook onder de Wmo 2007 was het resultaat dat telde. Daarin verschillen de wetten in het sociaal domein van voor 2015 niet van die van daarna. Ik heb mij, omdat de Wmo 2007 net zo resultaatgericht was als de Wmo 2015 is, dan ook altijd afgevraagd waarom de Wmo 2015 er überhaupt moest komen.⁴²

De regering wilde met de invoering van de Wmo 2007 af van het oude systeem onder de Wet voorzieningen gehandicapten (Wvg)⁴³ waarin men – in de visie van de rege-

35 Zoals zorgverzekeraars, zorgaanbieders en andere betrokken partijen op het gebied van jeugdzorg, onderwijs, preventieve gezondheidszorg, welzijn, wonen, werk en inkomen.

36 De betrokkene zal zich in hoge mate moeten inspannen om dat aan te wenden wat binnen zijn eigen bereik ligt om zelf in zijn behoefte op het gebied van maatschappelijke ondersteuning te voorzien, aldus de regering. Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 144 en nr. 34, p. 262.

37 Onder eigen kracht wordt verstaan dat wat binnen het vermogen van de betrokkene ligt om zelf tot verbetering van zijn zelfredzaamheid of participatie of tot een oplossing voor zijn behoefte aan beschermd wonen of opvang te komen. Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 144.

38 Stb. 2006, 351.

39 Zoals Janssens in het eind 2019 verschenen essay van de VNG ‘De staat van het sociaal domein’ lijkt te betogen; R. Janssens is sociaal strateeg bij de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG).

40 Kamerstukken II 2005/06, 30131, nr. 3.

41 CRvB 10 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG6612.

42 Zie Vermaat 2014.

43 Stb. 1993, 545.

ring – te snel een beroep op de overheid deed. Niet, althans onvoldoende, werd onderzocht hoe men het probleem zelf op kon lossen.⁴⁴ Gestimuleerd moest worden dat mensen die dat kunnen, meer zelf oplossingen bedenken voor problemen die zich voordoen.

Om deze wijze van denken en werken ook daadwerkelijk ingang te doen vinden is in 2011 door onder meer de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport het Programma Welzijn Nieuwe Stijl gestart.⁴⁵

‘De verzorgingsstaat “Nieuwe Stijl” moet burgers aanspreken op hun zelforganiserend vermogen, op hun eigen kracht in plaats van hun zwakte en op eigen verantwoordelijkheid.’⁴⁶

Dit proces, dat in samenwerking met ‘het veld’⁴⁷ door de VNG is ontwikkeld, werd ‘de Kanteling’ genoemd.

Door de VNG is op basis van de uitkomsten van de Kanteling in een modelverordening invulling gegeven aan de compensatieplicht in de Wmo 2007. Centraal onderdeel van de nieuwe werkwijze was het ‘keukentafelgesprek’, dat inmiddels een breed verbreide term is geworden. Met deze term wordt bedoeld op een gelijkwaardig gesprek tussen burger en overheid over wat iemand nog zelf kan en waar hij/zij hulp van de lokale overheid bij nodig heeft. De VNG had grote verwachtingen van deze nieuwe ‘gekantelde’ verordeningen,^{48, 49} en vandaar ook dat deze wijze van werken in de Wmo 2015 is gecodificeerd. In de Wmo 2015 is het uitgangspunt daarmee geworden dat geen individuele (maatwerk)voorziening wordt toegekend, tenzij ..., aldus de regering.⁵⁰

Het hiervoor weergegeven uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan jeugdhulp in het vrijwillig kader in de Jeugdwet. Een voorziening wordt blijkens artikel 2.3 Jeugdwet pas dan getroffen als de eigen mogelijkheden en het eigen probleemoplossend vermogen ontoereikend zijn.⁵¹ Dit wil overigens niet zeggen dat de gemeente helemaal niets doet of hoeft te doen als er geen individuele voorziening wordt toegekend. Het probleem kan echter – geheel of gedeeltelijk – door de burger zelf, met

44 Kamerstukken II 2005/06, 30131, nr. 3.

45 Ministerie van VWS 2011.

46 Steyaert en Kwekkeboom 2010.

47 Betrokken zijn geweest de CG-raad en Platform VG (nu samen opgegaan in Ieder(in)), het Platform GGZ (nu MIND), de samenwerkende ouderenorganisaties (CSO en de gemeenten Nijmegen, Huizen, Doetinchem, Groningen, Breda, Enschede en Utrecht).

48 De omslag van een recht op zorg dat geclaimd kan worden in de vorm van voorzieningen, naar compenserende maatregelen waarmee maatwerk geleverd wordt, kan een cultuuromslag worden genoemd, voor gemeenten én burgers. Nieuwsbrief VNG-project De Kanteling, nr. 19, juli 2012.

49 Zie voor de evaluatie van De Kanteling: SCP 2013.

50 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 30.

51 Zie CRvB 17 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2362 waarin de CRvB oordeelt dat niet is gebleken dat de door de moeder geboden hulp redelijkerwijs niet van haar kan worden verwacht.

gebruikmaking van zijn netwerk, algemeen gebruikelijke voorzieningen of door de gemeente gerealiseerde algemene voorzieningen, worden opgelost.

Nehmelman schrijft denk ik terecht dat maatwerk mooi klinkt, maar dat het de vraag is of met dit positief geformuleerde mantra niet vooral bedoeld is te benadrukken wat de burger niet krijgt: de overheidszorg die hij bij zijn privéomgeving kan krijgen.⁵²

1.5 ‘Wapengelijkheid’ aan de keukentafel

Wil een zo goed mogelijk resultaat (maatwerk) kunnen worden bereikt, dan zal er een deugdelijk en gelijkwaardig gesprek moeten plaatsvinden tussen de burger en de gemeente. Er zal sprake moeten zijn van een zekere wapengelijkheid. Bieden de Jeugdwet en de Wmo 2015 daarvoor de mogelijkheden?

Voordat de gemeente aan de slag gaat, zal hij eerst bekend moeten zijn met het bestaan van het probleem. Het college van B&W is hierbij het eerste formele aanspreekpunt voor de melding (Wmo 2015) of aanvraag (Jeugdwet). Tussen de Jeugdwet en de Wmo 2015 bestaat echter een groot verschil als het gaat om de start van het onderzoek.

In de Wmo 2015 is het Awb-pad van aanvraag-onderzoek-besluit verlaten en vervangen door: melding-onderzoek-verslag-aanvraag-besluit-uitvoering. De melding is geïntroduceerd om met een bredere blik de mogelijkheden van een goed arrangement van ondersteuning te bezien.⁵³ Na een melding volgt een maximaal zes weken durend onderzoek, (het ‘keukentafelgesprek’), dat eindigt in een verslag. Als de daarin aangedragen oplossingen volstaan, volgt geen besluit.

Na afronding van het onderzoek kan zo nodig of desgewenst een aanvraag worden gedaan waarop binnen twee weken dient te worden beslist. Dit betekent dat strikt genomen de bepalingen in de Awb over de behandeling van een aanvraag in de meldingsfase van de Wmo 2015 nog niet van toepassing zijn. In de praktijk lost zich dat op doordat de rechter uiteindelijk het besluit op een aanvraag toetst en dan zal dat onderzoek aan de Awb-vereisten moeten voldoen. De regering vond deze werkwijze geen afbreuk doen aan de rechtsbescherming omdat de termijnen in totaal acht weken beslaan, en de meldingsprocedure wel de deugdelijkheid van de besluitvorming bevordert.⁵⁴

In de Jeugdwet wordt de reguliere Awb-weg gevolgd: aanvraag-onderzoek-besluit. (Voor de volledigheid: de jeugdhulp is ook toegankelijk na verwijzing door de huisarts, de medisch specialist en de jeugdarts⁵⁵). Het onderzoek ten behoeve van voorzieningen in het vrijwillig kader van de Jeugdwet, is gestoeld op de bepalingen

52 Nehmelman 2017.

53 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 21.

54 Kamerstukken II 2013/14, 33841 nr. 3, p. 99-100.

55 Art. 2.6 lid 1 onder g Jeugdwet.

in de Awb. De jeugdhulpplicht is op zich te vergelijken met de compensatieplicht ingevolge de Wmo 2015, maar ontbeert voor wat betreft het uit te voeren onderzoek een gedetailleerde uitwerking als in de Wmo 2015. Om het beoogde maatwerk te bereiken is in de toelichting op artikel 2.3 Jeugdwet wel het beginsel neergelegd dat de gemeente zo veel mogelijk niet over, maar samen met de betrokkene(n) praat.⁵⁶

1.6 Waarborgen voor ‘wapengelijkheid’

Als het de bedoeling is dat gemeente en burger op voet van gelijkwaardigheid met elkaar in gesprek gaan om het voorliggende probleem op te lossen, dan is het van belang dat die gelijkwaardigheid is geborgd. Met de term ‘keukentafelgesprek’ is de beoogde gelijkwaardigheid onderstreept, maar is dit ook de praktijk? Is er niet per definitie sprake van machtsongelijkheid tussen aanvrager en uitvoerder van de wet?⁵⁷ De gemeente is immers een ‘repeat player’ en de burger kan doorgaans als ‘single shooter’ worden gekenschetst.⁵⁸ Als daar dan bij wordt betrokken dat de burger in ‘het gesprek’, blijkens de memorie van toelichting, min of meer verplicht is om niet alleen van alles over zijn eigen leven te melden, maar ook inzage te verschaffen in zijn netwerk en – zo was aanvankelijk de bedoeling – de gemeente daarmee zelfs in contact te brengen,⁵⁹ dan is die gelijkheid betrekkelijk. Ook vanuit privacy-beschermingsoogpunt is dit meewerken zonder dat er goede wettelijke waarborgen en/of concrete afspraken zijn, lastig en omstreden te noemen.⁶⁰

Hans Bosselaar⁶¹ uitte ten tijde van de totstandkoming van de Wmo 2015 forse bedenkingen bij het open gesprek tussen burger en overheid aan de keukentafel. Hij benadrukte dat, om te voorkomen dat het keukentafelgesprek een uiting van ongelijkheid en willekeur⁶² wordt, de professionaliteit van de keukentafelambtenaren bij gemeenten serieus aandacht diende te krijgen. Er zal gezocht moeten worden naar evenwicht tussen enerzijds de burger en anderzijds de gemeentelijke professional, aldus Bosselaar.

De wetgever heeft in het kader van de Wmo 2015 zijn best gedaan om een zeker evenwicht tussen burger en gemeente te bereiken.⁶³ Onder meer door de verplichting om de burger na de melding uit eigener beweging te wijzen op de mogelijkheid van onafhankelijke en gratis cliëntondersteuning en de mogelijkheid tot het indienen

56 Kamerstukken II 2012/13, 33684, nr. 3, p. 134 e.v.

57 Zie o.a. Kamerstukken II 2015/16, 29538, nr. 191.

58 Crommelin 2007, p. 229.

59 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 23.

60 Zie voorts Klinkenberg 2016.

61 Bosselaar en Vonk 2013.

62 Bosselaar wijst op: R. van Berkel, P. van der Aa en N. van Gestel, ‘Professionals without a profession? Redesigning case management in Dutch local welfare agencies’, *European Journal of Social Work* 2010, nr. 4, 447-463.

63 Zie ook Kamerstukken II 2013/14, 33841 nr. 3, p. 190.

van het persoonlijk plan. De dagelijkse praktijk is helaas weerbarstig en ook in 2020 is er op dat vlak nog genoeg werk te doen, zo komt uit onderzoek naar voren.⁶⁴

Waarborg 1 : persoonlijk plan

In artikel 2.3.2 Wmo 2015 is uitgewerkt wat er allemaal moet gebeuren als iemand zich met een probleem bij de gemeente meldt. Na een daartoe strekkend amendement⁶⁵ is in het tweede lid van artikel 2.3.2 Wmo 2015 bepaald dat de cliënt een persoonlijk plan in kan dienen waarin hij zijn visie op de te onderzoeken omstandigheden kan geven en op de maatschappelijke ondersteuning (het arrangement) die hij voor ogen heeft. In de Jeugdwet komt een vergelijkbaar plan voor: het familie-groepsplan⁶⁶ dat zo mogelijk ook als hulpverleningsplan kan gelden,⁶⁷ maar dat richt zich primair op de aanbieders.

Blijkens artikel 2.3.2 lid 5 Wmo 2015 moet het persoonlijk plan uitdrukkelijk bij het onderzoek betrokken worden. Daarmee wordt beoogd dat de regie bij de burger komt te liggen. Niet in de laatste plaats omdat de regering zich ervan bewust was dat de eigenaar van het probleem vaak de sleutel voor de oplossing in handen heeft.⁶⁸ Of dat ook de realiteit is geworden, is een tweede. Er zijn mij overigens geen uitspraken bekend waarin de vraag aan de orde was of al dan niet terecht door een gemeente was afgeweken van het persoonlijk plan.

Waarborg 2: cliëntondersteuning

Om te bereiken dat de cliënt een gelijkwaardige positie ten opzichte van het college kan verkrijgen, is de gemeente verplicht om de burger die zich meldt op de mogelijkheid van gratis cliëntondersteuning te wijzen.⁶⁹ Cliëntondersteuning is lang niet altijd vanzelfsprekend noch is de onafhankelijkheid⁷⁰ daarvan gegarandeerd.⁷¹ Uit een essay van de VNG⁷² blijkt dat de mogelijkheid van onafhankelijke cliëntondersteuning bij de meeste hulpvragers (80%) onbekend is. Dat geeft te denken over de inzet van de gemeenten bij de uitvoering van een wettelijke plicht. Na vijf jaar is

64 Zie Kamerstukken II 2016/17, 34477, nr. 24 en de Kamerbrief van minister De Jonge d.d. 20 juni 2019, nr. 1520217-189807-DMO.

65 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 70.

66 Art. 4.1.2 Jeugdwet.

67 Kamerstukken II 2013/14, 33684, nr. 83.

68 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 70.

69 Art. 2.3.2 lid 3 Wmo 2015. De gratis cliëntondersteuning staat ook in de Wlz (art. 3.2.3 lid 5 Wlz).

70 Zie onder meer deze blog van Corrie Ebbens: www.sociaalweb.nl/blogs/de-klikplicht-van-de-ambtenaar-de-zwijgplicht-van-de-hulpverlener.

71 De Wmo 2015, maar ook de Wlz regelen het verplichte aanbod tot cliëntondersteuning. Art. 1.1.1 lid 1 Wmo 2015: 'Onafhankelijke ondersteuning met informatie, advies en algemene ondersteuning op het gebied van maatschappelijke ondersteuning, preventieve zorg, zorg, jeugdhulp, onderwijs, welzijn, wonen, werk en inkomen die bijdraagt aan het versterken van de zelfredzaamheid en participatie en het verkrijgen van een zo integraal mogelijke dienstverlening.' Art. 4.2.1 Wlz: 'Onafhankelijke ondersteuning met informatie, advies, algemene ondersteuning en zorgbemiddeling die bijdraagt aan het tot gelding brengen van het recht op zorg in samenhang met dienstverlening op andere gebieden.'

72 www.sociaalweb.nl/cms/files/2019-12/de-staat-van-het-sociaal-domein.pdf; zie ook onder noot 1 en 2.

men nog niet in staat gebleken om een grotere naamsbekendheid voor de cliënt-ondersteuning te creëren. Kan er eigenlijk wel van een zorgvuldig onderzoek worden gesproken als de burger niet op de in de wet in artikel 2.3.2 Wmo 2015 neergelegde rechten is gewezen?⁷³

In het kader van de evaluatie van de Hervorming Langdurige Zorg heeft Movisie onder meer de cliëntondersteuning onderzocht.⁷⁴ Enkele conclusies uit dat onderzoek zijn dat er:

- onduidelijkheid is over de kerntaken en de afbakening van taken van vrijwillige en professionele ondersteuners;
- niet altijd voldoende ruimte is voor een onafhankelijke positie (bijvoorbeeld bij deelname aan wijkteams waarin directe collega's ondersteuning en zorg toekennen);
- veel onbekendheid bestaat bij cliënten met de mogelijkheid zich te laten bijstaan door een onafhankelijke cliëntondersteuner.

Het is dan ook de vraag of de positie van de burger tegenover de gemeentelijke overheid wel als (min of meer) gelijkwaardig is te beschouwen. Dit klemmt temeer als het keukentafelonderzoek wordt uitgevoerd door dezelfde entiteit die hulp en ondersteuning gaat leveren.⁷⁵

Waarborg 3: verslag

Het achtste lid van artikel 2.3.2 Wmo 2015 schrijft voor dat aan de cliënt een schriftelijke weergave van de uitkomsten van het onderzoek wordt verstrekt. Hij kan dan nalezen wat er is besproken en is afgesproken. Ik merk op dat de verplichting die veel gemeenten stellen dat het verslag wordt ondertekend, geen wettelijke grondslag kent. Het verslag kan desgewenst wel als aanvraag worden gebruikt. De schriftelijke weergave heeft als doel de betrokkene te helpen te beslissen of hij/zij een aanvraag om een maatwerkvoorziening zal doen.⁷⁶ De CRvB is streng als blijkt dat geen schriftelijke weergave is verstrekt:

‘Een onderzoek dat voldoet aan de vereisten van artikel 2.3.2 van de Wmo 2015 heeft reeds daarom niet plaatsgevonden.’⁷⁷

Omdat de onderzoeken vaak niet voldoen aan de in de wet gestelde vereisten is het niet verwonderlijk dat veel besluiten in het kader van de Wmo 2015 en de Jeugdwet in bezwaar en beroep sneuvelen.

⁷³ De ANBO en schrijver dezes hebben al in 2015 spelregels voor het keukentafelgesprek opgesteld die door de staatssecretaris zijn omarmd, maar toch onvoldoende hun weg hebben gevonden naar die keukentafel. Zie www.anbo.nl/nieuws/anbos-spelregels-wmo-omarmd-door-staatssecretaris.

⁷⁴ [www.movisie.nl/sites/default/files/alfresco_files/eindrapportage-onafhankelijke-clientondersteuning%20\[MOV-11445978-1.1\].pdf](http://www.movisie.nl/sites/default/files/alfresco_files/eindrapportage-onafhankelijke-clientondersteuning%20[MOV-11445978-1.1].pdf).

⁷⁵ Zie ook Tollenaar 2016.

⁷⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 146.

⁷⁷ CRvB 11 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1113.

1.7 De weg naar het resultaat: het onderzoek

In de Awb is in artikel 3:2 de onderzoeksplicht naar de relevante feiten en omstandigheden geregeld, waarna het bestuursorgaan een zorgvuldige belangenafweging dient te maken (art. 3:4 lid 1 Awb). In het tweede lid van artikel 3:2 Awb is bepaald dat de nadelige gevolgen voor de burger niet onevenredig mogen zijn in verhouding met de in het besluit te dienen doelen.

In de Wmo 2015 is het door de gemeente uit te voeren onderzoek veel meer uitgewerkt dan in de Jeugdwet.⁷⁸ Er is daarbij voortgebouwd op de ervaringen met ‘de Kanteling’ die onder de Wmo 2007 waren opgedaan. In de memorie van toelichting op de Wmo 2015 wordt daar op pagina 149 op ingegaan:

‘Het college komt bij het bepalen van de keuze van de te verstrekken maatwerkvoorziening in beginsel een zekere vrijheid toe. Deze vrijheid sluit aan bij het uitgangspunt dat voor elke individuele cliënt, nadat eenmaal diens problematiek en de daarvoor mogelijke en wenselijke oplossingen in kaart is gebracht, zoveel mogelijk maatwerk moet worden geleverd, dat bij diens situatie en problematiek aansluit, en dat het college, als die problematiek maatwerk noodzakelijk maakt, niet kan volstaan met standaardoplossingen. De te treffen maatwerkoplossing kan heel divers van aard zijn. Er bestaat dus niet één oplossing; er kunnen meerdere wegen naar Rome leiden. Het is aan het college, waar mogelijk rekening houdend met de redelijke wensen van de aanvrager, om te besluiten op welke wijze hij de aanvrager ondersteunt en met welk pakket van op de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van die persoon afgestemde diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen of andere maatregelen. Het college zal iemand die bijvoorbeeld niet zelf uit zijn bed kan komen, in ieder geval een vorm van ondersteuning moeten bieden. Bij de keuze van de ondersteuning mag de gemeente kosten van de verschillende oplossingen betrekken (bijvoorbeeld een woningaanpassing versus verhuizing naar een aangepaste woning). Het college zal zich ook moeten beraden over de vraag voor welke termijn het verstrekken van een maatwerkvoorziening aangewezen wordt geacht. Die termijn zal verschillen al naar gelang de aard van de problematiek.’

De vraag kan opkomen hoe het onderzoek na een melding of aanvraag er in de praktijk dan uit moet zien. Uit de rechtspraak blijkt dat dit voor beide wetten eigenlijk op dezelfde manier moet gebeuren. In 2017⁷⁹ zette de Centrale Raad van Beroep in een uitspraak betreffende de Jeugdwet uiteen dat de gemeente:

1. eerst moet vaststellen wat de hulpvraag van de jeugdige of de ouders is;
2. daarna moeten de opgroei- en opvoedingsproblemen of psychische problematiek in kaart worden gebracht;
3. vervolgens moet worden vastgesteld welke problemen en stoornissen er zijn en bepaalt de gemeente welke hulp nodig is;

⁷⁸ Art. 2.3.2 lid 4 Wmo 2015 beschrijft wat het college na een melding dient te onderzoeken. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de Jeugdwet.

⁷⁹ CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477.

4. ten slotte gaat de gemeente na of die hulp bijvoorbeeld door de ouders kan worden geboden.

Indien dat nodig is, moet de gemeente zich bij de besluitvorming laten adviseren door een specifieke (jeugdhulp)deskundige.

Een jaar later volgde een vergelijkbare uitspraak over de Wmo 2015.⁸⁰ Samengevat moet de gemeente ook hier:

1. allereerst vaststellen wat de hulpvraag is;
2. vervolgens inventariseren welke problemen worden ondervonden bij de zelfredzaamheid en maatschappelijke participatie, dan wel het zich kunnen handhaven in de samenleving;
3. daarna bepalen welke ondersteuning naar aard en omvang nodig is om een passende bijdrage te leveren aan de zelfredzaamheid of participatie van de ondersteuningsvrager, onderscheidenlijk aan het zich kunnen handhaven in de samenleving;
4. tot slot vaststellen in hoeverre de eigen mogelijkheden, de familie of het sociale netwerk e.d., dan wel voorliggende (algemene) voorzieningen, de nodige hulp en ondersteuning kunnen bieden.

Slechts voor zover die mogelijkheden ontoereikend zijn, zal een maatwerkvoorziening moeten worden verleend.

Als beide uitspraken in samenhang worden beschouwd, dan zegt de CRvB eigenlijk niets anders dan dat de Awb voorschrijft dat een besluit deugdelijk dient te worden voorbereid en gemotiveerd.

1.8 De ‘afpel-factoren’

Het moge duidelijk zijn dat zowel in de Wmo 2015 als in de Jeugdwet het te verrichten onderzoek op dezelfde manier moet worden vormgegeven. Voorop staat dat eerst wordt gezien wat iemand binnen zijn eigen vermogen kan doen aan het oplossen van het probleem. In artikel 2.3 lid 1 Jeugdwet worden dit ‘de eigen mogelijkheden en het probleemoplossend vermogen’ genoemd. In de Wmo 2015 is dit uitgangspunt in artikel 2.3.5 lid 3 Wmo 2015⁸¹ verder uitgewerkt en wordt gezien of en in hoeverre iemand zijn beperkingen op eigen kracht, met een algemeen gebruikelijke voorziening (sinds 1 januari 2020),⁸² met gebruikelijke hulp, met mantelzorg of met behulp van andere personen uit zijn sociale netwerk dan wel met gebruik van algemene voorzieningen kan compenseren of opheffen. Dit worden wel de ‘afpel-factoren’ genoemd.⁸³

⁸⁰ CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819.

⁸¹ En in art. 2.3.5 lid 4 Wmo 2015 met betrekking tot opvang en beschermd wonen.

⁸² Stb. 2019, 185.

⁸³ Voor zover mij bekend is de term afkomstig van C.W.C.A. Bruggeman.

Hier doemt een verschil op tussen de Jeugdwet en de Wmo 2015. Ouders hebben een wettelijke plicht om hun minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.⁸⁴ Daaronder wordt mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. Recent beoordeelde de CRvB⁸⁵ in een Jeugdwetzaak of de eigen mogelijkheden en het probleemoplossend vermogen van de ouder(s) toereikend bevonden konden worden. Ja, aldus de CRvB met een uitgebreide verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.⁸⁶ Niet was gebleken dat de door de moeder, die gestopt was met werken om de zorg te kunnen bieden, geboden hulp redelijkerwijs niet van haar kan worden verwacht. De enkele stelling van haar dat zij moe is en dat zij financiële druk ervaart, bleek onvoldoende. Let wel, op zich was er wel een noodzaak tot jeugdhulp, maar in dit geval kon het verlenen daarvan van de ouders worden gevergd. Dit is anders dan eertijds onder de AWBZ, waarin gold dat als meer zorg nodig was dan gebruikelijk bij een kind van dezelfde leeftijd, er aanspraak bestond op een voorziening.⁸⁷

Onder de Wmo 2015 is de inzet van familieleden beperkt tot de door huisgenoten aan algemeen aanvaarde opvattingen te bieden gebruikelijke hulp.⁸⁸ In vergelijking met de Wmo 2015 lijkt de gemeente in jeugdwet zaken minder snel gehouden tot het treffen van een individuele jeugdhulpvoorziening dan tot een maatwerkvoorziening.

Kortom: lukt eigen inzet niet voldoende dan zal er gezocht worden naar andere maatwerkoplossingen, en pas als die ook geen soelaas bieden zal er een individuele voorziening (Jeugdwet) dan wel een (individuele) maatwerkvoorziening (Wmo 2015) worden verstrekt.

1.9 Hoe ver strekt de gemeentelijke verantwoordelijkheid ?

Er rust, zo blijkt uit de wet en de rechtspraak, op de gemeente een forse onderzoeks- en zorgplicht. Eerst moet een totaalbeeld van de cliënt worden gemaakt waartoe nagevraagd moet worden of de cliënt op andere terreinen binnen het sociale domein zorg, ondersteuning of diensten ontvangt. Met deze informatie stemt het college de invulling van de dienstverlening zo veel mogelijk op elkaar af,⁸⁹ met het oog op de behoefte van de cliënt aan verbetering van zijn zelfredzaamheid, zijn participatie of zijn vraag om beschermd wonen of opvang. Het volgende, aan de praktijk ontleende, voorbeeld kan ter illustratie dienen hoever de verantwoordelijkheid van een gemeente zou kunnen strekken.

⁸⁴ Art. 1:247 BW.

⁸⁵ CRvB 17 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2362, USZ 2019/275, m.nt. Lunenburg en Vermaat.

⁸⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33684, nr. 3, p. 2 en p. 135-136.

⁸⁷ CRvB 22 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:134, USZ 2014/62, m.nt. Red.

⁸⁸ Vgl. art. 1.1.1 Wmo 2015.

⁸⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, par. 2.6, p. 77 en p. 145.

Een cliënt (een burger dus) met een fysieke beperking woont samen met zijn echtgenote en twee jonge kinderen en heeft voor hem volstrekt ongeschikte huisvesting, omdat vooral de badkamer onbruikbaar is en de toegang zeer moeizaam is. Dat hij op een andere woning is aangewezen, is op zich ook niet in geschil. Betrokkene heeft een indicatie voor een rolstoelwoning, maar de wachtlijst is lang en naar verluidt kan het nog zeker vijf jaar duren alvorens hij met zijn gezin daarvoor in aanmerking komt. Hij kan mogelijk zelf een geschikte, of tegen redelijke kosten aanpasbare, woning bemachtigen. Het probleem is echter dat hij vanwege het ontbreken van een woonurgentie niet hoog genoeg op de wachtlijst staat en hij onvoldoende middelen en mogelijkheden heeft om op de vrije markt een realistische kans te maken. Een woonurgentie zou kunnen helpen, maar die wordt hem door de gemeente (het college) niet verleend omdat hij al een indicatie voor een rolstoelwoning heeft. Het vinden van een woning is een huisvestingsprobleem en valt (dus) niet onder het bereik van de Wmo.⁹⁰

De vraag rijst of dit standpunt in strijd is met de Wmo 2015. Wat deze burger in Wmo-termen wil, is dat zijn zelfredzaamheid door middel van een ‘andere maatregel’⁹¹ (i.c. de woonurgentie), wordt vergroot zodat hij het probleem zelf – in feite samen met de gemeente – op kan lossen.

Zoals al toegelicht is de gemeente aan zet zolang het probleem (het tekort aan zelfredzaamheid en participatie), niet is opgelost. Er zal een passende bijdrage moeten worden geboden. Uitzicht op een rolstoelwoning kan een oplossing zijn, mits de wachttijd aanvaardbaar is. Zo niet, dan zal een andere maatregel moeten worden getroffen. Verwijzen naar een andere dienst van de gemeente als verantwoordelijke, volstaat echter niet. In de memorie van toelichting op de Wmo 2015⁹² en de wet zelf worden immers allerlei⁹³ instanties genoemd waarmee gemeenten kunnen (en moeten) samenwerken zoals ‘partijen op het gebied (...) van wonen (...)’. Dat kunnen er velen zijn, en de oplossingen hoeven niet ideaal te zijn, maar wat gelet op de Wmo 2015 en de bedoeling van de wetgever in ieder geval niet kan, is niets doen.

Het plaatselijke beleid bepaalt dus het speelveld in de individuele casus. Nog steeds zijn verordeningen, nadere regels en het beleid in beginsel aanbodgestuurd, en niet vraaggericht. Op zich hoeft dat geen probleem te zijn. De door de gemeente ingehuurde schoonmaakondersteuning kan heel wel het beoogde resultaat (een schoon en leefbaar huis) tot tevredenheid van de burger bereiken. Hetzelfde kan worden gezegd over een kernassortiment aan hulpmiddelen. Het gaat wringen als de

90 Dat het toewijzen van woningen niet onder de Wmo 2015 zou vallen wordt vaak onderbouwd met een verwijzing naar de rechtspraak van de CRvB. Bijvoorbeeld CRvB 13 november 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3446 en ECLI:NL:CRVB:2019:3447. Het ging in die zaken echter om een geheel andere casuïstiek en toetsing, te weten opvang, wat is geregeld in art. 2.3.5 lid 4 Wmo 2015, in verband waarmee het oordeel van de Raad is dat niet was gebleken ‘(...) dat appellante zich ten tijde van de voorliggende besluitvorming niet op eigen kracht in de samenleving kon handhaven’.

91 Vgl. art. 1.1.1 Wmo 2015.

92 In Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 5.

93 Art. 2.3.2 lid 4 onder f Wmo 2015.

burger, bijvoorbeeld blijktens zijn persoonlijk plan, iets anders wil dan de gemeente ‘in de aanbieding heeft’.

1.10 Maatwerk versus minimumnorm

Als in de vierde stap van het stappenplan van de CRvB (Wmo 2015) wordt vastgesteld dat er een ‘maatwerkvoorziening’ nodig is, dan is daarmee nog niet gegeven hoe die voorziening er feitelijk uit ziet. Het ‘persoonlijk plan’ in samenhang met ‘de schriftelijke weergave van het verslag’⁹⁴ kan daar duidelijkheid over geven. Wil dat zeggen dat hetgeen de betrokkene als beste oplossing voor zijn probleem voor ogen staat, ook als maatwerkvoorziening gerealiseerd gaat worden?

In de Wmo 2015 gaat de opdracht tot maatwerk zeker niet zo ver. De wetgever wil best rekening houden met de ideeën van de burger zelf, maar het moet niet te gek worden. Alleen daar waar het mogelijk is en in redelijke mate.⁹⁵ Op het moment dat bepaald moet worden welke maatwerkvoorziening wordt verstrekt, komt namelijk de doelmatigheid om de hoek kijken. Als er meerdere wegen naar Rome leiden, dus doeltreffend zijn, dan zal de gemeente (college en raad) bij het bieden van maatwerk de meest doelmatige (goedkoopste) optie mogen kiezen. Toch kan de ene voorziening ongeacht de kosten meer doeltreffend zijn dan de andere. Ten behoeve van het dagelijkse verplaatsen is een eigen vervoermiddel (een aangepaste auto bijvoorbeeld) vaak doeltreffender dan het collectief vervoer, maar ook veel duurder, en dus minder doelmatig. ‘Wat de cliënt wil’, kan zeker een rol spelen bij de besluitvorming, maar de gemeente (het college) bepaalt hoeveel het voor de maatschappelijke ondersteuning in het concrete geval ‘over heeft’. Het bieden van voldoende maatwerk houdt op daar waar de gemeente haar eigen keuzes maakt. De te maken kosten (de goedkoopst compenserende/adequate voorziening⁹⁶) zijn daar al snel leidend in. Uit de voorbeelden (uit mijn praktijk) komt naar voren dat de burger die zijn eigen maatwerk wil realiseren, de gemeente eerder tegenover zich dan aan zijn zijde vindt.

94 Art. 2.3.2 lid 2 respectievelijk lid 8 Wmo 2015.

95 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 149.

96 Art. 4.1 lid 3 onder e Wmo-verordening Amsterdam 2020.

2 Resultaatgericht indiceren en beschikken

Gemeenten hechten, als na het onderzoek blijkt dat er een maatwerkvoorziening moet worden verstrekt, sterk aan het zogeheten ‘resultaatgericht beschikken’.¹ Wat er bereikt moet worden, wordt dan als maatwerkvoorziening toegekend, maar de manier waarop wordt aan de door hen gecontracteerde aanbieder² overgelaten. Zoals al meerdere malen door anderen is betoogd,³ volgt uit het legaliteitsbeginsel onder meer dat het toekennen van een voorziening in de vorm van een te bereiken resultaat zoals een ‘schoon en leefbaar huis’, strijdt met het rechtszekerheidsbeginsel. Het resultaat is onvoldoende duidelijk (concreet).⁴ De burger weet met een vage toekenning niet waar hij aan toe is. Dat klemmt temeer als de invulling van de schoonmaak, de begeleiding enzovoort door een door de gemeente gecontracteerde partij wordt gedaan. Dan moet er geklaagd worden bij die aanbieder, en dat lijkt weer verdacht veel op slagers die hun eigen vlees keuren.

De CRvB heeft aan het resultaatgericht beschikken vooralsnog een einde gemaakt.⁵ Als niet duidelijk is waarop een burger naar aard en omvang recht heeft, dan is dit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. De minister van VWS heeft, in reactie op de uitspraken van de CRvB, besloten de gemeenten te hulp te schieten door het resultaatgericht indiceren een plek in de Wmo 2015 te willen geven. In zijn brief van 12 april 2019⁶ stelt de minister, met een verwijzing naar artikel 120 Grondwet, dat als het in de wet is geregeld, de rechter niet meer onder het resultaatgericht indiceren uit kan.⁷ Bij die stelling kan nog wel een vraagteken worden gezet. Als de wettelijke norm onvoldoende rekening houdt met een algemeen rechtsbeginsel als dat van voldoende rechtszekerheid, dan zal de rechter daar best eens moeite mee kunnen hebben.

Inmiddels is het conceptwetsvoorstel ‘Resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting’ in consultatie gegaan.⁸ In het wetsvoorstel wordt geregeld

1 <https://vng.nl/nieuws/binnenkort-meer-over-uitspraken-resultaatgericht-indiceren>.

2 Zie art. 1.1.1 Wmo 2015 voor de definitie.

3 Onder andere Van Male 2018b.

4 CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, ECLI:NL:CRVB:2016:1403 en ECLI:NL:CRVB:2016:1491.

5 Zie o.a. CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241 en CRvB 20 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:982.

6 Kamerstukken II 2018/19, 29538 nr. 295.

7 Kamerstukken II 2018/19, 29538 nr. 296, p. 16.

8 www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken.

dat bij de verstrekking van een maatwerkvoorziening een resultaatbeschrijving kan worden gehanteerd, al blijft het ook mogelijk om ‘een tijdsduurbeschrijving’ te hanteren. Voorts wordt beoogd de afwikkeling van geschillen over de uitvoering van een maatwerkvoorziening te vereenvoudigen. Er kan na een klachtprocedure bij de gemeente beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld. Het betreft weliswaar een concept, maar het is wel relevant om hier op de hoofdlijnen in te gaan.

Als het wetsvoorstel wet wordt, dan kan een gemeente een maatwerkvoorziening met een resultaatbeschrijving toekennen mits dat in de verordening is bepaald. Een ondersteuningsplan zal deel uit moeten maken van de maatwerkvoorziening met een resultaatbeschrijving. Dit ondersteuningsplan wordt, in de onderzoeksfase van artikel 2.3.2 van de Wmo 2015, opgesteld door de aanbieder in samenspraak met de cliënt.⁹ Met deze manier van werken kan op elk moment optimaal tegemoet worden gekomen aan de specifieke ondersteuningsbehoefte van de cliënt, aldus de minister.

Ook voorziet het wetsvoorstel in een nieuw kader voor de rechtsbescherming van de cliënt in de Wmo 2015, waarmee, zo wordt gehoopt, de lacune wordt opgeheven die is ontstaan door de rol van een private partij in de uitvoering van een bestuursrechtelijke omgeving. Het opstellen van een ondersteuningsplan, dat onderdeel van het besluit wordt, kan dus door een gemeente worden gemandateerd aan een aanbieder.¹⁰ De eindverantwoordelijkheid voor het plan en de uitvoering daarvan ligt bij de gemeente, maar het is mogelijk de inhoudelijke totstandkoming bij de aanbieder neer te leggen. Als achteraf het resultaat meetbaar en verifieerbaar kan worden getoetst, zou het beschikken in tijd achterwege kunnen blijven, aldus het conceptwetsvoorstel.

En dat is het grote verschil met de huidige situatie, waarin de waarborg dat het resultaat meetbaar en verifieerbaar is, door de rechter vooraf wordt geëist.

De burger moet vooraf weten wat de inhoud van het te bieden maatwerk naar aard en omvang is. Daarom is een tijdsindicatie van belang. Die tijdsindicatie is ook vast wel bekend bij de aanbieder aangezien deze bij het inplannen van zijn personeel ook een inschatting zal maken welke hoeveelheid tijd gemoeid zal zijn om het beoogde resultaat te bereiken. Bij sommige diensten als hulp bij het huishouden is het heel gebruikelijk vooraf te weten hoeveel tijd er met het poetsen is gemoeid. Dat geldt voor iedereen die een hulp inhuurt. Dus ook bij de aanbieder van de gemeente.

Bij andere diensten als begeleiding of dagbesteding kan dat anders liggen. Dan ligt het meer in de aard van de te bieden hulp, dat dit in omvang kan wisselen. Een tijdsindicatie over een langere periode (gemiddeld zoveel uur in drie maanden

9 Het wordt ook mogelijk om de aanbieder als adviseur over het ondersteuningsplan te betrekken in de aanvraagfase (art. 2.3.5 Wmo 2015).

10 Zie art. 1.1.1 Wmo 2015 voor de definitie van de aanbieder.

bijvoorbeeld) ligt dan meer in de rede. Het geeft de burger een handvat om de daadwerkelijke inzet van de aanbieder te toetsen.

2.1 Resultaat gericht in de Wlz

De vraag kan opkomen waarom in de Wlz wel met zorgprofielen kan worden gewerkt, en onder de Wmo 2015 en de Jeugdwet niet. Het Wlz-zorgprofiel zegt iets over de aard, inhoud en globale omvang van de zorg die iemand nodig heeft maar is niet uitgedrukt in uren zorg per week. In de zorgplanbespreking maken de betrokkene en de zorgaanbieder vervolgens concrete afspraken over de te leveren zorg. Dit lijkt erg op wat gemeenten doen bij het resultaatgericht indiceren. Waarom zou dit dan niet onder de Wmo 2015 kunnen? Dat dit niet kan, zit in de opzet van de Wmo 2015 (en ook de Jeugdwet) besloten. Het gaat in die wetten om maatwerk in het individuele geval. Dit blijkt ook uit de uitspraak waarin de CRvB overwoog dat de gemeente een AWBZ-indicatie in de vorm van een zorgprofiel¹¹ niet ongewijzigd had mogen overnemen:¹²

‘(...) omdat deze niet de concrete ondersteuningsbehoefte van appellant weerspiegelt, maar de gemiddelde zorgbehoefte van personen die aan een bepaald profiel voldoen. Dit verdraagt zich niet met de maatwerkgedachte van artikel 2.3.5 van de Wmo 2015.’

Het begrip maatwerk verdraagt zich dus slecht met het in min of meer globale bewoordingen beschrijven van wat nodig wordt geacht, waarbij de Raad wijst op de *gemiddelde* zorgbehoefte. Bepalend is dat in elk individueel geval zal moeten worden vastgelegd wat nodig is.

2.2 Te groot vertrouwen?

Wat in het conceptwetsvoorstel opvalt, is dat er veel nadruk op de veronderstelde flexibiliteit in de vaststelling en uitvoering van de ondersteuning wordt gelegd. Het overleg tussen de cliënt en de professional/aanbieder zou daar garant voor moeten staan. De vraag is echter of die professional wel onafhankelijk genoeg is. Uiteindelijk wordt de uitvoering en de mate van flexibiliteit immers bepaald door het budget dat ter beschikking wordt gesteld door de gemeentelijke overheid.

Het grote vertrouwen in de ‘indicatiestelling’ door de aanbieder verbaast mij overigens. Het is nog maar vijf jaar geleden dat de toenmalig staatssecretaris van VWS Van Rijn maatregelen trof toen uit onderzoek bleek dat zorgaanbieders in bijna een kwart van de gevallen zwaarder indiceerden dan cliënten werkelijk aan zorg nodig

¹¹ Of en in welke mate iemand ingevolge de Wlz aanspraak heeft op persoonlijke verzorging, begeleiding en verpleging is afhankelijk van welk zorgprofiel door het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) is geïndiceerd. De zorgprofielen staan beschreven in bijlage A bij art. 2.1 Regeling langdurige zorg.

¹² CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819.

hadden. Upcoding heette dat.¹³ Waarom zouden deze mechanismen nu zijn uitgesloten? Het gevolg is dat de burger op twee manieren afhankelijk is van de aanbieder. Rechtstreeks doordat deze de aard en omvang van de geboden ondersteuning vaststelt en indirect door de onderhandelingskracht en -macht die de aanbieder heeft.

2.3 Integrale besluitvorming en omgekeerd toetsen

Resultaatgericht werken (indiceren, onderzoeken, beslissen) vergt van de overheid een andere manier van omgaan met zijn burgers.¹⁴ Daarbij wordt vaak de term ‘responsiever’ gebruikt, waarin de burger ervaart dat het om hem te doen is.¹⁵ Ippel geeft aan dat bij het nemen van een op maatwerk gebaseerd besluit het bestuursorgaan op een proactieve wijze moet trachten inzicht te verkrijgen met welke burger hij te maken heeft en in welke situatie die burger zich bevindt.¹⁶ Het in het kader van de Wmo 2015 toegepaste ‘keukentafelgesprek’ zou daar een goed voorbeeld van kunnen zijn. Op voet van gelijkwaardigheid kunnen burger en gemeentelijke overheid op zoek gaan naar zijn werkelijke behoeften en voor zijn specifieke situatie een oplossing vinden.¹⁷

Voor het bieden van maatwerk, waarin ieder het hare of het zijne krijgt, zou in zijn meest ideale vorm misschien zelfs geen regelgeving nodig zijn. Burger en overheidsdienaar komen er immers samen uit. Dat is echter niet de werkelijkheid.

Elke gemeente heeft een verordening (of meerdere) waarin de uitvoering van de Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet is geregeld. De uitvoering van deze wetten kan deels samenvallen. Zo zijn voor minderjarigen met beperkingen in het sociaal domein, zowel de Jeugdwet (o.a. begeleiding) als de Wmo 2015 (o.a. vervoer en woningaanpassingen) relevant. Daarnaast kan de zorgverzekeraar (Zvw) of de Wlz-uitvoerder (zorgkantoor Wlz) betrokken zijn.¹⁸ Om tot een zo rimpelloos mogelijk onderzoek en besluitvorming te komen zijn er initiatieven ontplooid om de diverse wetten in het sociaal domein als het ware in elkaar te schuiven en/of bij de beoordeling uit te gaan van welk te bereiken resultaat wordt beoogd. Men wil de besluitvorming in het sociaal domein meer, wat ik zou willen noemen, maatwerkgericht maken.¹⁹ De geïntegreerde verordening is er een voorbeeld van, en het ‘omgekeerd toetsen’ kan weer als een uitgewerkte vorm daarvan worden gezien.

2.3.1 De geïntegreerde verordening

De Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet stellen elk hun eigen eisen aan de wijze waarop deze moeten worden uitgevoerd. Dat bevordert de samenhang in

¹³ www.skiper.nl/nieuws/maatregelen-tegen-upcoding-zijn-succesvol.

¹⁴ Zie ook Donner 2016, Cohen 2017 en Van Ettekoven 2016.

¹⁵ Scheltema 2015 beschrijft een responsieve rechtsstaat als: ‘(...) een rechtsstaat waarin de burger ervaart dat het om hem te doen is’.

¹⁶ Ippel 2018.

¹⁷ Zie ook al eerder mijn proefschrift: Vermaat 2003.

¹⁸ Dit is uiteraard geen limitatieve opsomming.

¹⁹ Zie Van Ommeren en Huisman 2013.

de uitvoering niet. Omdat de wetten niet voorzien in een integrale taakuitvoering, en gemeenten onder het in het regeerakkoord²⁰ neergelegde motto ‘Eén gezin, één plan, één regisseur’ willen werken, is gepoogd tot een integrale modelverordening²¹ te komen. Dat is echter niet probleemloos, niet in de laatste plaats vanwege privacyaspecten.²² Om persoonsgegevens te mogen verwerken is vereist dat dit noodzakelijk is voor de uitvoering van de publieke taak.²³ Indien een gemeenteambtenaar persoonsgegevens binnen een domein (Wmo 2015) mag verwerken, dan wil dat niet zeggen dat die gegevens zonder meer gedeeld mogen worden met een ambtenaar die binnen de Jeugdwet werkt. Dat mag alleen als de informatie nodig is voor de uitoefening van de wettelijke taak: het verlenen van hulp aan de minderjarige. Een ander probleem is het verschil in structuur omdat bij de Wmo 2015, in tegenstelling tot de Jeugdwet bijvoorbeeld, de aanvraag na het onderzoek komt, en niet daaraan voorafgaat. En er is het verschil in wettelijk toetsingskader. Zo spreekt de Wmo 2015 van ‘eigen kracht’ en de Jeugdwet van ‘eigen mogelijkheden en probleemoplossend vermogen’.

De VNG is zich van de beperkte mogelijkheden van een geïntegreerde verordening in het sociaal domein bewust. Toch wordt deze gepromoot. De meerwaarde van een geïntegreerde verordening schuilt, aldus de VNG, in de:

‘(...) uitdrukkelijke (erkenning van de) zorgplicht om zo integraal mogelijk te werken (met name bij de “toegang”), het waar mogelijk uniformeren van vergelijkbare regels (vergelijkbare regels in de afzonderlijke “kolommen” voor jeugdhulp, maatschappelijke ondersteuning en werk en inkomen) en het waar mogelijk stellen van algemene, kolomoverstijgende regels.’

Lees ik het goed, dan is het de bedoeling dat het voorliggende probleem zo veel mogelijk integraal wordt benaderd, waarbij niet in de eerste plaats naar de wet wordt gekeken waarbinnen de aanvraag of melding plaatsvindt, maar naar welk probleem moet worden opgelost. Deze doelstelling komen we, en veel meer uitgewerkt, ook tegen in de zogeheten ‘omgekeerde toets’.²⁴

2.3.2 Omgekeerd toetsen

Het oprechte streven naar integraal werken en het bieden van maatwerk in het individuele geval heeft tot een nieuwe loot aan de responsiviteitsboom geleid, namelijk

²⁰ Bruggen slaan, Regeerakkoord VVD-PvdA (Rutte II), 29 oktober 2012.

²¹ Wel beschouwd is een door de belangenvereniging VNG opgestelde modelverordening, die vaak breed wordt nagevolgd, bij wetten waarbij het vormgeven van lokaal beleid zo’n prominente positie inneemt, een vreemd verschijnsel.

²² Alleen art. 5.1.1 lid 4 en 5 Wmo 2015 bieden ruimte, maar de betrokkene moet daarvoor zijn ondubbelzinnige toestemming hebben verleend. Of de toestemming in vrijheid is gegeven is overigens een vraag, aangezien de cliënt iets (een voorziening bijvoorbeeld) van de gemeente nodig heeft en tot een kwetsbare groep behoort.

²³ Art. 6 lid 1 aanhef en onder e AVG.

²⁴ Zie ook ‘Omgekeerde Modelverordening sociaal domein’, www.stimulansz.nl/nieuw-omgekeerde-modelverordening-sociaal-domein.

‘het omgekeerde toetsen’. Het op te lossen probleem vormt het vertrekpunt waarbij vanuit gemeenschappelijke waarden gekeken wordt welke instrumenten de onderscheidenlijke wetten kunnen bieden.

De omgekeerde toets is ontwikkeld door Stimulanz.²⁵ Het gaat om een domein-overstijgende aanpak voor integraal werken in de gemeente, waarmee professionals in het sociaal domein maatwerk kunnen leveren zonder willekeur. Althans, dat is de bedoeling. Het ‘omgekeerd toetsen’ wordt door Stimulanz als volgt uitgelegd:

‘Het principe van de omgekeerde toets is heel eenvoudig. Het begint met kijken wat nodig is en of dat past binnen de grondwaarden van de verschillende wetten. Daarbij wegen we de mogelijke effecten van een besluit in de volle breedte mee. Pas als dat helder is, komt de juridische toets, waarbij we de wetsartikelen zien als instrumenten om de grondwaarden van de wetten te realiseren. Zo is maatwerk mogelijk zonder dat het tot willekeur leidt. En omdat de grondwaarden van de verschillende wetten binnen het sociaal domein gelijk zijn maakt het integraal werken in de gemeente veel eenvoudiger. Bovendien is het toetsbaar in bezwaar en beroep en voor de accountant. En volledig in lijn met de bedoeling van de wetgever.’

Op zijn site claimt Stimulanz: ‘Burgers krijgen hierdoor een oplossing waarmee ze écht geholpen zijn.’ Een maatwerkoplossing die in balans is met de wensen en de persoonlijke situatie van de burger en de bedoeling van de wetgever. Meester licht in een reactie²⁶ op een kritisch artikel van Schulmer, Stoepker en Bruggeman²⁷ over de omgekeerde toets toe, dat de beginselen van behoorlijk bestuur ten grondslag liggen aan de omgekeerde toets waarbij door de professional (de ambtenaar of de werknemer van de door de gemeente gecontracteerde aanbieder?) wordt gezocht naar de beste manier om de grondwaarden van de betreffende wetten te realiseren. De omgekeerde toets is een methodiek die het leveren van maatwerk richting geeft. Meester (Stimulanz) schrijft:

‘Het bestuursrecht biedt ruimte, waardengericht werken biedt richting. Dat is waar de uitvoering en de inwoners op zitten te wachten.’

In de Kamerbrief²⁸ waarin het Eindrapport Verkenning Regeling Maatwerk Multiprobleem Huishoudens²⁹ wordt gepresenteerd, constateert staatssecretaris Van Ark dat het huidige wettelijke kader in de meeste gevallen volstaat, maar dat er wrijving ontstaat wanneer een huishouden problematiek ervaart op meerdere domeinen tegelijkertijd: een interventie geschikt voor het ene domein, verergert mogelijk problematiek

25 Stichting Stimulanz omschrijft zich als kennisleider op het sociaal domein en helpt gemeenten hun rol vorm te geven en te versterken. Zie www.stimulanz.nl/over-stimulanz.

26 Meester 2019.

27 Schulmer, Stoepker en Bruggeman 2019.

28 www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/05/22/kamerbrief-verkenning-regeling-maatwerk-bij-huishoudens-met-multiproblematiek.

29 www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/05/22/eindrapport-verkenning-regeling-maatwerk-multiprobleem-huishoudens.

op het andere domein. Dat wil zij doorbreken. In het aan de brief ten grondslag liggende rapport staat daarover:

‘Daartoe moet elke professional kunnen afwijken van beleid en regelgeving van de eigen sector en domein. Deze wettelijke ruimte willen wij creëren.’

Dat vraagt om wetgeving, met name als er in de bestaande wet geen ruimte aan het bestuur is gelaten. Bijvoorbeeld door middel van een *Wet multiproblematiek*, die per domeinwet aanpassingen aanbrengt om maatwerk te kunnen leveren en/of de invoering van het door Scheltema voorgestelde artikel 3:4a Awb (zie hierna).

Een ander vereiste is – en vooral – een grote deskundigheid van degene die de wet toepast (de consulent/klantmanager/ambtenaar). En daar ontbreekt het nogal eens aan, aldus Schulmer, Stoepker en Bruggeman.³⁰ Ook Winter pleit voor meer aandacht voor de kwaliteit aan de voorkant (balie) door mensen dus van vlees en bloed.³¹ Dat zal temeer nodig zijn als een van de aanbevelingen in het rapport *Regels en ruimte*³² werkelijkheid wordt. In het rapport wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten maatwerk: maatwerk in klantcontact en maatwerk in de inhoud van de rechten en plichten van de burger. Bepleit wordt om maatwerk binnen de uitvoeringsorganisaties van de achterkant (bezwaar en beroep) meer naar de voorkant (het eerste- en tweedelijnsklantcontact) te brengen. Dan zal de kwaliteit die aan de achterkant (blijkbaar) wordt geboden, naar de balie moeten verhuizen.

2.4 ‘Gewoon’ toetsen

Het bieden van maatwerk is zeker een probleem als er meerdere wetten op een en dezelfde casus van toepassing zijn. Temeer als die wetten tegen elkaar inwerken. De wetgever kan zich dit aanrekenen. Te vaak wordt onvoldoende, of niet, de onderlinge samenhang gezien en wordt verzuimd de wetgeving indien nodig aan te passen.³³

Een voorbeeld kan worden gevonden in een zaak waarin iemand met een bijstandsuitkering (Participatiewet) in een zorgboerderij woont, daar een kamer huurt en met behulp van een persoonsgebonden budget (PGB, Wmo 2015) zijn ondersteuning bekostigt.³⁴ Omdat de gemeente concludeert dat de zorgboerderij een zorginstelling in de zin van de Participatiewet is, wordt de uitkering bepaald op de zogeheten zaken kleedgeldnorm. Het gevolg is dat hij de huur niet meer kan betalen en zijn verblijf in de zorgboerderij een einde dreigt te nemen. De CRvB stak de betrokkene niet de helpende hand toe. De zorgboerderij voldeed aan de criteria van een inrichting als bedoeld in artikel 1 onder f sub 2° Participatiewet. Dat hetzelfde gemeentebestuur ook

³⁰ Schulmer, Stoepker en Bruggeman 2019.

³¹ Winter 2018.

³² Ministerie BZK/ABD TOPConsult 2019.

³³ Raad van State 2016, p. 36. Zie ook C.W.C.A. Bruggeman in zijn noot bij CRvB 11 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1448, USZ 2017/216.

³⁴ CRvB 21 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1666.

een verantwoordelijkheid heeft in het kader van de Wmo 2015, is in de uitspraak niet aan de orde gekomen, en is wellicht ook niet aangevoerd, maar het biedt wel een mooi voorbeeld hoe de gemeente in kwestie verkokerd naar de casus heeft gekeken. Blijkbaar heeft een juiste uitvoering van de wet (en vrees voor controle door het ministerie van VWS?) voorop gestaan. Het resultaat is in ieder geval wel dat de betrokkene met een fikse schuld kwam te zitten.

Scheltema³⁵ stelde voor om, ter voorkoming dat een wet leidt tot niet voorziene en/of niet aanvaardbare toepassingen, aan de Awb een nieuw artikel 3:4a toe te voegen:

‘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.’

Een wetswijziging is misschien niet eens nodig. Schulmer, Stoepker en Bruggeman stellen, en naar mijn mening terecht,³⁶ dat de geldende wettelijke kaders voldoende mogelijkheden voor maatwerk bieden in de Wmo 2015 (art. 2.3.2 lid 4 jo. 2.3.5 lid 3 en 4 Wmo 2015), de Jeugdwet (art. 2.3 Jw)³⁷ en de Participatiewet (art. 18 lid 1 Pw).³⁸ Zeker als de mogelijkheden in de Awb daarbij worden betrokken³⁹ en meer specifiek artikel 3:4 lid 2 Awb, dat bepaalt dat de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Ook in de hierboven beschreven casus had het college anders kunnen beslissen.

De Participatiewet bepaalt weliswaar dat de inrichtingsnorm toegepast moet worden als er sprake is van een inrichting, maar een norm in de Participatiewet is nooit dwingend in absolute zin. De ogen moeten ook niet worden gesloten voor een reeds lang in gang gezette en door de overheid beoogde ontwikkeling van het scheiden van wonen en zorg. Voorts is het rechtsreeks gevolg van deze stringente toepassing geen vergroting van de zelfredzaamheid en participatie (doel van de Wmo 2015 en de Participatiewet), maar juist een vermindering daarvan. En dat is nou net niet de bedoeling. Alle reden om aan artikel 18 lid 1 Participatiewet in samenhang met artikel 3:4 lid 2 Awb toepassing te geven. Omgekeerd toetsen is dan niet nodig, een beetje durf van het college wel.⁴⁰

35 Scheltema 2018.

36 Vermaat 2019a; Vermaat 2019b.

37 En de rechtspraak van de CRvB: CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477 en CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819.

38 <https://langhenkel-talenter-academie.nl/workshop-maatwerk-sociaal-domein>: Bij discussies tussen professionals binnen het sociaal domein hoort men dan ook vaak de kreet: ‘de wet staat het niet toe’. Maar als de juiste werkwijze wordt gevolgd, er op de juiste wijze onderzoek is gedaan, er gebruik wordt gemaakt van de geboden discretionaire ruimte en besluiten op de juiste wijze worden onderbouwd, is er veel meer mogelijk dan men op het eerste gezicht denkt.

39 Zie voor de mogelijkheden die de Awb biedt www.digitaleoverheid.nl/wp-content/uploads/sites/8/2019/10/Advies_gebruikmaken_van_de_Awb_voor_het_bieden_van_maatwerk-.pdf.

40 Vergelijk Vermaat 2019b.

3 Maatwerk in de rechtsbescherming

De Wmo 2015 is een wet waarin de concrete uitwerking van de aanspraken ontbreekt. Hetzelfde kan van de Jeugdwet worden gezegd. De gemeentelijke overheid is eindverantwoordelijk voor het resultaat, het te leveren maatwerk.

Van Male¹ signaleert dat de Wmo 2015 een exponent is van de ontwikkeling naar het moderne bestuursrecht en moderne wetgeving waarin flexibiliteit van het bestuur moet worden gewaarborgd naast de rechtspositie van de burger tegenover het bestuur. Daarbij lijkt de eerstgenoemde functie steeds meer de nadruk te krijgen.

Maatwerk, waarin ieder het zijne wordt gegeven, impliceert dat de omstandigheden van het geval veel meer bepalend zijn. Het onderzoek (het keukentafelgesprek) en de kwaliteit daarvan, is cruciaal. Een ander aspect is de integrale besluitvorming die in het sociaal domein wordt beoogd waarbij de gemeente, al dan niet in wijkteams, de burger zelf, de door de gemeente ingehuurd adviesdiensten en aanbieders (uitvoerders) hun eigen rol hebben.

De samenwerking en de uitvoering kan voorbeeldig verlopen, en dat zal wellicht ook vaak het geval zijn, maar waar moet en kan de burger terecht als hij klachten heeft over de feitelijke uitvoering? Bij de gemeente, de aanbieder of elders? Daarbij is niet onbelangrijk dat voor de gemiddelde burger het systeem van de Wmo 2015 niet direct helder is, en de fijnzinnigheid van de Awb hem of haar, maar ook de ambtenaar, voor problemen kan stellen. Wanneer is er sprake van een appellabel besluit,² om eens iets te noemen.³ Wat te doen als iemand na verloop van tijd, zeg drie maanden, bij overigens gelijkblijvende omstandigheden, na het keukentafelgesprek dat eindigde zonder maatwerkvoorziening, meent toch een maatwerkvoorziening nodig te hebben? Moet dan opnieuw worden gemeld of kan direct een aanvraag worden ingediend? Of is het verslag toch een besluit waarin (impliciet) de maatwerkvoorziening wordt geweigerd? En waarom kan er geen ingebrekestelling in de Wmo worden gedaan als het onderzoek van de gemeente veel te lang duurt, maar moet er eerst een aanvraag worden ingediend, vervolgens twee weken gewacht waarna alsnog die ingebrekestelling op de post kan. Vragen genoeg. Het recent verschenen

¹ Van Male 2019.

² Bijvoorbeeld CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:871.

³ Marseille en Vermaat 2017. De in dit artikel beschreven praktijk in Amsterdam is sindsdien wel ten goede gewijzigd, maar is nog steeds niet makkelijk juridisch te duiden.

Maatwerk met de Awb⁴ geeft de ambtenaar – en de geïnteresseerde burger – een mooi overzicht om op dit vlak maatwerk te bieden respectievelijk te vragen.

De gemeente stelt het kader van de uitvoering van de Wmo 2015 vast, maar de feitelijke uitvoering is veelal zo niet altijd, bij derden belegd. Aan de voorkant (het behandelen van de melding) kan dat een wijkteam of een medisch adviesbureau zijn, en bij de realisatie de aanbieder. Als de burger zich niet kan vinden in de wijze waarop hij in het voortraject behandeld wordt, het eventuele besluit of het bereikte resultaat, dan kan hij klagen. Afhankelijk waar in de keten de klacht ontstaat kan er een ander ‘adres’ zijn. Het kan bijvoorbeeld een klacht zijn tegen de indicatiesteller, de aanbieder, het college. Afhankelijk van de rol in de keten kan er bij het college worden geklaagd (hoofdstuk 9 van de Awb), de indicatiesteller of de aanbieder.⁵ Tegen een besluit kan de bezwaar- en beroepsprocedure worden gevolgd. Als sluitstuk kan de burger bij de – niet laagdrempelige – civiele rechter de gemeente of de aanbieder aanspreken.

Dat wringt met de idee in het sociaal domein dat de gemeente de spin in het web is. Mijn grondgedachte is – en het is al eerder ook door anderen betoogd – dat als de gemeentelijke overheid zich als een groothandel in het sociaal domein profileert, zij voor het gehele proces verantwoordelijk, aanspreekbaar en zo nodig aansprakelijk is. Net als dat de consument zich bij gebreken alleen maar met de verkoper van de auto (de dealer) hoeft te verstaan en niet naar de fabrikant in Korea kan worden verwezen, is de gemeente verantwoordelijk voor het gehele proces van maatschappelijke ondersteuning, jeugdhulp enzovoort. Daaruit vloeit logisch voort dat de gemeente voor alles wat er binnen dat proces goed, bijna goed of (helemaal) verkeerd gaat, ter verantwoording kan worden geroepen. Als het huis niet schoon is, het vervoer niet op tijd rijdt, het beschermd wonen niet volstaat, er wachtlijsten zijn voor jeugdhulp enzovoort, dan moet de gemeente daar rechtstreeks op kunnen worden aangesproken. Verwijzen naar klachtprocedures bij de aanbieder kan niet aan de orde zijn, omdat je, als je voorgeeft maatwerk te leveren, ook op de kwaliteit van het resultaat aanspreekbaar bent.

3.1 Advies Scheltema

In de zomer van 2017 verscheen het advies van Scheltema⁶ waarin hij voorstelt het door hem beschreven tekort in de rechtsbescherming door middel van een op integrale beslechting van geschillen gerichte verzoekschriftprocedure te slechten.

4 www.digitaleoverheid.nl/wp-content/uploads/sites/8/2019/10/Advies_gebruikmaken_van_de_Awb_voor_het_bieden_van_maatwerk-.pdf.

5 Op grond van art. 2.1.3 Wmo 2015.

6 Kamerstukken II 2017/18, 34477, nr. 27, bijlage: M. Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein*.

De tekortkomingen in de rechtsbescherming die Scheltema⁷ met betrekking tot de Wmo 2015 bespreekt, is dat de rechtsbescherming slechts op een beperkt deel van de probleemoplossing betrekking heeft en de omvang met de manier van werken van een gemeente fluctueert. Een tweede punt dat hij signaleert, is dat het lokale beleid bemoeilijkt kan worden omdat de bestuursrechter zich niet bij de tekortkomingen in de rechtsbescherming neerlegt. De rechter gaat dan soms naar oplossingen daarvoor op zoek.⁸ Omdat in de huidige systematiek een procedure tegen één besluit is gericht, en de voorbereiding, uitvoering en besluitvorming bij een eventueel ingeschakelde private instelling buiten beschouwing blijven, pleit Scheltema voor een vorm van integrale geschilbeslechting. Dat zou inderdaad een hele verbetering kunnen betekenen. Als de gemeente, zoals de minister overigens onderschrijft,⁹ altijd aanspreekbaar op en verantwoordelijk is voor het resultaat, dan vloeit daaruit logisch voort dat het loket daarvoor zich ook bij die gemeente bevindt. Wat er achter dat loket gebeurt – hoe wordt de aanbieder aangesproken bijvoorbeeld op de gestelde tekortkoming – is dan aan de gemeente.

Het uitgangspunt in Scheltema's voorstel is dat de burger zowel in bezwaar bij de gemeente (het college van B&W) als bij de bestuursrechter een geschil integraal aan de orde kan stellen. Dat geschil kan het besluit zelf betreffen, maar ook de fase voorafgaand aan het besluit dan wel de uitvoering door andere partijen. Dit betekent dat de bestuursrechter zich niet alleen over het besluit, maar ook over feitelijke handelingen zal kunnen uitspreken. Hij moet daarover opdrachten kunnen geven aan zowel de gemeente als aan de instelling die de taken uitvoert. Ook verandert de beoordeling van het geschil van het tijdstip waarop het besluit is genomen naar dat waarop de procedure wordt gevoerd. De burger krijgt ook een langere termijn om bezwaar in te dienen.

Of een wetswijziging in de Awb nodig is, zoals Scheltema voorstelt, is een tweede. De huidige Awb zou, aldus Van Male,¹⁰ wel eens lenig genoeg kunnen zijn om met het legaliteitsbeginsel in de hand de gaten in de rechtsbescherming te dichten. Dat zou best eens waar kunnen zijn, maar zolang de Wmo 2015 nog van de volgorde melding-aanvraag- besluit uitgaat, blijven we zitten met een 'voorfase' die strikt genomen niet aan de Awb onderworpen is, met name als het uiteindelijk niet tot een aanvraag komt. Komt die aanvraag er wel, dan wordt de voorfase wel op analoge wijze aan het zorgvuldigheidsbeginsel getoetst. Het gaat immers om de voorbereiding van het te nemen besluit.

Helaas is het sociaal domein in het advies van Scheltema beperkt tot de Wmo 2015, de Participatiewet en de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening. De Jeugdwet maar ook de zorgwetten (Zvw en Wlz) vallen er buiten. De op integratie gerichte bepaling in de Wmo (art. 2.3.2 lid 4 onder f Wmo 2015), blijft zo werkeloos aan de kant staan.

7 Zie naast hetgeen Scheltema hierover schrijft ook Vermaat en Homan 2017.

8 Zie voor een mooi voorbeeld Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:751.

9 Kamerstukken II 2018/19, 29528, nr. 296, p. 5.

10 Van Male 2018b en Van Male 2019.

Van Male,¹¹ en eerder in meer algemene bewoordingen al De Graaff en Imkamp,¹² suggereren om zorgverzekeraars om die reden als het gaat om afstemming ook tot bestuursorgaan te maken (net als zorgkantoren dat zijn als het een PGB in het kader van de Wlz betreft).

3.2 Wetsvoorstel

De rechtspraak van de CRvB en het advies van Scheltema hebben tot het conceptwetsvoorstel ‘Resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting’¹³ geleid. Naast de introductie van de mogelijkheid tot resultaatgericht beschikken, wordt een poging gewaagd om in het gat in de rechtsbescherming te voorzien.¹⁴ De oplossing is gezocht in een laagdrempelig ‘geschilbeslechtsloket’ bij de gemeente. In een klachtenprocedure (alleen aangaande maatwerkvoorzieningen) kan het feitelijk handelen van de aanbieder aan de orde worden gesteld. Mocht de burger zich niet in de uitkomst van de klachtbehandeling kunnen vinden, dan kan bij de bestuursrechter in beroep worden gegaan.

Het is denk ik een goede zaak dat de gemeente als probleemeigenaar van het volledige traject wordt gezien, en zich niet (meer) kan verschuilen achter klachtenprocedures bij ingekochte aanbieders (en hun onderaannemers), maar zelf de verantwoordelijkheid moet nemen.

3.3 De rechter als lastpost

De indruk ontstaat bij mij dat gemeenten eigenlijk geen juridische pottenkijkers meer willen hebben. Gemeenten en de VNG hebben er immers al meerdere malen blijk van gegeven eigenlijk liever helemaal niet meer een besluit af te willen geven. Dat wordt dan beschikkingsloos of -arm werken genoemd.¹⁵ In de modelverordening jeugdhulp van de VNG is in artikel 3 bijvoorbeeld de mogelijkheid opgenomen om alleen een beschikking af te geven op verzoek of na een afwijzing van het aangevraagde. Deze optie, die erg doet denken aan de vbvb (voor beroep vatbare beschikking) uit een ver verleden, is opgenomen met het oog op (ik zou zeggen: de hang naar) resultaatgericht beschikken, aldus de VNG. Het betekent echter ook dat in gemeenten die zo werken, er vele aanvragen zijn gedaan zonder dat daarop een besluit is genomen. Dit wringt met name in de Jeugdwet waarin de aanvraag de start van het onderzoek vormt, met artikel 1:3 lid 3 Awb (een aanvraag is het verzoek van

¹¹ Van Male 2018a.

¹² De Graaff en Imkamp 2016.

¹³ www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken.

¹⁴ Of dit onderdeel van het conceptvoorstel de eindstreep gaat halen en onderdeel uit zal maken van het definitieve voorstel, is nu uiteraard nog niet bekend.

¹⁵ <https://vng.nl/artikelen/beschikking-of-verwijzing>.

een belanghebbende een besluit te nemen). Eigenlijk staat in de modelverordening een oproep tot bestuurlijke ongehoorzaamheid.¹⁶

De uitspraken van de CRvB, met name die waarin een streep door het resultaatgericht beschikken is gezet, zijn, mild uitgedrukt, een doorn in het oog van gemeenten. De VNG laat in *De staat van het sociaal domein*¹⁷ weten:

‘Het is vanzelfsprekend niet aan gemeenten om rechterlijke uitspraken te bekritisieren of niet na te volgen. Wel is het besef op zijn plaats dat ook het rechterlijke domein niet los staat van maatschappelijke ontwikkelingen en als gevolg van nieuwe wetten en daarop gebaseerde praktijken in de tijd verandert. Waar in het privaatrecht en strafrecht de maatschappelijke context doorgaans al een rol speelt, daar lijkt dat in het bestuursrecht minder het geval. (...) Ook voor rechters betekent dit een omslag waarvan zij zich rekenschap willen én moeten geven. Interessant is dat zij zich daarbij inmiddels niet alleen laten voeden door gemeentelijke juristen, maar ook door beleidsmakers die meer dan juristen de geest van de wetgeving op het netvlies hebben. Voor gemeenten betekent dit de noodzaak om het gesprek tussen de eigen beleidsmakers, juristen en inkopers blijvend te voeren. Recht is en blijft onafhankelijk, maar wel in rapport met de tijd. Zo niet dan zal de tijd zelf zijn impact hebben, hetzij volgens de geest van de wet, hetzij om die geest in nieuwe wetgeving te smoren.’

De VNG lijkt te willen zeggen dat de rechter (en alle andere juristen) nu eens moeten snappen dat het bestuur de ruimte moet krijgen om te doen wat het moet doen, en niet lastig gevallen dient te worden met lastige concepten als rechtszekerheid en zo. Want anders...

De auteur heeft blijkbaar het commentaar van Van Ettekoven in *Herrie rond de keukentafel*¹⁸ gelezen, die ook stelt dat de rechtspraak niet in de geest van de wet (en de transformatie en de Kanteling) is. Het vervolg van zijn analyse wordt echter niet overgenomen, daar waar hij schrijft dat de bestuursrechter weliswaar over de grenzen van zijn competentie gaat, maar daar ook goede redenen voor heeft: het bieden van rechtsbescherming. (De tweede reden is dat de wetgever de rechter niet voorzien heeft van de bevoegdheid tot integrale geschilbeslechting.) De rechter doet echter niets anders dan wat ook door de regering van hem werd (en wordt) verwacht:¹⁹

‘Wanneer iemand van mening is dat het college hem ten onrechte geen maatwerkvoorziening verstrekt of dat de maatwerkvoorziening onvoldoende bijdraagt aan de zelfredzaamheid of participatie, of dat hem opvang of beschermd wonen ten onrechte wordt onthouden, kan betrokkene daartegen vanzelfsprekend bezwaar maken en

16 De VNG heeft overwogen de variant te schrappen. Hier is echter van afgezien in verband met een mogelijke wetswijziging waarmee juist aangestuurd gaat worden op het (meer) werken zonder beschikking.

17 www.sociaalweb.nl/cms/files/2019-12/de-staat-van-het-sociaal-domein.pdf.

18 Van Ettekoven 2016.

19 Kamerstukken II 2013/14, 33841, nr. 3, p. 10-11.

daarna eventueel in beroep gaan tegen de beslissing op zijn bezwaar. De rechter zal toetsen of de gemeente zich gehouden heeft aan de voorgeschreven procedures, het onderzoek naar de omstandigheden van betrokkene op adequate wijze heeft verricht en of de ondersteuning een passende bijdrage levert aan het realiseren van een situatie waarin de cliënt in staat wordt gesteld tot zelfredzaamheid of participatie en zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kan blijven.'

Dat geschiedt niet door een marginale toets, maar door een integrale toets: is er in de voorliggende casus inderdaad maatwerk geleverd, ja of nee? Het toetsen van de passendheid is immers per definitie een volle toets. Dat verdraagt zich niet met een terughoudende beoordeling. De gemeente zal moeten kunnen uitleggen dat de wet is toegepast zoals de wetgever heeft bedoeld, en zich niet kunnen en mogen verschuilen achter constructies als 'alleen besluiten op aanvraag', 'ondersteuningsplannen' en 'arrangementen' waarin alleen de te bereiken doelen en (ook niet altijd) de aard van de ondersteuning, in zijn beschreven. Dat houdt de burger bij de goedkope en daarmee benaderbare bestuursrechter vandaan.

4 Samenvatting en conclusies

In dit preadvies heb ik mij gebogen over de vraag wat onder maatwerk in het sociaal domein moet worden verstaan. Gaat het alleen om het te behalen resultaat, of moet het begrip breder worden opgevat? Maatwerk is naar mijn mening meer dan het behalen van een resultaat, het schuilt ook in de omgang van het bestuursorgaan met de burger. Van start tot finish. Dat betekent dat gelijkwaardigheid met het bestuursorgaan en toegankelijkheid daarvan, essentieel zijn. Deze zijn echter nooit volledig te bereiken aangezien de burger de 'vrager' is en de gemeente 'aan de knoppen zit' en uiteindelijk over de verstrekking van de maatwerk-/individuele voorziening gaat. Om die reden is het van het grootste belang dat de cliëntondersteuning van goede kwaliteit en daadwerkelijk onafhankelijk is. Dat geldt ook voor de vertegenwoordigers van de gemeente, waarbij hun onafhankelijkheid is gelegen in voldoende ruimte en vertrouwen van hun organisatie om tot soms bijzondere oplossingen te komen.¹ Naarmate dit niet het geval is, wordt de kans groter dat er uiteindelijk niet tot een goed resultaat wordt gekomen (*Garbage in? Garbage out!*).

Ook als het gaat om de verwezenlijking van de maatwerkvoorziening is en blijft de gemeente als eerste verantwoordelijk en aanspreekbaar. Verwijzen naar de gecontracteerde aanbieder als er een probleem is, is geen maatwerk. Hier zou hetzelfde moeten gelden als in het consumentenrecht, waar je ook niet naar de fabrikant in Zuidoost-Azië kan worden verwezen bij een defect aan de motor.

Het betekent ook dat zoeken naar een oplossing in gevallen waarin 'de standaard' zoals die is neergelegd in de verordening en het beleid, niet voorziet, voor de gemeente een wettelijke plicht is. Bij het vinden en bieden van maatwerk kan de toepassing van de hardheidsclausule of de inherente afwijkingsbevoegdheid niet aan de orde zijn.

Initiatieven als de 'omgekeerde toets' kunnen behulpzaam zijn om een andere manier van denken en werken in het sociaal domein ingang te doen vinden, al zullen ook weer nieuwe fricties opdoemen. Sommige fricties zijn nu al eenvoudig op te lossen of te voorkomen. Zo zal het op één lijn brengen van de werkwijzen in de diverse wetten – in mijn optiek onder meer de melding in de Wmo 2015 weer als aanvraag aanmerken – een flinke verbetering zijn. Een andere verbetering zou zijn het aanmerken van de zorgverzekeraar als bestuursorgaan bij de aanspraak op wijkverpleging in het kader van de Zvw.

¹ Zie ook Vermaat 2015.

Nodig is ook dat hetgeen dat tussen gemeente en burger wordt afgesproken, het te bereiken resultaat en de weg ernaartoe, zo concreet als mogelijk en met een tijds-aanduiding, worden beschreven in een besluit. Dan weten beide partijen waar ze aan toe zijn.

Om tot maatwerk in het individuele geval te komen is ook durf nodig, zo schreef ik bij de zaak over de zorgboerderij. Ook durf van de CRvB,² die daarbij inspiratie kan ontlelen aan het preadvies van Hirsch Ballin uit 2015, die pleit voor het heroverwegen van de marginale toetsing die moet worden bepaald door de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken belangen.³ Of aan Van Male, die betoogt dat het geen stoutmoedigheid van de rechter is om door middel van verfijning van de uitleg van kernbegrippen adequate en efficiënte rechtsbescherming te bieden, maar dat dit inherent is aan zijn taak.⁴

Het gereedschap voor een andere manier van werken bevindt zich misschien wel allemaal in de gereedschapskist van iedereen die werkzaam is in het sociaal domein: de Awb. En zo niet, dan zal ook daarin naar maatwerk moeten worden gezocht door bijvoorbeeld de voorstellen van Scheltema over te nemen.

2 Zie ook de noot van M.F. Vermaat en M.W. Venderbos bij CRvB 21 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1666, USZ 2019/192.

3 Hirsch Ballin 2015.

4 Van Male 2019.

Literatuur

Van Berkel, Van der Aa en Van Gestel 2010

R. van Berkel, P. van der Aa en N. van Gestel, 'Professionals without a profession? Redesigning case management in Dutch local welfare agencies', *European Journal of Social Work* 2010/4, p. 447-463.

Bosselaar en Vonk 2013

H. Bosselaar en G. Vonk (red.), *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Cohen 2017

J. Cohen, 'Artikel 1 Grondwet en de drie decentralisaties in het sociale domein', *NTM/NJCM-Bulletin* 2017/3, p. 354-363.

Crommelin 2007

R.W.J. Crommelin, *Het bestuursprocesrecht als achtergrond van de toepassing van art. 8:69 Awb*, Leiden: 2007.

Donner 2016

J.P.H. Donner, 'Laat je niet gek maken'. Toespraak op Divosa voorjaarscongres, 2 juni 2016.

Van Ettekoven 2016

B.J. van Ettekoven, 'Herrie rond de keukentafel', *NTB* 2016/50.

De Graaff en Imkamp 2016

R. de Graaff en R. Imkamp, 'Gebrek aan rechtsbescherming bij persoonsgebonden budget Zorgverzekeringswet', *Advocatenblad* 2016/4, p. 50-51.

Hertogh 2006

M. Hertogh, 'Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel', in: P.L. Meurs, E.K. Schrijvers en G. H. de Vries (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid* (WRR verkenningen, nr. 12), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks, nr. 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

Ippel 2018

M.H. Ippel, 'De mens als maatstaf voor de regels van het algemeen bestuursrecht', NTN 2018/63.

Janssens 2019

R. Janssens, 'De staat van het sociaal domein', www.sociaalweb.nl/cms/files/2019-12/de-staat-van-het-sociaal-domein.pdf (VNG, december 2019).

Klinkenberg 2016

A. Klinkenberg, 'Gegevensbescherming in het gemeentelijke sociale domein', in: G.J. Vonk (red.), *Rechtstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: Rijkuniversiteit Groningen 2016.

Van Male 2018a

R. van Male, 'Afstemming van maatwerk in het sociaal domein', NTB 2018/14.

Van Male 2018b

R. van Male, 'Klassiek bestuursrecht: lenig bestuursrecht voor een lenig bestuur', NTB 2018/38.

Van Male 2019

R.M. van Male, 'Bestuursrechtspraak bij erosie van het legaliteitsbeginsel', NTB 2019/5.

Marseille en Vermaat 2017

A.T. Marseille en M.F. Vermaat, 'Burgers op zoek naar rechtsbescherming in het sociaal domein', *Handicap en Recht* 2017/1.

Meester 2019

E. Meester, 'De omgekeerde toetst getoetst-een reactie', 5 november 2019 op LinkedIn.

Meurs 2016

P. Meurs, 'Maatwerk én willekeur; een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *De relatie tussen burger en bestuur – Essaybundel. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van kakelbont?*, Transitiecommissie Sociaal Domein 2016, p. 97-111.

Ministerie BZK/ABDTOPConsult 2019

Ministerie van Binnenlandse Zaken/ABDTOPConsult, *Regels en ruimte. Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte*, Den Haag, 11 september 2019.

Munneke 2016

S. Munneke, 'Maatwerk, gelijkheid en zeggenschap', in: G.J. Vonk (red.), *Rechtstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: Rijkuniversiteit Groningen 2016.

Nehmelman 2017

R. Nehmelman, 'Nog enkele lastige vragen bij de drie decentralisaties', *NTM/NJCM-Bulletin* 2017/3, p. 376-378.

Van Ommeren en Huisman 2013

F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks, nr. 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 7-102.

Raad van State 2016

Raad van State, afdeling advisering, *En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*, Den Haag, oktober 2016.

Scheltema 2015

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015/9, p. 37-41.

Scheltema 2018

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018, afl. 3.

Schulmer, Stoepker en Bruggeman 2019

F.M.E. Schulmer, G.J. Stoepker en C.W.C.A. Bruggeman, 'De omgekeerde toets getoetst', *Gst.* 2019/154.

SCP 2013

Sociaal en Cultureel Planbureau, *De weg naar maatschappelijke ondersteuning. Deelrapport De Kanteling in de Wmo*, Den Haag 2013.

SCP 2014

Sociaal en Cultureel Planbureau, *Kwartaalthema: decentralisaties in het sociaal domein*, Burgerperspectieven 2014/4, Den Haag 2014.

SCP 2017

Sociaal en Cultureel Planbureau, *Wisselend bewolkt. Overall rapportage sociaal domein 2017*, Den Haag 2018.

Steyaert en R. Kwekkeboom 2014

J. Steyaert en R. Kwekkeboom, 'De mens alszorger, over informele zorg en beleidsuto-pieën', in: J. Steyaert en R. Kwekkeboom (red.), *Op zoek naar duurzame zorg. Vitale coalities tussen formele en informele zorg*, Movisie 2010.

Tanja 2018

E. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(srechtelijke) praktijk', *NTB* 2018/29.

Tollenaar 2016

A.J. Tollenaar, 'Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat', in: G.J. Vonk (red.), *Rechtstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: Rijkuni-versiteit Groningen 2016.

Vermaat 2003

M.F. Vermaat, *Voorzieningen in de Wet voorzieningen gehandicapten: verantwoorde voorziening of participatievoorziening?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Vermaat 2014

M.F. Vermaat, 'Maatwerk in het Wetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning', *NJB* 2014/1018.

Vermaat 2015

M.F. Vermaat, 'Vertrouwen komt te voet', in: E. Steyger, J.J. Rijken, M.F. Vermaat, E. Plomp en T.A.M. van den Ende, *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terug en vooruitblik (VGR 2015)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Vermaat 2019a

M.F. Vermaat, 'Besluitvorming op z'n kop: omgekeerd toetsen', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 413-421.

Vermaat 2019b

M.F. Vermaat, 'Als het niet kan zoals het moet...', *H&R* 2019-1, p. 27-29.

Vermaat en Homan 2017

M.F. Vermaat en J.J. Homan, 'Resultaatgericht indiceren binnen het sociaal domein: een kronkelige weg, Moet de Algemene wet bestuursrecht worden aangepast?', *H&R* 2017/2.

Winter 2018

H. Winter, 'Geïntegreerde voorprocedures zijn óók nodig!', *NTB* 2018/8.

Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet

Mr. dr. M. Lurks & mr. N.A. van Renssen*

1	Inleiding	105
1.1	Maatwerk in het omgevingsrecht	105
1.2	Verantwoording	106
1.3	Plan van Behandeling	108
2	Coördinatie, harmonisatie en integratie in het omgevingsrecht	109
2.1	Aanleiding tot stelselherziening	109
2.2	Integratie van het omgevingsrecht	112
2.2.1	Integratie van wetten	113
2.2.2	Integratie van doelen	114
2.2.3	Specialisatie van doelen	116
2.2.4	Mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking c.q. maatwerk	119
2.3	De Omgevingswet	120
2.4	Tussenbalans I: spanningsveld tussen flexibiliteit en uniformiteit	122
3	AMvB's en de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking	123
3.1	Instructieregels van het Rijk	123
3.2	Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden van instructieregels	126
3.2.1	Voorkant- achterkantbenadering	126
3.2.2	Inherente bestuurlijke afwijkingsruimte	127
3.2.3	Ontheffing	130
3.3	Algemene rijksregels over activiteiten	132
3.4	Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden van algemene rijksregels	135
3.4.1	Maatwerkmogelijkheden in het Bal	136
3.4.2	Maatwerkmogelijkheden in het Bbl	138
3.4.3	De activerende functie van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel	139
3.5	Tussenbalans II: spanningsveld tussen specialiteit en integraliteit	139

* Marco Lurks en Nienke van Renssen zijn verbonden aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten als jurist in het Programma Omgevingswet.

4	Omgevingsplan en mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking	141
4.1	Functie en inhoud van het omgevingsplan	141
4.2	Juridische doelen en de regulering van activiteiten in het omgevingsplan	144
4.2.1	Juridische doelen in het omgevingsplan	145
4.2.2	De regulering van activiteiten in het omgevingsplan	147
4.3	Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden in het omgevingsplan	149
4.4	Bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan	154
4.5	Tussenbalans III: spanningsveld tussen omgevingsplan en de mogelijkheid tot bestuurlijke afwijking	155
5	Toepassing en toetsing van maatwerk in de praktijk	158
5.1	De praktijk van het bieden van maatwerk in de Omgevingswet	158
5.2	De doelenbenadering en het kringenmodel	159
5.3	Consistentie en stelselmatig beleid: rechtszekerheid in een flexibel stelsel	161
5.4	Reikwijdte van de belangenafweging	163
5.5	Belangenafweging en evenredigheid	166
5.5.1	Evenredigheid volgens Maxis en Praxis	167
5.5.2	Een voorbeeld nemen aan de toetsing door het Europese Hof van Justitie	168
5.5.3	Ervaringen met de Dienstenrichtlijn	169
5.5.4	Toets van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid onder de Omgevingswet	172
5.6	Tussenbalans IV: flexibel en integraal afwijken	172
6	Eindbalans en aanbevelingen	174
6.1	Conclusies	174
6.2	Aanbevelingen voor raad en college van de gemeente bij toepassing van maatwerk	176
	Stellingen	178
	Literatuur	179

I Inleiding

1.1 Maatwerk in het omgevingsrecht

Het huidige omgevingsrecht wordt wel eens vergeleken met een lappendeken. Net zoals de aanblik van een Nederlands landschap ons een lappendeken toont. Een samenspel van water, lucht, gras, koeien, akkers, bedrijfjes, bos, parkeerplaatsen, huizen. De omgeving is inderdaad een deken, maar vooral omdat de omgeving uit allerlei onderdelen bestaat die met elkaar in verbinding staan. Net zoals stof geweven is van vele draden die gezamenlijk de deken vormen. De belangrijkste opgave van de Omgevingswet, die naar verwachting in 2021 in werking treedt, is om alle draden van het omgevingsrecht aaneen te weven tot een samenhangend geheel.

De vier verbeteropgaven van de wet zijn: (1) het vergroten van de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid, (2) een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving, (3) het vergroten van bestuurlijke afwegingsruimte met een flexibele aanpak en (4) het versnellen en verbeteren van de besluitvorming. Het doel van voorspelbaarheid en inzichtelijkheid weerspiegelt de roep om meer rechtszekerheid en gebruiksgemak en de doelen van een samenhangende benadering en het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte, weerspiegelen de roep om flexibiliteit voor het bereiken van de doelen in de fysieke leefomgeving.

De Omgevingswet is met de genoemde vier verbeterdoelen al bij voorbaat zwaar beladen. Bezien wij deze opgaven in het licht van de theorie van Nonet en Selznick, zoals in het eerste hoofdstuk van dit preadvies uiteengezet, dan past de vraag naar meer voorspelbaarheid om een bestuur dat handelt in lijn met ‘autonomous law’; handelen volgens de regelen der wet. Daartegen sluiten meer bestuurlijke afwegingsruimte en een flexibele aanpak aan bij een meer responsief bestuur: een bestuur dat oog heeft voor de individuele burger en de specifieke situatie. Daarbij staat het resultaat voorop. Dit verschil zien we ook terug in het spanningsveld tussen specialiteit en integraliteit. De opgaven van de Omgevingswet geven aan dat er een zekere spanning is tussen specialiteit (‘voorspelbaarheid’) en integraliteit (‘flexibele aanpak’). Immers, met specialiteit wordt de rechtszekerheid geborgd (de inzet van bevoegdheden is geclausuleerd) en met de integraliteit wordt de samenhangende benadering geborgd.

De integrale benadering heeft een aantal voordelen, namelijk het bevorderen van de samenhang tussen verschillende (beleids)onderdelen, en kan leiden tot een zekere flexibiliteit. Het nadeel ervan kan zijn dat de integrale normen te vaag en onbepaald zijn. Indien niet helder is wat de norm is, kan de democratische legitimiteit van de inzet van de bevoegdheid ontbreken. Immers, met een heldere norm ontleent het

bestuur zijn gezag aan de wet, tot stand gekomen door de democratisch gelegitimeerde wetgever volgens een vaste procedure. Toepassing van deze wet beschermt de burger tegen 'het gevaar voor willekeur'.

Deze spanning tussen integraliteit en specialiteit komt tot uitdrukking in de Omgevingswet nu meer dan 26 wetten zijn opgenomen in een stelselwijziging. Van belang is echter vooral dat daarbij is gekozen voor procedurele integratie en niet voor volledige materiële integratie. Dat betekent dat er nog steeds sectorale normen gehanteerd kunnen en zullen worden. De integrale doelen van de wet, bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en het benutten van de fysieke leefomgeving voor maatschappelijke behoeften zijn onder andere uitgewerkt in nog steeds zeer sectorale regelingen (bijvoorbeeld voor geluid, externe veiligheid en luchtkwaliteit).

De voordelen van heldere regels die voor eenieder gelden, zijn duidelijk: uniformiteit en voorspelbaarheid. Toch kunnen uniforme regels een ander effect hebben dan gewenst, bijvoorbeeld omdat ze als onnodig knellend worden ervaren of niet het beoogde doel bereiken. Naast meer afwegingsruimte in de (sectorale) norm en versoepeling van de doorwerking ervan, voorziet het stelsel in verschillende mogelijkheden tot maatwerk.

Definiëring van maatwerk

Maatwerk in het omgevingsrecht kan op twee manieren worden uitgelegd. Namelijk maatwerk in de zin van bijzondere regels per overheidslaag (lokaal maatwerk ten opzichte van nationale en provinciale regels) en maatwerk voor specifieke gevallen of initiatieven (van algemeen naar specifiek). Beide vormen van maatwerk hebben een plek gekregen in de Omgevingswet (hierna ook: Ow).

Het omgevingsplan bevat integraal op elkaar afgestemde regels over de fysieke leefomgeving van het gemeentelijk grondgebied en is per definitie lokaal maatwerk. In het omgevingsplan kan – indien de rijksregels daarin voorzien – worden afgeweken van uniforme rijksregels. Voor een concreet geval, project of perceel kan weer worden afgeweken van het omgevingsplan; dat is een voorbeeld van specifiek maatwerk.

Maatwerk in dit preadvies is: de mogelijkheid voor het bevoegd gezag om in aanvulling of afwijking van algemeen verbindende regels afkomstig van de eigen bestuurslaag of een andere bestuurslaag regels of voorschriften te stellen voor een bijzonder geval, gebied of verzameling van gevallen.

1.2 Verantwoording

Omdat de wet op het moment van schrijven nog niet in werking is getreden, kunnen wij het wettelijk stelsel nog niet beproeven; de regelingen dienen zich immers in de praktijk nog te bewijzen. Het voornaamste doel is dan ook om de wijze waarop maatwerk is vormgegeven in het stelsel van de Omgevingswet weer te geven, zodat het in het bredere verband van het preadvies kan worden geplaatst. Het wettelijk stelsel als zodanig is daarbij voor ons een gegeven. We doen dan ook met name

aanbevelingen over de toepassing van maatwerk in de praktijk binnen dit stelsel door het gemeentebestuur en de rechter.

Bij de beschrijving van de mogelijkheden voor decentrale overheden beperken wij ons tot de gemeente. Ten eerste omdat de wetgever de zorg voor de fysieke leefomgeving primair bij gemeenten legt (in art. 2.3 Ow) en ten tweede omdat wij beiden werken voor de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG); ons dagelijks werk is het adviseren en bijstaan van gemeenten in Nederland. In dat kader werken wij onder meer met een team aan voorbeeldregels voor een omgevingsplan in het project 'Gemeentelijke staalkaarten voor het omgevingsplan'. Een deel van onze bevindingen over maatwerk komt voort uit dit project. Ten derde beperken wij ons tot gemeenten omdat de omvang van dit preadvies daartoe noopt: indien wij ook maatwerk door de waterschappen en provincies zouden beschrijven, zou dit de omvang en de complexiteit van deze bijdrage aanzienlijk doen toenemen.

Regelmatig krijgen wij de vraag hoe de invoering van de Omgevingswet zich verhoudt tot de decentralisaties in het sociaal domein, waar ook elders in dit preadvies aandacht aan wordt besteed. In 2015 hebben er decentralisaties plaatsgevonden van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015), de Jeugdzorg en op het gebied van (arbeids)participatie. Hierover merken wij twee zaken op, namelijk dat de verhouding tussen overheid en burger in het sociaal domein anders is dan in het omgevingsrecht en dat er een verschil is tussen de feitelijke decentralisatie in het sociaal domein en de stelselwijziging van de Omgevingswet.

In het sociaal domein heeft er met de invoering van de Wmo een grote verandering plaatsgevonden. De decentralisaties in het sociaal domein gaan over de wijze waarop de overheid de burger helpt terwijl de burger in een kwetsbare positie verkeert; over het verlenen van zorg. Dit is een tweepartijenverhouding, enerzijds de burger die hulp behoeft en anderzijds de overheid. Daarin verschilt het sociaal domein wezenlijk van het omgevingsrecht; het omgevingsrecht gaat over het zoeken van een balans bij het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving. Bij die balans zijn meer partijen betrokken, namelijk alle gebruikers van de fysieke leefomgeving en de overheid, het gaat dan ook minstens om drie, maar vaak nog meer partijen.

Tijdens de decentralisaties in het sociaal domein kregen gemeenten taken en bevoegdheden erbij; op grond van deze wetswijzigingen kregen gemeenten taken die daarvoor niet bij hen lagen. Met de Omgevingswet krijgen gemeenten er geen nieuwe taken en bevoegdheden bij; de bestaande bevoegdheden worden alleen op een andere manier ingezet (bijvoorbeeld het vaststellen van een omgevingsplan in plaats van een bestemmingsplan). In die zin is de wijziging van het stelsel van de Omgevingswet dus geen decentralisatie zoals in het sociaal domein. Wel krijgen gemeenten bij de nieuwe uitvoering op sommige onderdelen meer afwegingsruimte.

Inmiddels, vijf jaar na de invoering van de decentralisaties in het sociaal domein, is men het erover eens dat de gemeenten niet altijd voldoende kennis, middelen en

menskracht hadden om de nieuwe taken op een goede manier uit te voeren.¹ Uiteraard geldt ook voor de invoering van de Omgevingswet dat er voldoende menskracht en middelen beschikbaar moeten zijn om deze stelselwijziging goed uit te kunnen voeren. Niet alleen moet er worden gewerkt met een nieuw stelsel; het bestaande niveau van dienstverlening moet ook kunnen worden voortgezet. Evenals bij het verbouwen van een treinstation is het noodzakelijk dat de bestaande treinen kunnen blijven rijden. Voor het kunnen voortzetten van de ‘dienstregeling’ tijdens de verbouwing zijn voldoende kennis en middelen vereist. Dat is een voorwaarde om de stelselwijziging goed te kunnen uitvoeren.

1.3 Plan van Behandeling

Maatwerk kan niet los worden gezien van het spanningsveld tussen sectorale regels en een integrale benadering. De verschillende verbeteropgaven van de Omgevingswet stellen alle hun eisen aan maatwerk. In dit preadvies beschrijven we het maatwerk in dit spanningsveld. Aan het einde van elk hoofdstuk maken we de tussenbalans op. Uiteindelijk leidt dit tot conclusies en aanbevelingen aan het gemeentebestuur en de decentrale wetgever. Hoofdstuk 2 gaat over de integratie van verschillende sectorale stelsels. De wetgever heeft vooral gekozen voor procedurele integratie en enigszins materiële integratie. Die laatste heeft vorm gekregen door een aantal overkoepelende criteria en de doelenbenadering. Hoofdstuk 3 gaat over de mogelijkheden van maatwerk in relatie tot de rijksregels: afwijkingen en aanvullingen daar waar de rijksregels dat expliciet toestaan. Het volgende hoofdstuk gaat over maatwerkmogelijkheden op lokaal niveau, in het omgevingsplan en de afwijking daarvan. De praktische toepassing voor het gemeentebestuur bij de toepassing van dit maatwerk bespreken we in hoofdstuk 5. We bespreken hoe het kringenmodel van de doelenbenadering een rol kan spelen en waar de belangenafweging aan moet voldoen. Hierbij bevelen we aan om voor de onderbouwing en rechterlijke toetsing aansluiting te zoeken bij het Europees recht. In hoofdstuk 6 zetten we de belangrijkste conclusies en aanbevelingen op een rij. Daarbij geven we ook specifieke aanbevelingen voor gemeenten bij het toepassen van hun bevoegdheden tot maatwerk, zoals die tot uitdrukking komen in het omgevingsplan. Immers, het is een goede VNG-traditie dat onze bijdragen ook tot praktisch nut voor gemeenten dienen.

1 www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/stelselherziening-sociaal-domein-te-rigoreus.11484402.lynkx.

2 Coördinatie, harmonisatie en integratie in het omgevingsrecht

2.1 Aanleiding tot stelselherziening

Naar zijn aard is het omgevingsrecht fragmentarisch ontwikkeld, omdat de wetgeving is ontstaan uit de maatschappelijke behoefte om onderdelen van de fysieke leefomgeving te beschermen.

Fragmentarische ontwikkeling van wetgeving

Het recht dat van toepassing is op de fysieke leefomgeving is niet bedacht vanuit een ‘grand design’ maar heeft zich fragmentarisch ontwikkeld. Bij die fragmentarische ontwikkeling is de wetgever zich onvoldoende bewust geweest van de noodzaak tot coördinatie van wetgeving waardoor een gecoördineerde en integrale benadering in de omgevingsrechtelijke wetgeving grotendeels ontbrak.¹ Voor de verschillende compartimenten van de fysieke leefomgeving (bodem, water, lucht, flora en fauna en de gebouwde constructies) en daarbinnen weer voor verschillende aspecten (archeologie, externe veiligheid, geluid enzovoort) zijn afzonderlijke wetten vastgesteld, zonder daarbij veel aandacht te besteden aan de onderlinge verhouding tussen de betreffende wetten. Vaak zijn de verschillende wetten tot stand gebracht als reactie op specifieke milieuproblemen zoals lucht- of bodemverontreiniging of ter versnelling van de besluitvorming over concrete bovengemeentelijke projecten zoals autosnelwegen, dijken en ontgrondingen.² Zo kende iedere wet zijn eigen invalshoek, instrumenten en afwegingskaders, bevoegdheidsverdeling, procedures en rechtsbescherming. Daarnaast hebben diverse Europese en internationale regels die van toepassing zijn op de fysieke leefomgeving (met name milieu, water en flora en fauna) een grote – vaak complicerende invloed – gehad op het nationale recht.³

1 De Haan heeft in zijn NJV-advies (1973) over de coördinatie van administratieve wetgeving inzake onroerend goed voor het eerst een systematische ordening van onder meer de ruimtelijk relevante wetgeving aangebracht.

2 Vgl. onder meer: de Fabriekswet (1875), later de Hinderwet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening (1962), de Ontgrondingenwet (1965), de Natuurbeschermingswet (1967), de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (1969), de Wet inzake de luchtverontreiniging (1970), de Wet geluidhinder (1979), de Wet bodembescherming (1986), de Monumentenwet (1988), de Tracéwet (1993), de Deltawet grote rivieren (1995), de Wet op de Waterkering (1995).

3 Vgl. onder meer: de Vogelrichtlijn (79/409/EEG), VN Verdrag inzake de bescherming van trekende wilde diersoorten (verdrag van Bonn 1979), Seveso-richtlijn (82/501/EG) veiligheid opslag gevaarlijke stoffen, Richtlijn milieueffectbeoordeling (85/337/EG), de Habitatrichtlijn (92/43/EEG), Europees Verdrag inzake de bescherming van het archeologisch erfgoed (verdrag van

Behoeftte aan samenhang

In de jaren zeventig ontstond langzaam het besef dat de verschillende compartimenten van de fysieke leefomgeving niet langer als autonoom, maar als complementair aan elkaar moesten worden benaderd. Erkend werd dat compartimenten gelijkwaardig zijn en dat ieder compartiment een specifieke betekenis in de fysieke leefomgeving heeft. Daarin lag besloten dat een compartiment condities stelt aan één of meer andere compartimenten waardoor sprake is van een onderlinge wisselwerking. Beleidsmatig kwam er langzamerhand steeds meer aandacht voor overkoepelende omgevingsproblemen zoals het verlies van biodiversiteit, de overexploitatie van natuurlijke hulpbronnen en klimaatverandering.

Met name door verplichtingen uit Europese en internationale regels werd vanaf de jaren negentig steeds evidentier dat in de ruimtelijke ordening het toedelen van bestemmingen aan de schaarse ruimte niet langer alleen vanuit planologische motieven kon worden bepaald. Ook dienden daarbij de eisen vanuit onder meer externe veiligheid, luchtkwaliteit, flora en fauna of archeologie afkomstig van Europese en internationale regels en getransformeerd in nationale regelgeving te worden betrokken. Bij complexe projecten en grote gebiedsontwikkelingen kwam dit duidelijk tot uiting.

In het recht kwam daardoor steeds meer aandacht voor de gewenste, bestaande of ontbrekende samenhang binnen en tussen de verschillende rechtsgebieden die betrekking hebben op de fysieke leefomgeving zoals het milieuhygiënerecht, natuurbeschermingsrecht, ruimtelijk bestuursrecht, monumentenrecht, waterrecht en het agrarisch recht.⁴ Dit heeft geleid tot diverse wetgevingsoperaties waardoor meer samenhang en coördinatie binnen en tussen de verschillende rechtsgebieden is aangebracht.⁵

Verschillende codificaties

De behoefte aan meer samenhang en coördinatie van de sectorale wetgeving leidde in 1979 tot de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (Wabm). Deze wet bevatte een regeling waarin (onderdelen van) de verschillende procedures van de vergunningen op grond van verschillende milieuwetten werden geüniformeerd. De Wabm was bedoeld als aanbouwwet; na de inwerkingtreding zijn diverse nieuwe onderdelen die de grenzen van de afzonderlijke sectorwetten overschreden, toegevoegd, waaronder regels over de milieueffectrapportage (1986) en de dwangsom (1990). In 1993 werden hoofdstukken over milieubeleidsplanning, milieukwaliteitseisen en milieuvergunningen en algemene regels voor inrichtingen opgenomen. Met deze ingrijpende wijzigingen is de naam van de wet veranderd in de Wet milieubeheer

Valletta 1992) Kaderrichtlijn water (2000/60/EG), Richtlijn Omgevingslawaaai (2002/49/EG), Richtlijn Industriële Emissies (2010/75/EU).

4 F.C.M.A. Michiels gebruikt in zijn oratie de term omgevingsrecht wanneer de samenhang tussen de onderdelen van het omgevingsrecht in enge zin aan de orde is: Michiels 2001, p. 4.

5 Vgl. de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (1979), later de Wet milieubeheer (1993), de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (2008), de Waterwet (2009) en de Wet natuurbescherming (2017).

(Wm). De nadruk van de Wm ligt op harmonisatie door standaardisering van rechtsfiguren en het zo veel mogelijk beperken van afwijkingen in procedures.

In 2008 vindt met de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) een codificatie plaats van sectorale vergunningstelsels voor activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving en van de handhaving van regelingen op dat gebied. De wet voegt de vergunningstelsels van de Wet ruimtelijke ordening, de Woningwet, de Wet milieubeheer, de Monumentenwet 1988, de Mijnbouwwet en een aantal vergunningen en ontheffingen in provinciale of gemeentelijke verordeningen samen tot een omgevingsvergunning. In de Wabo ligt de nadruk op procedurele integratie door de samenvoeging van verschillende procedures zodat een beoordeling kan plaatsvinden op basis van de verschillende sectorale toetsingskaders.

In 2009 worden acht waterbeheerwetten geheel of gedeeltelijk geïntegreerd.⁶ De vergunningen- of toestemmingsstelsels van deze wetten gaan op in één watervergunning. De Waterwet bevat een vergaande codificatie door opname van één normatief kader voor de bescherming van de verschillende waterbelangen, waarmee sprake is van materiële integratie.

De Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en Faunawet en de Boswet zijn in 2017 opgegaan in de Wet natuurbescherming. Deze wet beoogt met name een vereenvoudiging en modernisering van het natuurbeschermingsrecht door een betere aansluiting op Europese wet- en regelgeving. Door middel van harmonisatie en procedurele integratie wordt beoogd de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid te vergroten.

Knelpunten blijven

Ondanks de codificaties binnen de verschillende rechtsgebieden en een fundamentele herziening van de WRO (2008) blijft het omgevingsrecht verbrokkeld en verdeeld over tientallen wetten, meer dan honderd AMvB's en evenzoveel ministeriële regelingen. Er blijven afzonderlijke wetten en uitvoeringsregelingen voor bodem, bouwen, geluid, infrastructuur, mijnbouw, milieu, monumentenzorg, natuur, ruimtelijke ordening en waterbeheer. Het stelsel kent daardoor zowel in het beleid als in de uitvoering nog steeds een sterke sectorale dominantie en is onvoldoende gericht op samenhang. Dit zorgt voor afstemmings- en coördinatieproblemen, verminderde kenbaarheid en bruikbaarheid voor alle gebruikers.⁷

Het omgevingsrecht wordt ervaren als te gecompliceerd, onoverzichtelijk, onzeker, star, stroperig en te uitvoerig. Bij de realisatie van grote projecten zoals infrastructuurle werken en omvangrijke gebiedsontwikkelingen waar verschillende rechtsgebieden van toepassing zijn, is een zeer groot aantal besluiten nodig en leidt het

6 De Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Wet verontreiniging zeewater, de Grondwaterwet, de Wet op de waterhuishouding, de Wet droogmakerijen en indijkingen, de Wet op de waterkering, delen van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken, de Waterstaatswet en de Wet bodembescherming.

7 Kamerstukken II 2013/2014, 33962, nr. 3, p. 6.

ontbreken van samenhang tot een ingewikkeld juridisch proces. In veel gevallen is zelfs een volledige inventarisatie van alle werkelijk benodigde besluiten niet goed mogelijk. Verder bieden de toepasselijke normen te weinig bestuurlijke afwegingsruimte waardoor maatwerk op project- of gebiedsniveau onvoldoende mogelijk is. Ook bieden de normen te weinig afweeg- en experimenteerruimte voor de groeiende behoefte aan duurzaamheid en innovatie.⁸

Voor een aantal knellende situaties zijn nieuwe wettelijke constructies bedacht met bestuursbevoegdheden om van bepaalde normen in de huidige wetten en AMvB's af te wijken (Interimwet stad- en milieubenadering, 2006 (hierna: Interimwet) en de Crisis- en herstelwet, 2010 (Chw)). De Interimwet staat de gemeenteraad toe in een door hem aangewezen projectgebied in het belang van zuinig en doelmatig ruimtegebruik en het bereiken van optimale leefomgevingskwaliteit af te wijken van milieukwaliteitsnormen met betrekking tot bodem, geluid en lucht en van waarden en afstanden in de Wet geurhinder en veehouderij. De Chw biedt de mogelijkheid tijdelijk af te wijken van milieukwaliteitsnormen in bestaande stedelijke gebieden of bedrijventerreinen of voor de uitbreiding van de haven van Rotterdam met het oog op het versterken van een duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling. Bij ministeriële regeling kunnen ontwikkelingsgebieden worden aangewezen waarbinnen bij bestemmingsplan tijdelijk van bepaalde milieukwaliteitsnormen mag worden afgeweken. Voorts biedt de Chw de mogelijkheid bij wijze van experiment via een AMvB⁹ tijdelijk af te wijken van bepaalde milieukwaliteitsnormen en/of bouw- en gebruiksnormen. Het experiment (waaronder het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte) dient met het oog op duurzame ontwikkeling bij te dragen aan innovatieve ontwikkelingen of het versterken van de economische structuur. Beide wetten fungeren als een 'by pass' op de huidige wet- en regelgeving en vormen geen structurele oplossing voor knelpunten binnen het huidige stelsel.

2.2 Integratie van het omgevingsrecht

Tabula rasa

In 2009 verzoekt de Tweede Kamer de regering om vanuit een *tabula rasa*-benadering te komen met voorstellen over een fundamentele herziening van het omgevingsrecht. Overwogen wordt dat indien aan deskundigen gevraagd zou worden om met een schone lei een nieuw stelsel voor omgevingsrecht te ontwerpen, er vele uitkomsten denkbaar zijn behalve het huidige complexe stelsel. Daarbij wordt gewezen op de onvoldoende samenhang tussen de sectorale regelgeving, de talloze uitvoeringsregelingen, de onoverzichtelijkheid en de hoge maatschappelijke kosten (onderzoek, lange doorlooptijden en juridische procedures) van het huidige stelsel.¹⁰ Het

⁸ De Zeeuw e.a. 2009, p. 12, Drupsteen 2011, p. 277, Borgers en Van der Heijden 2011, p. 59-62.

⁹ Toevoeging van gebieden aan bestaande experimenten worden bij ministeriële regeling gedaan.

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32123 XI, nr. 16 (motie-Pieper, Neppérus en Boelhouwer). Het toenmalige ministerie van VROM heeft naar aanleiding van deze aangenomen motie vijftien deskundigen gevraagd een essay te schrijven over de relatie tussen het omgevingsrecht en gebiedsontwikkeling, *Bezinning op het omgevingsrecht, essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011.

onderwerp wordt opgenomen in de regeerakkoorden van het kabinet-Rutte I en -Rutte II en leidt vervolgens na een periode van zes jaar tot plaatsing van een integrale Omgevingswet in het Staatsblad.¹¹

2.2.1 Integratie van wetten

De Omgevingswet integreert (onderdelen van) wetten op het gebied van het milieuhygiënerecht, natuurbeschermingsrecht, ruimtelijk bestuursrecht, monumentenrecht en het waterrecht.¹² Voor een goede integratie van verschillende wetten in één wet is het van belang dat er duidelijke en eenduidige samenhangcriteria gelden.¹³ Ontbreken dergelijke samenhangcriteria dan blijft onduidelijk op grond waarvan de wetten zijn gebundeld en is de kans aanwezig dat te veel niet met elkaar samenhangende onderwerpen in één wet worden geïntegreerd. Het gevolg is een uiterst complexe wet waardoor belangrijke verbeterdoelen van de integratie zoals meer eenvoud, samenhang en betere toegankelijkheid niet worden gehaald.¹⁴

Vanuit de samenhangcriteria die ten grondslag liggen aan de bundeling van wetten is het van belang op basis van bepaalde criteria de onderling samenhangende regels te ordenen. Een eenduidige wetssystematiek leidt volgens Scheltema in de eerste plaats tot een grotere kenbaarheid van het recht.¹⁵ Door een heldere systematiek sluiten regels logisch op elkaar aan en zijn er minder regels nodig. De gekozen wetssystematiek dient een gemiddelde gebruiker in staat te stellen zijn rechten en plichten op een betrekkelijk eenvoudige manier uit het wettelijk stelsel af te leiden. Volgens Van den Broek is dat de belangrijkste functie van een wetssysteem. In de tweede plaats dwingt een systematische ordening volgens Scheltema tot een meer op doelmatigheid en rechtsgelijkheid gerichte ontwikkeling van het recht. Deze uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de Awb zijn leidend geweest bij de stelselherziening van het Omgevingsrecht.

Fysieke leefomgeving

Voor de integratie van (onderdelen) van de wetten die zijn opgenomen in de Omgevingswet geldt 'de fysieke leefomgeving' als eerste (zakelijk) samenhangcriterium.

¹¹ Kamerstukken II 2010/11, 32417, nr. 15 (Regeerakkoord-Rutte I) en Kamerstukken II 2012/13, 33410, nr. 15 (regeerakkoord-Rutte II). Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), Stb. 2016, 156. Op 31 augustus 2018 zijn vier AMvB's ter uitvoering van de Omgevingswet in het Staatsblad geplaatst: Stb. 2018, 290, Stb. 2018, 291, Stb. 2018, 292 en Stb. 2018, 293. Vier Aanvullingswetten met bijbehorende aanvullingsbesluiten over respectievelijk bodem, geluid, natuur, grond en eigendom, alsmede een Invoeringswet met inhoudelijke wijzigingen zullen de Omgevingswet respectievelijk de vier AMvB's nog wijzigen. Volgens planning zal het gehele stelsel op 1 januari 2021 in werking treden.

¹² Ingetrokken worden onder meer: de Wet ruimtelijke ordening, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Tracéwet, de Wet bodembescherming, de Wet geluidhinder, de Wet Inrichting landelijk gebied, de Wet natuurbescherming, de Wet voorkeursrecht gemeenten, de Crisis- en herstelwet, de Belemmeringenwet Privaatrecht. Gedeeltelijk ingetrokken worden onder meer: de Monumentenwet 1988, de Erfgoedwet, de Waterwet, de Wet milieubeheer, de Wet luchtvaart en de Woningwet.

¹³ Van den Broek 2012, p. 51 en p. 316.

¹⁴ Meijer e.a. 2016, p. 21.

¹⁵ Scheltema 1994.

Gelet op de beschreven behoefte aan samenhang binnen het omgevingsrecht is dit een logisch criterium. Alle regels in de Omgevingswet hebben betrekking op de fysieke leefomgeving; daarbij kan het gaan over één of meer compartimenten van de fysieke leefomgeving dan wel over één of meer aspecten binnen een compartiment. De fysieke leefomgeving is geen gesloten begrip doordat artikel 1.2 Ow een niet-limitatieve opsomming bevat van wat in ieder geval onder ‘de fysieke leefomgeving’ moet worden verstaan.¹⁶

Activiteiten in de fysieke leefomgeving

Een tweede aanknopingspunt of (zakelijk) samenhangcriterium voor de integratie van wetten onder de Omgevingswet is dat het gaat om ‘activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving’. Behalve het uitvoeren van activiteiten zoals bouwen, slopen of wonen betreft het ook het nalaten van activiteiten zoals het niet onderhouden van bouwwerken of installaties waardoor hinder, risico’s of schade kunnen ontstaan. Artikel 1.2 lid 3 en 4 Ow bevatten een niet-limitatieve opsomming van mogelijke gevolgen van de fysieke leefomgeving door activiteiten.

2.2.2 Integratie van doelen

Een derde (juridisch) samenhangcriterium ziet op de formulering van gemeenschappelijke doelen voor de regulering van activiteiten in de fysieke leefomgeving. In de huidige wetten zijn vanuit specifieke doelen bevoegdheden toegekend aan bestuursorganen. Dit volgt uit het specialiteitsbeginsel dat is afgeleid van het legaliteitsbeginsel. Bestuursorganen beschikken niet over een algemene bestuursbevoegdheid om het algemeen belang te behartigen, maar hebben uitsluitend specifieke doelgebonden bevoegdheden.¹⁷ In de Omgevingswet worden in artikel 1:3 Ow de verschillende doelen van de bestaande sectorale wetten verenigd in twee maatschappelijke hoofddoelen, te weten: beschermen en benutten.

Het eerste maatschappelijk hoofddoel gaat over het beschermen en ziet op het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit. Het tweede deel van de doelstelling gaat over het benutten en ziet op het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften. Bij beide doelstellingen zijn een duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu van belang. Beide doelstellingen zijn nevenschikkend en dienen volgens artikel 1:3 Ow in onderlinge samenhang te worden gezien.

De wet bevat geen afwegingskader hoe met de belangenafweging tussen de twee doelstellingen moet worden omgegaan. Hoe aan de samenhang en de onderlinge weging van belangen gevolg wordt gegeven, is een bestuurlijke afweging van het betreffende bestuursorgaan dat meer gewicht kan toekennen aan het ene belang

¹⁶ Van den Broek is kritisch over de invulling van het begrip fysieke leefomgeving: Van den Broek 2015-1, p. 32.

¹⁷ Oldenziel 2018, p. 19.

dan aan het andere. De afweging tussen alle sectorale belangen op het gebied van beschermen en benutten is een politieke keuze die gemotiveerd en democratisch gelegitimeerd moet zijn binnen de eisen van de wetgeving.¹⁸ De Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli) merkt op dat er geen objectieve maatstaf is voor een juiste balans tussen de maatschappelijke doelen van de wet. Wanneer bijvoorbeeld ruimte wordt geboden voor economische ontwikkeling zal er altijd een spanningsveld zijn met het behouden en verbeteren van de omgevingskwaliteiten in hetzelfde gebied.¹⁹

Samenhangende benadering

Met het comprimeren van 26 sectorale wettelijke doelen tot twee maatschappelijke integrale doelen beoogt de wetgever een samenhangender benadering van de fysieke leefomgeving te bereiken. Gemeenten, waterschappen, provincies en het Rijk zijn belast met zorg voor de fysieke leefomgeving en dienen hun taken en bevoegdheden uit te oefenen met het oog op de maatschappelijke doelen van de wet. De instrumenten van de Omgevingswet moeten worden ingezet om (blijvend) te voldoen aan de maatschappelijke doeleinden.

Bestuursorganen krijgen daarbij de opdracht om zich gemotiveerd rekenschap te geven van de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen (art. 2.1 lid 2 Ow). Met deze bepaling beoogt de wetgever een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te bewerkstelligen waarbij het niet meer gaat om een optelsom van sectorale taken en bevoegdheden, maar om integrale omgevingszorg.

Integrale omgevingszorg

Met een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving beoogt de wetgever een paradigmawisseling ten opzichte van het huidige recht te bewerkstelligen: van bescherming van de fysieke leefomgeving via een werende benadering van activiteiten (nee, tenzij-benadering) naar een beleidscyclus waarin de continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving centraal staat en ruimte ontstaat voor ontwikkeling (ja, mits-benadering).²⁰ De paradigmawisseling leidt ertoe dat niet de verschillende sectorale belangen en eisen gelden als vertrekpunt, maar de initiatieven en ontwikkelingen in de fysieke leefomgeving. Dit bevordert een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving in zowel beleid als regelgeving en besluitvorming. De paradigmawisseling veronderstelt een cyclische benadering van het recht. Uitgebeeld in een beleidscirkel is achtereenvolgens sprake van beleidsontwikkeling, beleidsdoorwerking, uitvoering en monitoring en naar aanleiding daarvan zo nodig weer beleidsontwikkeling enzovoort.

¹⁸ Integrale onafhankelijke adviescommissie, *Recht doen aan de Omgevingswet*, 2019, p. 11.

¹⁹ Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli) 2015, p. 67.

²⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7.

2.2.3 Specialisatie van doelen

Artikel 2:1 lid 1 Ow bepaalt dat de uitoefening van taken en bevoegdheden gericht dient te zijn op het bereiken en in stand houden van de brede maatschappelijke doelen van artikel 1:3 Ow. Het tweede lid bepaalt dat daarbij rekening dient te worden gehouden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen. De maatschappelijke doelen omvatten verschillende aspecten en zijn niet per definitie bij iedere taak- of bevoegdheidsuitoefening gericht op alle aspecten. Het eerste en het derde lid bieden derhalve de mogelijkheid om de taak- en bevoegdheidsuitoefening te beperken tot bepaalde aspecten van de maatschappelijke doelen en gericht te laten zijn op bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de fysieke leefomgeving.

In de Omgevingswet zelf, de uitvoeringsregelgeving en decentrale regelgeving kunnen specifieke regels over de doelen worden gesteld die een uitwerking of begrenzing tot bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de maatschappelijke doelen vormen. Deze specifieke regels gaan voor op de algemene verplichting tot het geven van rekenschap over de brede belangenafweging in het kader van de maatschappelijke doelstellingen van artikel 1:3 Ow.

Het derde lid van artikel 2.1 Ow bevat een facultatieve, niet-limitatieve lijst van specifieke subdoelen met het oog waarop onderdelen, aspecten of belangen kunnen worden geduïd en begrensd. Genoemd worden onder meer het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid, het beschermen van het milieu, het behoud van cultureel erfgoed, de evenwichtige toedeling van functies aan locaties en de kwaliteit van bouwwerken. De uitwerking van deze specifieke doelen c.q. de achterliggende oogmerken voor de uitoefening van taken en bevoegdheden worden in de Ow en de uitvoeringsregelgeving steeds ingeleid met de zinsnede 'met het oog op'. De subdoelen en oogmerken komen in belangrijke mate overeen met de onderwerpen en doeleinden van de huidige 26 wetten die in de Omgevingswet zijn geïntegreerd.

Procedurele integratie

In het verlengde van de integratie van doelen van de 26 sectorale wetten leefde bij de regering ook de wens tot integratie van de verschillende toetsingskaders. Het streven naar een integraal toetsingskader was een reeds lang gekoesterde wens. In de kabinetsplannen voor een 'brede VROM-vergunning' werd het streven naar integratie van toetsingskaders manifest.²¹ Bij de totstandkoming van de Wabo (2010) bleek een integratie van toetsingskaders op korte termijn niet haalbaar en werd vooralsnog volstaan met een samenvoeging van afzonderlijke bestaande vergunningenstelsels waarbij de toetsingskaders van de geïntegreerde vergunningenstelsels naast elkaar zijn blijven bestaan.²² Niettemin werd de Wabo nadrukkelijk beschouwd als

²¹ Kamerstukken II 2002/03, 29200 XI, nr. 7, p. 1-70.

²² Bij de voorbereiding van de Wabo werden vier integratiemodellen voor het verlenen van vergunningen gehanteerd: (1) één loket en gelijktijdige bekendmaking van beschikkingen; (2) model 1

een opmaat naar model 4 waarin ook de verschillende toetsingskaders zijn geïntegreerd.²³

In 2011 schetst de minister van I&M in een brief aan de Tweede Kamer de beleidsuitgangspunten om te komen tot een integrale Omgevingswet. De integratie van toetsingskaders maakt onderdeel uit van de prioritaire onderwerpen die in de herziening geregeld moeten worden.²⁴ De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Raad) constateert in zijn advies over de herziening van het omgevingsrecht dat de mogelijkheden om alle betrokken belangen in één besluit af te wegen (materiële integratie) beperkt zijn.²⁵ Het onderbrengen van verschillende wettelijke normen in een nieuw geformuleerde gemeenschappelijke en daarmee abstractere norm maakt het minder voorspelbaar of een bepaalde activiteit al dan niet door de regels wordt toegestaan of in aanmerking komt voor een vergunning, wat afbreuk doet aan de rechtszekerheid en de handhaafbaarheid. Daarnaast zou de effectiviteit van bestuursorganen sterk worden verminderd wanneer eenmaal genomen besluiten bij ieder nieuw te nemen besluit – op de verschillende bestuurlijke niveaus – steeds opnieuw in een volledige integrale belangenafweging zouden moeten worden betrokken. Bovendien worden de mogelijkheden tot materiële integratie sterk beperkt door de afzonderlijke sectoraal beschermde belangen in de EU-wetgeving.²⁶

In aansluiting op de voorlichting van de Raad ziet het kabinet in beginsel af van materiële integratie en kiest het voor verdere samenvoeging van de procedures voor de specifieke activiteiten met een per activiteit specifiek toetsingskader (procedurele integratie). Daar waar materiële integratie mogelijk is, zal die worden nagestreefd, maar de ruimte daarvoor wordt met het oog op de Europese verplichtingen beperkt geacht.²⁷ Dit heeft tot gevolg dat de specifieke toetsingskaders voor activiteiten van de te integreren wetten onder het nieuwe stelsel zo veel mogelijk worden gehandhaafd. Daarmee wordt feitelijk model 3 onder het nieuwe stelsel voortgezet, waarbij ten opzichte van de Wabo meer vergunningstelsels worden samengevoegd. Een belangrijk verschil met de geïntegreerde wetten is dat de toetsingskaders niet meer bij wet, maar bij AMvB worden vastgesteld.

met inhoudelijke coördinatie; (3) model 2 met één vergunningstelsel (Wabo); (4) model 3 met één toetsingskader.

23 In de motie-Koopmans-Vermeij (Kamerstukken II 2007/08, 30844, nr. 23) wordt de regering verzocht met voorstellen te komen voor integratie van de toetsingskaders tot één toetsingskader. Bij brief van 24 april 2009 (Kamerstukken II 2008/09, 30844, nr. 44) geeft de minister aan te komen met voorstellen voor integratie van toetsingskaders binnen de Wabo.

24 Kamerstukken II 2010/11, 31953, nr. 40, p. 2.

25 Zie over de mogelijkheden tot materiële integratie van toetsingskaders in het omgevingsrecht Nijmeijer en Soppe 2011.

26 Voorlichting met betrekking tot de herziening van het omgevingsrecht, 25 januari 2012, par. 4.3.2 Materiële integratie, Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3. Advies Raad van State 13 januari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 24.

27 Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3, par 4.2 onder e, p. 13 (brief 9 maart 2012).

Het primaat van de wet in formele zin

De Raad had zowel inhoudelijk als procedureel ernstige kritiek op de wijze waarop de activiteiten in de fysieke leefomgeving in het voorstel van wet waren gereguleerd. De Raad wees erop dat algemene uitgangspunten zoals (EU-)beginselen en toetsingskaders op basis waarvan nadere materiële normen worden vastgesteld of vergunningaanvragen worden getoetst, onvoldoende in het voorstel van wet waren opgenomen. Deze uitgangspunten geven richting aan de uitleg en toepassing van regels door bestuursorganen en rechters, leiden tot harmonisering van beleid en uitvoering en dragen bij aan de voorspelbaarheid van het overheidsoptreden, aldus de Raad. Bovendien merkte de Raad op dat artikel 2.1 lid 2 Ow weliswaar de mogelijkheid bood om afwegingskaders uit te werken of te begrenzen, maar geen garantie bevatte dat hiervan gebruik zou worden gemaakt. Ook wanneer gebruik zou worden gemaakt van de specifieke grondslagen behoefde dit nog niet te betekenen dat in de AMvB dezelfde sectorale afwegingskaders zouden worden gehanteerd zoals in de Wabo vastgelegd en zou materieel voor een meer integrale benadering kunnen worden gekozen. Voorts achtte de Raad het opnemen van essentiële normen en een zorgvuldige begrenzing van de aan het bestuur gedelegeerde wetgeving in de wet in formele zin ook van belang in verband met de medewetgevende rol van het parlement.²⁸

Naar aanleiding van het advies zijn in de Omgevingswet specifieke doelen opgenomen waarvoor de betreffende regels kunnen of moeten worden gesteld. Er mogen derhalve geen regels worden gesteld die niet zien op het gemarkeerde specifieke doel. Daardoor blijkt direct uit de wet waarop de regels gericht zijn en wordt de grondslag begrensd. De algemene grondslag om regels te stellen voor activiteiten in de leefomgeving is vervangen door specifieke grondslagen en er zijn regels opgenomen over de toetsingskaders voor vergunningverlening. Voor elk van de vergunningplichtige activiteiten is aangegeven met het oog op welk specifiek doel of belang concrete regels worden gegeven over het nemen van besluiten. Opvallend is dat in het nader rapport wordt gesteld dat hierdoor uit de wet al helder wordt dat voor relatief eenvoudige beschikkingen geen integraal toetsingskader zal gelden.²⁹

De systematiek in de Ow is nu als volgt opgebouwd. Voor een aantal activiteiten is in artikel 4.3 Ow bepaald dat bij AMvB regels over activiteiten moeten of kunnen worden gesteld. Voor activiteiten die niet zijn opgesomd kunnen geen rijksregels worden vastgesteld. In paragraaf 4.3.2 worden voor het stellen van rijksregels per activiteit de oogmerken opgesomd en daarbij wordt aangegeven waartoe de regels in ieder geval moeten strekken. In artikel 5.1 Ow worden de activiteiten vermeld waarvan het verboden is deze zonder omgevingsvergunning te verrichten. Voor de meeste omgevingsvergunningplichtige activiteiten zijn in paragraaf 5.1.3 Ow per activiteit de oogmerken opgesomd en daarbij is aangegeven waartoe de in een AMvB op te nemen beoordelingsregels moeten strekken. Zo is bepaald dat de regels voor een bouwactiviteit gesteld worden met het oog op:

²⁸ Advies Raad van State 13 januari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 3 en 24-25.

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 7.

- a. het waarborgen van de veiligheid;
- b. het beschermen van de gezondheid; en
- c. duurzaamheid en bruikbaarheid.

De opgenomen oogmerken vormen een uitwerking of begrenzing van de subdoelen onder 2.1 lid 3 Ow en zijn onder meer van belang in verband met de rechtszekerheid, de uitvoerbaarheid of de Europeesrechtelijke verplichtingen.

2.2.4 Mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking c.q. maatwerk

Generieke bestuurlijke afwijkingsruimte

Om toch tegemoet te komen aan de wens van samenhangende en integrale besluitvorming kondigde de minister in dezelfde brief waarin van materiële integratie werd afgezien, een algemene bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid aan. Individuele projecten of gebiedsontwikkelingen die weliswaar konden bijdragen aan de gewenste kwaliteit van de samenleving, maar geen doorgang kunnen vinden wegens strijd met één of meer sectorale normen, zouden via bestuurlijke afwijkingsruimte mogelijk gemaakt kunnen worden. Bestuurlijke afwijking zou in die gevallen mogelijk zijn op basis van het zogenoemde positieve evenredigheidsbeginsel, dat als integraal toetsingskader zou dienen bij concrete initiatieven. Hierbij wordt voor het betreffende project of gebied een integrale afweging gemaakt en indien het belang van de leefomgeving zich er niet tegen verzet, kan het decentraal bestuur van specifieke toetsingskaders, normen en regels voor activiteiten afwijken, mits bepaalde belangen hierdoor niet onevenredig benadeeld worden. Voor deze afweging zouden niet alle normen in aanmerking kunnen komen. Dit zou in ieder geval gelden voor dwingende Europese normen; bij of krachtens wet zou worden aangegeven welke normen niet voor afweging in aanmerking komen.³⁰

De bestuurlijke afwijkingsruimte via positieve evenredigheid bouwt voort op de mogelijkheden die nu in de Interimwet en de Chw worden geboden en is nadrukkelijk bedoeld als uitzondering op de regel.³¹ Het 'positieve evenredigheidsbeginsel' is bedacht door Borgers en Van der Heijden en is ontwikkeld vanuit een spiegelbeeld van het bestaande evenredigheidsbeginsel.³² Dat 'klassieke evenredigheidsbeginsel' betreft het verbod van het toebrengen van onevenredig nadeel. Het positieve evenredigheidsbeginsel zou dan een verbod inhouden op het negeren van evident voordeel, zoals de voordelen van windmolens boven generatoren.³³ Aan de hand van een dergelijke toets zou de rechter niet zozeer beleid maken, aldus de auteurs, maar de uitkomst van het positieve beleid toetsen. Een dergelijke toets van de rechter (die behelst of het bevoegd gezag geen evident voordeel over het hoofd heeft gezien), leidt tot duurzamer, innovatiever en daarmee economischer besluiten, aldus het pleidooi.

³⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3, par. 4.2 onder e, p. 13 (brief 9 maart 2012, p. 18-19).

³¹ Zie par. 2.1 onder het kopje 'Knelpunten blijven'.

³² Borgers en Van der Heijden 2011.

³³ Borgers en Van der Heijden 2011, p. 19.

De algemene bestuurlijke afwijkingsbepaling is in de literatuur kritisch bejegend. Behalve kritiek over de noodzaak en het toepassingsbereik met het oog op het stelsel van het omgevingsrecht was er ook fundamentele kritiek in verband met het specialiteitsbeginsel en de eisen van een democratische rechtsstaat.³⁴ De regering heeft er uiteindelijk voor gekozen niet te voorzien in een generieke bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid. Een dergelijke regeling zou volgens de regering tal van uitzonderingen krijgen vanwege EU-verplichtingen, bovenregionale belangen, de keuze voor landelijke uniformiteit of omdat het normenstelsel voor deelgebieden al bestuurlijke afwegingsruimte zou gaan bieden. Verder bleek na bestudering van de mogelijkheden dat een generieke afwijkingsbevoegdheid alleen voor bepaalde normen voor bodem en geluid zou kunnen worden toegepast, terwijl juist de regelgeving voor deze normen inhoudelijk zou worden aangepast.³⁵

Bestuurlijke afwijkingsruimte op maat

In plaats van een algemene bestuurlijke bevoegdheid tot het afwijken van (instructie)normen voor activiteiten, algemene regels voor activiteiten en de specifieke toetsingskaders voor activiteiten zijn in de Omgevingswet specifieke bestuurlijke afwijkmogelijkheden per categorie opgenomen. Gekozen is voor bestuurlijke afwijkingsruimte op maat. Voor (instructie)normen, algemene regels voor activiteiten en de toetsingskaders voor vergunningen zijn specifieke daarop gerichte bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden in de Omgevingswet opgenomen.

De Raad constateert in zijn advies over het wetsvoorstel dat (decentrale) bestuursorganen de beschikking over een groot aantal instrumenten krijgen om van algemeen verbindende voorschriften af te wijken. Hoewel de mate van flexibiliteit nog precies uit de uitvoeringsregelingen zal moeten blijken, stelt de Raad nu al vast dat als op grote schaal van deze afwijkmogelijkheden gebruik wordt gemaakt, de uitvoeringspraktijk minder inzichtelijk en minder voorspelbaar zal worden. Uit oogpunt van rechtszekerheid acht de Raad dit ongewenst aangezien flexibiliteit daarmee boven rechtszekerheid wordt gesteld.³⁶

2.3 De Omgevingswet

De Omgevingswet telt 23 hoofdstukken; in het preadvies richten wij ons op de hoofdstukken 1 tot en met 5. In het eerste hoofdstuk van de Ow worden het toepassingsgebied (fysieke leefomgeving en activiteiten) en de maatschappelijke doelen (het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving) van de wet aangegeven. Zoals aangegeven zijn de maatschappelijke doelen in artikel 1:3 Ow richtinggevend voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden door een bestuursorgaan van een gemeente, een provincie of het Rijk op grond van deze wet. Maar wanneer in de Ow of in de uitvoeringsregelgeving specifieke regels over deze doelen zijn gesteld, gaan deze specifieke kaders volgens artikel 2.1 lid 1 Ow voor. Deze specifieke regels

34 De Graaf en Tolsma 2014, Backes 2012, Schueler 2012, Tolsma 2012, Van den Broek 2012.

35 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 267-268.

36 Advies Raad van State 13 januari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 3 en 28-29.

vormen een uitwerking of begrenzing tot bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de maatschappelijke doelen.³⁷

Per hoofdstuk van de Ow is duidelijk wie de normadressaat is, worden eenduidige begrippen gehanteerd en rechtsfiguren gestandaardiseerd. Het aantal instrumenten waarmee sturing aan de fysieke leefomgeving kan worden gegeven is teruggebracht tot zes kerninstrumenten.³⁸

De hoofdstukken 2 en 3 richten zich primair tot de overheid en bevatten regels over taken en bevoegdheden van bestuursorganen, respectievelijk regels over (integrale) omgevingsvisies en programma's (beleid). Hoofdstuk 4 bevat algemene regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving en vormt de grondslag voor het stellen van algemeen verbindende voorschriften door het Rijk, de provincies, de gemeenten en de waterschappen. In hoofdstuk 5 wordt de procedurele integratie van de Wabo voortgezet. Dit hoofdstuk gaat over de omgevingsvergunning en het projectbesluit en richt zich tot eenieder die activiteiten verricht of wil gaan verrichten in de fysieke leefomgeving. De uniformering van de procedures en de regels over handhaving en uitvoering zijn geregeld in hoofdstuk 16 respectievelijk 18.

De materiële normstelling is zo veel mogelijk gebundeld op AMvB-niveau.³⁹ Uit oogpunt van toegankelijkheid en inzichtelijkheid is ervoor gekozen de inhoudelijke regels zo veel mogelijk op één niveau te bundelen. Daarnaast vergemakkelijkt bundeling van de materiële regels op AMvB-niveau een tijdige implementatie van Europese en internationale regelgeving.⁴⁰ Vanuit het primaat van de wetgever is echter een aantal inhoudelijke onderwerpen op wetsniveau in de Ow geregeld. Het betreft onder meer bepalingen die de grondslag vormen voor het vergunningstelsel, de hoofdlijnen van de bevoegdheidsverdeling bij de omgevingsvergunningen en de rechtsbescherming. Bovendien dienen de ontwerpen van de AMvB's, met uitzondering van wijzigingen van ondergeschikte betekenis of wijzigingen ter uitvoering van internationaalrechtelijke verplichtingen, aan de Tweede en de Eerste Kamer overgelegd te worden (art. 23.5 Ow).⁴¹

37 Art. 2.1 Ow lid 3 bevat een opsomming van onderwerpen waarop die uitwerking of begrenzing in ieder geval betrekking kan hebben. Onder meer worden genoemd: het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid, het beschermen van het milieu, het behoud van cultureel erfgoed, de evenwichtige toedeling van functies aan locaties, de kwaliteit van bouwwerken.

38 De omgevingsvisie, het programma; de decentrale regels, de algemene rijksregels, de omgevingsvergunning en het projectbesluit.

39 De uitvoeringsregelgeving is teruggebracht van 120 AMvB's en 75 ministeriële regelingen naar vier AMvB's en één ministeriële regeling.

40 Palm en De Vos 2015, p. 100. In het advies van de Raad van State en de parlementaire behandeling heeft dit onderwerp veel aandacht gekregen.

41 Groothuijse, Landman en Nehmelman 2018 wijzen niettemin op verminderde parlementaire invloed.

2.4 Tussenbalans I: spanningsveld tussen flexibiliteit en uniformiteit

In de vier verbeterdoelstellingen van de Omgevingswet ligt een belangrijk dilemma ingesloten. Een van de vier doelen is het vergroten van de inzichtelijkheid, de voorspelbaarheid en het gebruiksgemak van het omgevingsrecht. Een van de andere vier doelen is het vergroten van bestuurlijke afwegingsruimte door het bieden van ruimte voor het maken van betere en meer samenhangende en integrale afwegingen met het oog op doelen in de fysieke leefomgeving. In het doel van voorspelbaarheid en inzichtelijkheid klinkt de roep om rechtszekerheid door en in het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte de roep om flexibiliteit.

Bij flexibilisering gaat het, anders dan bij harmonisatie en bundeling, om het verruimen van de wettelijke kaders waarbinnen rekening kan worden gehouden met lokale omstandigheden en ontwikkelingen. Flexibiliteit is altijd bedoeld om de maatschappelijke doelen te verwezenlijken c.q. de fysieke leefomgeving te beschermen en doelmatig te benutten. Flexibiliteit kan worden bereikt door het bieden van bestuurlijke afwegingsruimte in de regel zelf of door mogelijkheden om van de regel af te wijken in de vorm van bestuurlijke afwijkingsruimte. Uit oogpunt van het specialiteitsbeginsel en de eisen van een democratische rechtsstaat roept de mogelijkheid tot het bieden van bestuurlijke afwijkingsruimte vragen op. Nadat algemeen verbindende voorschriften zijn vastgesteld wordt immers de mogelijkheid geboden daar vervolgens weer van te wijken.

Hoewel flexibilisering is bedoeld om de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet te verwezenlijken kan een groot arsenaal aan bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden en veelvuldige toepassing daarvan ertoe leiden dat de regelgeving minder inzichtelijk en voorspelbaar wordt en het gebruiksgemak daardoor juist afneemt. De vraag is of en in hoeverre de geboden bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden een eenduidige wetssystematiek in de weg staan, wat een nadeel kan zijn voor de kenbaarheid van het recht en een op doelmatigheid en rechtsgelijkheid gerichte ontwikkeling van het recht. Indien veelvuldig gebruik van de bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden ten behoeve van maatwerk mogelijk(er)wijs kan leiden tot een complex van regels dat moeilijk inzichtelijk en voorspelbaar en rechtsonzeker is, zou een van de belangrijkste verbeterdoelstellingen c.q. de aanleiding van de stelselherziening niet worden gehaald. Ook zou dit ten koste gaan van de handhaafbaarheid en de rechtsbescherming.

3 AMvB's en de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking

Inleiding

In hoofdstuk 2 bleek dat de Raad van State ernstige kritiek had op de vele mogelijkheden in het wetsvoorstel om van algemeen verbindende voorschriften af te wijken. Onderzocht zou moeten worden of alle afwijkmogelijkheden die in het wetsvoorstel over de volle breedte van het omgevingsrecht mogelijk zijn gemaakt ook werkelijk noodzakelijk zijn. Verder zouden er in de wet materiële en procedurele waarborgen moeten worden opgenomen die een zorgvuldige toepassing van de afwijkmogelijkheden garanderen. Welke mate van flexibiliteit wordt geboden, kan immers pas uit de uitvoeringsregelingen worden afgeleid.

In dit hoofdstuk onderzoeken wij de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking die zijn opgenomen in de Omgevingswet en uitgewerkt in de AMvB's.¹ Voor het gemeentelijk niveau gaan wij na in hoeverre voor een lokaal project of een gebied kan worden afgeweken van rijksinstructieregels en algemene rijksregels voor activiteiten. De mogelijkheid om af te wijken van specifieke toetsingskaders voor vergunningen via een programmatische aanpak bespreken wij in relatie tot het omgevingsplan. Een algemene beschouwing over de (on)mogelijkheden van programmatische aanpak in het omgevingsrecht zou een mooi onderwerp zijn voor een volgend preadvies.²

3.1 Instructieregels van het Rijk

Overeenkomstig het huidige recht ligt de primaire bevoegdheid tot het beslissen over het beheer, het gebruik en de ontwikkeling van de fysieke leefomgeving in de Ow op gemeentelijk niveau en hebben provincies en Rijk een daarvan afgeleide bevoegdheid. Artikel 2.3 Ow bepaalt dat de uitoefening van taken en bevoegdheden krachtens de Ow wordt overgelaten aan de bestuursorganen van de gemeente,

1 Zie voor een uitgebreid overzicht van de flexibiliteitsmogelijkheden op basis van de consultatieversies van de AMvB's, Brans 2016.

2 Een bijzondere vorm van bestuurlijke afwijking betreft de in de Ow opgenomen experimenteerbepaling (art. 23.3 Ow). Deze bepaling biedt de mogelijkheid om via een AMvB af te wijken van de Omgevingswet, de Elektriciteitswet, de Warmtewet en de Wet milieubeheer. Deze bijzondere vorm van maatwerk laten wij vanwege het ontbreken van een directe relatie met het omgevingsplan in dit preadvies verder buiten beschouwing. Ook de mogelijkheid tot het afwijken van het omgevingsplan via een projectbesluit door het waterschap, de provincie of het Rijk laten wij hier buiten beschouwing (art. 5.44 Ow).

tenzij daarover andere regels zijn gesteld. Provincie en Rijk kunnen via instructies of instructieregels beleidsdoorwerking afdwingen.

Vanuit nationaal of provinciaal belang dan wel vanuit een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden of voor de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting, kunnen het Rijk en de provincies instructieregels stellen over de fysieke leefomgeving (art. 2.3 Ow). Wij beperken ons hier weliswaar tot de instructieregels van het Rijk, maar het is goed zich te realiseren dat via de provinciale omgevingsverordening meer regels zullen gaan gelden die van invloed zijn op de inhoud van het omgevingsplan.

Krachtens artikel 2.24 Ow kan het Rijk via een AMvB instructieregels stellen als dat nodig is voor het voldoen aan omgevingswaarden³ of het bereiken van de andere (maatschappelijke) doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Voor de inhoud of motivering van het omgevingsplan geldt dat instructieregels daarover alleen kunnen worden gesteld voor zover het gaat om de uitoefening van specifieke in de Ow genoemde taken of over de toedeling van functies aan locaties en andere daarmee samenhangende regels (art. 2.25 Ow). Het derde lid biedt de mogelijkheid tot het geven van instructieregels over de instructieregels in de omgevingsverordening. Bij deze zogenoemde getrapte instructieregels kiest het Rijk ervoor om niet zelf instructieregels vast te stellen, maar de provincies op te dragen om getrapte gebiedsgerichte instructieregels in de omgevingsverordening op te nemen.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in artikel 2.28 Ow een inhoudelijke beschrijving van de oogmerken opgenomen waarvoor in ieder geval instructieregels door het Rijk moeten worden gesteld. Er dienen bijvoorbeeld instructieregels over omgevingsplannen te worden gesteld met het oog op het beschermen van de gezondheid en het milieu, met betrekking tot het beschermen van de bodem of het voorkomen van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid vanwege het gebruik van de bodem (art. 2.28 onder i Ow).⁴

Instructieregels in het Bkl

De materiële regels voor de overheid zijn opgenomen in Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) dat inhoudelijke regels bevat voor bestuursorganen. Het Bkl bevat in hoofdstuk 5 instructieregels over de inhoud van het omgevingsplan. Afdeling 5.1 bevat instructieregels met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en Afdeling 5.2 met het oog op uitoefening van specifieke taken voor de

3 Omgevingswaarden zijn bijzondere doelstellingen die de gewenste staat of kwaliteit van (een onderdeel van) de fysieke leefomgeving aangeven. In hoofdstuk 4 besteden wij nader aandacht aan omgevingswaarden.

4 Het betreft de volgende onderwerpen: cultureel en werelderfgoed, externe veiligheid, geluid, infrastructuur, toegankelijkheid openbare ruimte, Waddenzee, bodem, jacht, houtopstanden.

fysieke leefomgeving.⁵ Per paragraaf is het oogmerk van de regels vermeld waarmee het belang c.q. de reden wordt aangeduid waarvoor de regels zijn gesteld.

Zo bevatten de paragrafen van Afdeling 5.1 (regels over een evenwichtige toedeling van functies aan locaties) oogmerken als ‘Beschermen van de gezondheid en van het milieu (par. 5.1.4), ‘Beschermen van landschappelijke of stedenbouwkundige waarden en cultureel erfgoed’ (par. 5.1.5), ‘Behoud van ruimte voor toekomstige functies’ (par. 5.1.6), enzovoort. Vervolgens zijn in subparagrafen de begrenzingen per aspect van de fysieke leefomgeving aangeduid: bijvoorbeeld de genoemde paragraaf 5.1.4 is weer onderverdeeld in subparagrafen waaronder ‘Kwaliteit van de buitenlucht’ (par. 5.1.4.1), ‘Geluid door activiteiten (par. 5.1.4.2), ‘Bodemkwaliteit’ (par. 5.1.4.5), ‘Geur’ (par. 5.1.4.6), enzovoort.

De instructieregels van genoemde paragraaf 5.1.6 zijn onderverdeeld in subparagrafen over onder meer autosnelwegen, buisleidingen, Project Mainportontwikkeling Rotterdam, Kaagbaan, enzovoort. Van belang is dat alle instructieregels in Afdeling 5.1 betrekking hebben op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en dus niet zien op regels die een gemeente in het omgevingsplan kan opnemen die niet gesteld zijn met het oog op een evenwichtige toedeling aan locaties.

Uit oogpunt van decentralisatie en flexibiliteit is in de instructieregels ten opzichte van het huidige recht voorzien in meer bestuurlijke afwegingsruimte. Gemeenten worden daardoor beter in staat gesteld de inhoud van het omgevingsplan af te stemmen op specifieke lokale omstandigheden en ontwikkelingen en daarover een politiek debat te voeren. Uit oogpunt van harmonisering zijn de diverse doorwerkingsconstructies onder het huidige recht teruggebracht naar drie basistypen. Deze basistypen (‘betrekken bij’, ‘rekening houden met’ en ‘in acht nemen’) bepalen de wijze waarop een bevoegdheid mag of moet worden uitgeoefend. Volgens het beginsel van de minst belastende interventie (artikel 2.2, lid 3 Ow) moet in de instructieregel worden gekozen voor de lichtste vorm die past bij de aard van het te beschermen belang waardoor zo veel mogelijk bestuurlijke afwegingsruimte kan worden gecreëerd.⁶

‘Betrekken bij’ betekent dat aandacht moet worden besteed aan (te verwachten) feiten of feitelijke ontwikkelingen die kunnen worden beschouwd als aandachtscriteria bij de toepassing van artikel 3:2 Awb. ‘Rekening houden met’ stuurt inhoudelijk de belangenafweging, maar gemotiveerd afwijken (art. 3:46 en 3:47 Awb) is toegestaan. Afwijkingen van de norm mogen op grond van het evenredigheidsbeginsel nooit groter zijn dan noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken (art. 3:4 Awb). Dit kan betekenen dat eventuele mitigerende of compenserende maatregelen in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. ‘In acht nemen’ is de zwaarste

5 De specifieke taken voor de fysieke leefomgeving hebben betrekking op ‘het behoeden van de staat en werking van infrastructuur voor nadelige gevolgen van activiteiten’, ‘het beheer van infrastructuur’ en ‘het beheer van watersystemen’.

6 Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 217-220.

dwingende vorm van doorwerking; deze instructieregels geven aan met welk oogmerk het bevoegd gezag moet beslissen. Van deze beslissingscriteria kan niet worden afgeweken.

De bestuurlijke afwegingsruimte is verder vergroot door randvoorwaarden en bandbreedten in de normen op te nemen waarbinnen gemeenten in het kader van gebiedsontwikkeling zelf kunnen bepalen welke ruimte aan activiteiten in het omgevingsplan wordt geboden. Ook kan worden gekozen voor instructieregels die saldering, mitigatie of compensatie toestaan zoals bij regels over natuurbescherming.⁷ Ten aanzien van de aspecten luchtkwaliteit en externe veiligheid is vrijwel geen bestuurlijke afwegingsruimte opgenomen; voor de overige aspecten is wel voorzien in bestuurlijke afwegingsruimte. De mogelijkheden voor specifieke afwegingsruimte zoals die zijn geregeld in de Interimwet en de Chw zijn gedeeltelijk verdisconteerd in de bandbreedte van de normstelling.

3.2 Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden van instructieregels

De Omgevingswet biedt twee mogelijkheden om van instructieregels af te wijken. Artikel 2.25, lid 5 Ow biedt de mogelijkheid tot het opnemen van de bestuurlijke afwijking in de instructieregel zelf. Het gemeentebestuur kan dan na een goede motivering zelf van de regel afwijken; de afwijkingsbevoegdheid is als het ware inherent aan de regel gemaakt. Een tweede vorm van bestuurlijke afwijking betreft de mogelijkheid tot het opnemen van een ontheffingsbevoegdheid in de instructieregel. Anders dan bij inherente bestuurlijke afwijkingsruimte is voorafgaande bestuurlijke toestemming van een ander bestuursorgaan i.c. de minister of Gedeputeerde Staten nodig (art. 2.32 Ow).

3.2.1 Voorkant- achterkantbenadering

In de memorie van toelichting stelt de regering dat mogelijkheden van bestuurlijke afwijking als uitzonderingen op het reguliere stelsel worden gezien en daarom maar beperkt mogelijk worden gemaakt.⁸ Zodra een bestuursorgaan beleidskeuzen in bindende regels heeft vertaald moeten burgers, bedrijven en de overheid zelf op basis van die regels zo veel mogelijk voorafgaand houvast over de aanvaardbaarheid van een activiteit aan die regels kunnen ontlelen. Als uitgangspunt geldt dat het reguliere stelsel de vereiste afwegingsruimte moet bieden. Dit betekent dat bestuurlijke afwegingsruimte zo veel mogelijk ‘aan de voorkant van het beleidsproces’ in de vorm van bestuurlijke afwegingsruimte in de normstelling zelf moet worden aangebracht. Hiermee wordt recht gedaan aan het politieke primaat van bestuursorganen bij het begrenzen van activiteiten.

Bestuurlijke afwegingsruimte ‘aan de achterkant van het beleidsproces’ in de vorm van bestuurlijke afwijkingsruimte geldt als een uitzondering op het reguliere stelsel c.q. als maatwerk en moet dan ook zo beperkt mogelijk zijn. Nadat de instrumenten

⁷ Zie over de mogelijkheden tot compensatie in het omgevingsrecht Tolsma 2012.

⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 265-273.

zijn ingezet bestaat dan immers de mogelijkheid voor het bestuur om van de geldende algemeen verbindende voorschriften af te wijken. Een bestuurlijke afwijking kan eruit bestaan dat een bestuursorgaan ontheffing van een eis mag verlenen, een strengere of lichtere eis dan de in de regel opgenomen eis mag stellen of een nadere eis mag stellen.

De regering stelt dat bestuurlijke afwijkingsruimte vooral bedoeld is waar die ruimte bij de toepassing van bindende regels echt nodig is. Dit is het geval wanneer de reguliere regels leiden tot onredelijke belemmeringen in verband met bijvoorbeeld bijzondere lokale situaties, complexe gebieden, gebiedsoverstijgende belangen of innovatieve experimenten. Ten slotte stelt de regering dat waar de regels de mogelijkheid tot bestuurlijke afwijking bieden, zij zo geclausuleerd dienen te zijn dat duidelijk is waar de grenzen van de afwijkingsbevoegdheid liggen zodat ze burgers, bedrijven en de overheid zo veel mogelijk houvast bieden en de bestuurlijke afwijkingsruimte niet groter is dan strikt noodzakelijk. Als uitgangspunt geldt dat de bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden binnen dezelfde materiële en formele begrenzingen moeten blijven die aan de voorkant bij het stellen van de regels van toepassing zijn.⁹

3.2.2 Inherente bestuurlijke afwijkingsruimte

De Ow verplicht in artikel 2.25 en 2.23 lid 5 Ow het Rijk en de provincies in hun instructieregels te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden van de regels kan worden afgeweken als de toepassing van de regels niet toereikend is voor, of in de weg staat aan het bereiken van de doelen van de wet. Daarbij kan dus kennelijk worden voorbijgegaan aan paragraaf 4.3.2 waarin de oogmerken en de strekking van de rijksregels staan vermeld. Deze bepaling vloeit voort uit een door de minister ondersteund amendement, is verder niet geclausuleerd en bevat evenmin procedurele waarborgen die een zorgvuldige toepassing van de afwijkingsmogelijkheden garanderen. Uit de toelichting bij het amendement blijkt dat beoogd wordt te waarborgen dat de instructieregels in dezelfde mogelijkheden dienen te voorzien als de regeling voor ontwikkelingsgebieden in de Chw en de mogelijkheden onder de Interimwet.¹⁰ Zoals beschreven in hoofdstuk 2 voorzien beide wetten in mogelijkheden om in specifieke situaties af te wijken van milieukwaliteitsnormen.

Ten slotte biedt artikel 2.25 lid 6 Ow de mogelijkheid om bij het stellen van een getrapte instructieregel te bepalen dat onder daarbij aan te geven voorwaarden bij provinciale omgevingsverordening afwijkende regels kunnen worden gesteld of dat nadere regels kunnen worden gesteld.¹¹

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 40.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 68, amendement-Veldman.

¹¹ In art. 7.2 Bkl is aan de provincie Fryslân de bevoegdheid toegeedeeld om af te wijken van art. 5.40 lid 1 Bkl en bouwen toe te staan aan de Friese Waddeneilanden in gebieden die tot het kustfundament horen. Art. 2.32 lid 4 Ow biedt ten slotte de mogelijkheid in de getrapte rijksinstructieregel te bepalen dat Gedeputeerde Staten op verzoek van een bestuursorgaan van een gemeente ontheffing kunnen verlenen van die regel of nadere regels.

Inherente bestuurlijke afwijkingsruimte Bkl

De voorkeur van de regering ging ernaar uit het decentraal bestuur zo veel mogelijk zelf ruimte te geven om in bijzondere omstandigheden te kunnen afwijken van de reguliere normen in een instructieregel. Bijzondere omstandigheden doen zich vaak voor bij gebiedsopgaven waar meer instructieregels (bijvoorbeeld geluid, geur en trilling) van toepassing zijn die gezamenlijk de ontwikkelmogelijkheden zo beperken dat er geen economisch haalbare mogelijkheden resteren. Het Bkl biedt in een aantal specifieke bepalingen aanvullende mogelijkheden om in bijzondere omstandigheden, wanneer geen andere oplossingen mogelijk zijn, af te wijken van de reguliere beslisregels en specifiek op een gebied afgestemde afwegingen te maken.

– Bijzondere omstandigheden

Voor geluid, trillingen en voor geur van veehouderijen zijn standaardwaarden opgenomen voor immissies op gevoelige gebouwen en locaties. Voor zover de standaardwaarden niet leiden tot het gewenste evenwicht tussen het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving in een gebied, kan de gemeente hogere of lagere waarden stellen. De mogelijkheid om hogere waarden te stellen voor geluid, trillingen en geur is begrensd met grenswaarden, die het basisbeschermingsniveau aangeven. Het afwijken van de standaardwaarden vereist een deugdelijke motivering in het omgevingsplan waarbij moet worden aangegeven waarom een hogere of lagere waarde dan de standaardwaarde gerechtvaardigd is; bijvoorbeeld bij eventuele cumulatie. Bij sommige grenswaarden is in het Bkl de mogelijkheid opgenomen om bij omgevingsplan de grenswaarde te overschrijden. Deze toegestane afwijking van het basisbeschermingsniveau is een inherente bestuurlijke afwijkingsmogelijkheid.

Van deze mogelijkheid kan gebruik worden gemaakt indien sprake is van zwaarwegende economische belangen (bijvoorbeeld werkgelegenheid) of zwaarwegende andere maatschappelijke belangen (bijvoorbeeld maatschappelijke voorzieningen) dit rechtvaardigen.¹² Evenals bij het afwijken van de standaardimmissiewaarde geldt dat het basisbeschermingsniveau het in onderlinge samenhang realiseren van de doelen van de wet (beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving) belemmert. Het Bkl noemt een aantal voorbeelden waarin dergelijke belemmeringen zich voordoen: bijvoorbeeld wanneer een ontwikkeling per saldo leidt tot een hogere en duurzamere kwaliteit van de fysieke leefomgeving, maar leidt tot een slechtere omgevingskwaliteit op één of meer aspecten (trillingen, geur). Ook kan een hogere belasting van de fysieke leefomgeving op één of meer aspecten (trilling, geur) in de weg staan aan een in hoge mate gewenste ruimtelijke ontwikkeling.

Het afwijken van het basisbeschermingsniveau in het omgevingsplan vergt volgens het Bkl een indringende inhoudelijke motivering. In het licht van het zorgvuldig-

¹² Dit geldt voor de grenswaarden voor trillingen (art. 5.89 Bkl), geur van rioolwaterzuiveringsinstallaties (art. 5.102 Bkl), geur door het houden van landbouwhuisdieren (art. 5.117 Bkl) en geluidimmissie (art. 5.78aa Bkl). In sommige gevallen is er de mogelijkheid om in specifiek geclausuleerde gevallen van grenswaarden af te wijken. Dit geldt voor geluidimmissie (art. 5.78 v, 5.78w, 5.78x en 5.78y Bkl) en geur (art. 5.101, art. 5.127 Bkl).

heidsbeginsel en het motiveringsbeginsel moet aandacht worden besteed aan de volgende aspecten. Ten eerste moet worden gemotiveerd dat er met het afwijken van het basisbeschermingsniveau sprake is van een gerechtvaardigd doel met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, gelet op het doel van de instructieregels in hoofdstuk 5 Bkl (art. 5.1 Bkl). Duidelijk zal moeten worden gemotiveerd hoe de belangenafweging ten nadele van het te beschermen belang van trilling en geur in het kader van de bescherming van de gezondheid en het milieu en ten gunste van een ander belang ex artikel 1.3 Ow in het kader van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties is gemaakt. Daarbij moet worden ingegaan op het zwaarwegende economische of andere maatschappelijke belang dat aan de orde is en hoe dat belang een afwijking van het basisbeschermingsniveau rechtvaardigt. Ten tweede moet worden aangegeven of het afwijken van het basisbeschermingsniveau doelmatig en doeltreffend is om het beoogde doel te bereiken. Ten derde moet een evenredigheids- en proportionaliteitsafweging worden gemaakt waaruit blijkt of de afwijking van het basisbeschermingsniveau in redelijke verhouding staat tot het doel. Ten vierde moet worden beoordeeld of de afwijking van het basisbeschermingsniveau noodzakelijk is; zijn er bijvoorbeeld reële alternatieven, zijn er minder vergaande oplossingen mogelijk en is compensatie of monitoring nodig? Ten slotte moet worden beoordeeld of er voldoende maatschappelijk draagvlak aanwezig is voor de afwijking van het beschermingsniveau.¹³

– Voormalige bedrijfswoningen

De meest vergaande en meest specifieke vorm van maatwerk is de in het Bkl opgenomen regeling voor voormalige bedrijfswoningen.¹⁴ Het Bkl voorziet in de mogelijkheid dat in het omgevingsplan kan worden bepaald dat de normen voor geur (art. 5.96 Bkl), geluid (art. 5.62 Bkl) en trillingen (art. 5.85 Bkl) niet van toepassing zijn op woningen die eerder functioneel verbonden waren met activiteiten in de agrarische sector, zuiveringstechnische werken, bedrijventerreinen of de horecasector. Voor één of meer van de genoemde aspecten is het dus mogelijk om de gehele bescherming tegen hinder van de (voormalig) bijbehorende activiteit uit te schakelen. De regering acht de mogelijkheid van deze uitzondering aanvaardbaar omdat mensen er bewust voor kiezen op het platteland of op het bedrijventerrein te wonen. Niettemin brengt een evenwichtige toedeling van functies aan locaties met zich mee dat alle belangen moeten worden afgewogen met het oog op een van de doelen van de wet, namelijk het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit.¹⁵

– Afwijken van omgevingswaarden

Het Bkl biedt de mogelijkheid van de verplicht voorgeschreven nationale omgevingswaarden (art. 2.15 Ow) voor luchtkwaliteit (art. 2.1a lid 3 Bkl) afwijkende (strenge) of aanvullende omgevingswaarden (andere parameters zoals roet in de lucht of plastic in water) in het omgevingsplan op te nemen. De reden daarvoor is dat het

¹³ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 322-324.

¹⁴ Vgl. Bregman 2017.

¹⁵ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 246.

Rijk decentrale bestuursorganen niet wil verbieden een hoger kwaliteitsniveau na te streven dan het Europees en nationaal voorgeschreven niveau. Deze bestuurlijke afwijkingsmogelijkheid geeft decentrale overheden extra ruimte bepaalde lokale of regionale kwaliteitsambities na te streven. Wel wordt in genoemde artikelen voorgeschreven dat bij de vaststelling van strengere of afwijkende omgevingswaarden de economische effecten moeten worden betrokken.¹⁶

3.2.3 Ontheffing

Bij een nationale of provinciale instructieregel kan op grond van artikel 2.32 Ow worden bepaald dat op verzoek van een bestuursorgaan van i.c. het college van burgemeester en wethouders ontheffing kan worden verleend door de minister respectievelijk Gedeputeerde Staten. Volgens lid 5 kan een ontheffing alleen worden verleend in situaties waarbij de uitoefening van de taak of bevoegdheid waarvoor ontheffing wordt gevraagd onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot met die regel te dienen belangen. Volgens artikel 2.32 Ow komt in beginsel iedere instructieregel in aanmerking voor de mogelijkheid tot ontheffing en bij de inhoudelijke beoordeling van een ontheffingsverzoek behoeft alleen de evenredigheidsstoets te worden verricht.

In vergelijking met de ontheffingsmogelijkheid in de Wro is sprake van een verruiming, aangezien de instructieregels in de Ow en daarmee ook de mogelijkheid tot ontheffing niet meer zijn beperkt tot alleen ruimtelijke belangen. Verder vereist de Wro (art. 4.1a en 4.3a) voor de inhoudelijke beoordeling van een ontheffingsverzoek dat de onevenredige belemmering wordt veroorzaakt door bijzondere omstandigheden.¹⁷ In de Ow is dit criterium geschrapt zodat de ontheffingsmogelijkheid voortaan ook kan worden toegepast in gevallen die in zijn algemeenheid voorzienbaar zijn, maar in het specifieke geval niet. Met het schrappen van dit criterium wordt beoogd meer ruimte te scheppen voor een integrale afweging in het concrete geval van alle aspecten op het terrein van de fysieke leefomgeving.¹⁸ In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het niet bij alle regels wenselijk is dat daarvan ontheffing kan worden verleend. Wanneer een ontheffing van de regel zou kunnen leiden tot strijd met internationale verplichtingen, bijvoorbeeld de EU-richtlijnen, wordt een ontheffingsmogelijkheid onwenselijk geacht. Ook kan een ontheffingsmogelijkheid onwenselijk zijn uit oogpunt van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid. Voorts wordt aangegeven dat ontheffing van instructieregels die in zichzelf al voldoende afwegingsruimte bieden en van instructieregels over de inhoud van een op te stellen programma, onwenselijk is.¹⁹

De beoordeling van een aanvraag voor een ontheffingsbesluit vormt een nader afwegingsmoment, waarbij de minister in het concrete geval moet bezien of het belang van de beoogde ontwikkeling prevaleert boven het belang dat wordt beschermd

¹⁶ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 223.

¹⁷ Nijmeijer 2016.

¹⁸ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 397.

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 436.

door de instructieregel. Van een onevenredige belemmering kan geen sprake zijn als het verlenen van de ontheffing zou leiden tot strijd met internationale verplichtingen. De ontheffing wordt voor de mogelijkheid van beroep geacht deel uit te maken van het besluit waarvoor de ontheffing is verleend. Voor de beroepsmogelijkheid en de bevoegde rechter volgt de verleende ontheffing derhalve de regeling van het besluit waarvoor ontheffing is verleend (art. 16.85 Ow). Tegen een besluit tot weigering van een ontheffing staat in principe bezwaar en beroep open. Hierop gelden twee uitzonderingen. Wanneer tegen het besluit waarvoor ontheffing is verleend geen bezwaar kan worden gemaakt, kan ook geen bezwaar tegen de ontheffing worden gemaakt (Bijlage 1 Awb). Indien tegen het besluit waarvoor ontheffing is verleend alleen in eerste enige aanleg beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) openstaat, kan geen bezwaar tegen de ontheffing worden gemaakt (art. 2 Bijlage 2 Awb).

Ontheffing in Bkl

In artikel 5.166 Bkl is bepaald dat de minister op verzoek van burgemeester en wethouders ontheffing kan verlenen van instructieregels over de inhoud van het omgevingsplan in hoofdstuk 5. Niet van alle regels in hoofdstuk 5 kan ontheffing worden verleend; in artikel 5.166 Bkl worden de instructieregels vermeld waarvan de minister ontheffing kan verlenen.²⁰

Zoals beschreven is, wordt in de Ow de eis gesteld dat een ontheffing van een instructieregel alleen kan worden verleend in de gevallen waarin de voorgenomen inhoud van een omgevingsplan of afwijking daarvan onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot met die regel te dienen belangen. Het belang dat met de instructieregel wordt gediend c.q. het oogmerk van de regel die betrekking heeft op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, kan worden afgeleid uit de paragraafaanduidingen in hoofdstuk 5 van het Bkl.

In de meeste gevallen waarin is voorzien in een ontheffingsmogelijkheid is sprake van specifieke rijkstaken (bijvoorbeeld op het gebied van hoofdinfrastructuur) met daaruit voortvloeiende specifieke belangen waar in de instructieregels zelf geen of zeer beperkte afwegingsruimte is opgenomen. De regering acht het niet wenselijk de belangenafweging bij die specifieke taken over te laten aan het bestuursorgaan waartoe de instructieregel is gericht. Voor de instructieregels waarvan op voorhand vaststaat dat een ontheffing zou leiden tot strijd met het internationaal recht, zoals bij instructieregels over cultureel erfgoed en over werelderfgoed, is geen ontheffingsmogelijkheid opgenomen. Evenmin is bij een aantal instructieregels uit overwegingen van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid geen ontheffingsmogelijkheid opgesteld, bijvoorbeeld bij instructieregels over geluid.

²⁰ Van sommige instructieregels over primaire waterkeringen, kust, behoud vrije horizon, het behoud van ruimte voor toekomstige functies, behoeften van de staat en werking van infrastructuur of voorzieningen voor nadelige gevolgen van activiteiten en het voorkomen van belemmeringen, gebruik en beheer hoofdspoorweginfrastructuur en rijkswegen.

Ook is onderzocht of in aanvulling op de bestuurlijke afwegingsruimte in de instructieregel zelf, een ontheffing nog gewenst is; bij de instructieregels over geluid en externe veiligheid was dit niet het geval. Indien de beslisruimte al aan 'de voorkant' in de instructieregel zelf, zo ruim mogelijk is gemaakt, inclusief uitzonderingen en extra ruimte voor bijzondere gevallen, is het niet wenselijk om daarnaast nog aan 'de achterkant' via een ontheffing extra beslisruimte toe te kennen. Bovendien zou volgens de regering een ontheffingsmogelijkheid in die gevallen leiden tot onduidelijkheden over de reikwijdte van het belang dat de instructieregels beogen te beschermen. Bij deze instructieregels heeft aan de voorkant immers een algemene belangenafweging plaatsgevonden over de resterende beslisruimte voor bestuursorganen. Het toekennen van extra beslisruimte in de vorm van een bestuurlijke ontheffing aan een ander bestuursorgaan dat daarop aanvullend een belangenafweging dient te maken vanuit een bepaald concreet aspect, zou leiden tot onduidelijkheden over het belang dat de instructieregel beoogt te beschermen.²¹

Bij de instructieregels over het omgevingsplan is de regering terughoudend geweest met het opnemen van een ontheffingsbevoegdheid; met name bij specifieke rijkstaken is een ontheffingsmogelijkheid bij wijze van 'noodventiel' noodzakelijk geacht. Het is de vraag in hoeverre provincies bereid zullen zijn de afwegingsruimte voor bijzondere gevallen in de instructieregel op te nemen en de belangenafweging daarmee over te laten aan gemeenten dan wel in plaats daarvan een ontheffingsmogelijkheid op te nemen. Veelvuldig gebruik van ontheffingsmogelijkheden in instructieregels staat op gespannen voet met de decentralisatiegedachte en leidt tot onnodige bestuurlijke lasten. Zoals eerder opgemerkt bevat artikel 2.32 Ow weinig restricties voor het opnemen van een ontheffingsmogelijkheid.

3.3 Algemene rijksregels over activiteiten

Paradigmawisseling

Een belangrijk uitgangspunt bij de stelselherziening is het terugdringen van de veelheid aan uitvoeringsregelgeving op rijks- en decentraal niveau met gedetailleerde regels en vergunningplichten. Juist deze specifieke uitvoeringsregels onder het huidige recht veroorzaken knelpunten bij initiatieven en leiden bij gebiedsontwikkelingen tot een samenloop van regelgeving die slecht uitvoerbaar is.²² Vanuit de eerdergenoemde paradigmawisseling en de daarbij veronderstelde cyclische benadering van het recht wordt onder het nieuwe stelsel daarom meer de nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van gebruikers en initiatiefnemers in de fysieke leefomgeving.

Onder het nieuwe stelsel vormt de algemene wettelijke zorgplicht het vertrekpunt voor het uitvoeren van activiteiten (art. 1.6 en 1.7a Ow). Iedereen die activiteiten uitvoert of laat uitvoeren is in beginsel vrij te bepalen welke mate van zorg hij of zij voldoende acht. Waar in aanvulling op de algemene zorgplicht een nadere inkadering

²¹ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 397-398.

²² Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 6 en 14.

door de overheid nodig wordt geacht, is het de bedoeling dat dit zo veel mogelijk gebeurt zonder het vereiste van voorafgaande toestemming door de overheid in de vorm van algemene regels zonder vergunningplicht. Zo nodig wordt in die algemene regels het vereiste van een melding van de voorgenomen activiteit opgenomen. Wanneer in voorkomende gevallen voorafgaande toestemming van de overheid nodig is, verloopt dit via een omgevingsvergunning.

De mogelijkheid om op rijksniveau algemene regels in te zetten voor het reguleren van activiteiten wordt in belangrijke mate bepaald door de gewenste mate van uniformiteit. Naarmate sprake is van in de praktijk vaak voorkomende situaties en gelijke omstandigheden van de initiatiefnemers is meer uniforme regelgeving aangewezen. Bij complexe gevallen die maatoplossingen vereisen waarvoor nadere afwegingen noodzakelijk zijn, ligt het opnemen van een vergunningvereiste meer in de rede dan het stellen van een algemene regel. Daarnaast kan het vanuit het landelijk niveau wenselijk zijn om uniforme regels te stellen uit het oogpunt van een gelijk speelveld voor bedrijven (bijvoorbeeld de stand der techniek bij milieubelastende activiteiten) of een gelijk beschermingsniveau voor burgers (bijvoorbeeld constructieve eisen aan bouwwerken).²³

Omgevingswet

Of en welke regels vanuit welk doel, subdoel of oogmerk aan een activiteit in het omgevingsplan worden gesteld staat primair ter beoordeling aan de gemeente. Vanuit nationaal of provinciaal belang dan wel vanuit een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden of voor de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting kunnen het Rijk en de provincies algemene regels stellen over de fysieke leefomgeving (art. 2.3 Ow). Wij beperken ons hier weliswaar tot de regels van het Rijk, maar het is goed zich te realiseren dat via provinciale en waterschapsverordeningen nog meer regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving zullen gaan gelden (art. 4.1 Ow).

In artikel 4.3 Ow is aangegeven over welke activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving het Rijk regels bij AMvB moet (lid 1 en 2) of mag (lid 3) stellen. Activiteiten waarvoor het Rijk regels móet stellen zijn onder meer bouwactiviteiten, milieubelastende activiteiten, wateractiviteiten en flora- en fauna-activiteiten. Activiteiten waarvoor het Rijk regels mág stellen zijn onder meer ontgrondingsactiviteiten en stortingsactiviteiten op zee. Naar aanleiding van het advies van de Raad zijn in paragraaf 4.3.2 van de wet voor de activiteiten waarvoor rijksregels moeten worden gesteld, inhoudelijke beschrijvingen van de oogmerken opgenomen en soms beschrijvingen waartoe de regels in ieder geval moeten strekken.

Voor bijvoorbeeld milieubelastende activiteiten bepaalt artikel 4.22 lid 1 Ow dat regels over milieubelastende activiteiten worden gesteld met het oog op het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid en het beschermen van

²³ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 39-40.

het milieu waaronder het verbeteren van de kwaliteit van in dat lid genoemde aspecten van de fysieke leefomgeving. In lid 2 wordt beschreven waartoe de regels in ieder geval dienen te strekken; onder meer dat alle preventieve maatregelen tegen verontreiniging worden getroffen. In artikel 4.20 Ow worden alle toepasselijke internationaalrechtelijke verplichtingen opgesomd waaraan uitvoering moet worden gegeven bij het stellen van rijksregels voor de betreffende activiteiten.

Over activiteiten die niet onder een van de genoemde twee categorieën van artikel 4.3 Ow vallen, mag het Rijk geen regels stellen. Voor de overige activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving dan wel voor de betreffende activiteiten vanuit een ander oogmerk, zijn de decentrale overheden bevoegd om regels te stellen in een omgevingsplan, omgevingsverordening of waterschapsverordening.

Algemene rijksregels in het Bal en Bbl

Het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) richten zich tot eenieder die in de fysieke leefomgeving een activiteit verricht of wil verrichten. Voor de activiteiten bouwen, slopen, gebruiken en in stand houden van bouwwerken zijn de algemene rijksregels in het Bbl opgenomen. Het Bal bevat de overige algemene rijksregels waarvan de milieubelastende activiteiten het grootste deel vormen. De basisfilosofie van beide AMvB's is dat de gebruiker of initiatiefnemer een grote mate van zelfverantwoordelijkheid draagt bij de ontwikkeling en het beheer van de fysieke leefomgeving.

In het Bal zijn regels opgenomen over activiteiten voor onder meer de bescherming van het milieu, flora-en fauna-activiteiten, Natura 2000-activiteiten, waterstaatswerken, de Noordzee, Rijkswegen, spoorwegen, luchthavens en cultureel- en werelderfgoed. De algemene rijksmilieuregels maken het grootste deel uit van het besluit en bevatten technische, locatieonafhankelijke eisen en gaan in hoofdzaak over de emissies (milieueffect vanuit het bedrijf) naar water, lucht en bodem. Voor activiteiten waarvan de milieugevolgen slechts een beperkt lokaal effect hebben waarin het Bal ook niet in voorziet, kunnen regels (emissienormen) daarover worden opgenomen in het omgevingsplan. In artikel 2.2 Bal worden de oogmerken van artikel 4.22 Ow herhaald waarvoor regels over milieubelastende activiteiten moeten worden gesteld.

Het vertrekpunt van de regels over milieubelastende activiteiten is een specifieke zorgplicht die is opgenomen in artikel 2.11 Bal waaraan iedereen die een milieubelastende activiteit verricht, moet voldoen. Vervolgens zijn in hoofdstuk 3 verschillende milieubelastende activiteiten aangewezen en is bepaald welke daarvan vergunningplichtig zijn. In hoofdstuk 3 tot en met 5 zijn inhoudelijke regels gesteld die van toepassing kunnen zijn op zowel de vergunningplichtige als de niet-vergunningplichtige milieubelastende activiteiten. De noodzaak voor een vergunningplicht vloeit voornamelijk voort uit internationaalrechtelijke verplichtingen of uit de gevallen vanwege mogelijk ingrijpende milieugevolgen waarin niet kan worden volstaan met algemene regels en de regels specifiek op de activiteit moeten worden afgestemd. Voor zover de betreffende activiteit niet als vergunningplichtig is aangemerkt wordt in hoofdstuk 4 aangegeven of voor de betreffende activiteit eventueel een meldplicht geldt.

Het Bbl bevat regels over bouwwerken met betrekking tot bestaande bouw, nieuwbouw, verbouw, gebruik en bouw- en sloopwerkzaamheden. Hoofdstuk 2 bevat een afbakening van de vergunningplichten voor bouwactiviteiten waarna regels voor de genoemde onderwerpen per hoofdstuk zijn opgenomen. De hoofdstukken bevatten oogmerken, enkele specifieke zorgplichten en inhoudelijke regels over de genoemde onderwerpen.

3.4 Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden van algemene rijksregels

Een nadeel van algemene regels zonder vergunningplicht kan zijn dat deze in specifieke situaties onvoldoende duidelijk zijn, niet leiden tot het gewenste niveau van bescherming van de fysieke leefomgeving of onnodig beperkend zijn voor de initiatiefnemer. In die gevallen kan het wenselijk zijn te voorzien in de mogelijkheid de algemene regels nader in te vullen, aan te vullen of ervan af te wijken. De regering heeft er niet voor gekozen te voorzien in een algemene mogelijkheid voor het bevoegd gezag om algemeen of per geval nadere of afwijkende regels te stellen. Een dergelijke mogelijkheid zou ten koste gaan van de duidelijkheid van de door de algemene regel te beschermen belangen en risico's inhouden voor het beschermingsniveau.²⁴

Omgevingswet

De Ow biedt de mogelijkheid in de algemene rijksregels te bepalen dat over daarbij aangewezen onderwerpen in het omgevingsplan maatwerkregels (art. 4.6 lid 3 Ow) of bij beschikking maatwerkvoorschriften (art. 4.5 lid 1 Ow) kunnen worden gesteld. De in paragraaf 3.3 genoemde inhoudelijke kaders die van toepassing zijn bij het stellen van algemene rijksregels (par. 4.3.2 Ow) zijn ook kaderstellend voor de maatwerkregels en maatwerkvoorschriften. Dit betekent dat de mogelijkheid tot het opnemen van deze bestuurlijke afwijkingsbevoegdheden inhoudelijk is begrensd tot de oogmerken waarvoor en de strekking waartoe de rijksregels zijn gesteld. Het kan gaan om een invulling of aanvulling van de algemene regels, maar ook om afwijkingen van die regels voor zover dat bij die regels is bepaald (art. 4.6 lid 3 en 4.5 lid 2 Ow). In de algemene regels kan daarbij worden bepaald in welke mate (hoger of lager beschermingsniveau) of hoe lang kan worden afgeweken.

Maatwerkregels worden door de gemeenteraad vastgesteld in het omgevingsplan, behoeven een deugdelijke motivering, volgen de voorbereidingsprocedure van het plan en genieten dezelfde rechtsbescherming tegen het plan (afdeling 3.4 Awb). Voor het vaststellen van maatwerkvoorschriften is het college van burgemeester en wethouders aangewezen als het bevoegd gezag tenzij elders in de Ow anders is bepaald (art. 4.9 Ow). Maatwerkvoorschriften worden voorbereid met de reguliere procedure van afdeling 4.1.2. Awb tenzij het bevoegd gezag in een concreet geval besluit afdeling 3.4 Awb toe te passen.

²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 144-145.

3.4.1 Maatwerkmogelijkheden in het Bal

Maatwerkregels

In vergelijking met het huidige recht wordt de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels en maatwerkvoorschriften in het Bal ruim geboden; ook bij activiteiten waar deze mogelijkheid nu niet of slechts beperkt aanwezig is, wordt de mogelijkheid tot maatwerk geboden. In de nota van toelichting wordt aangegeven dat een belangrijke reden om maatwerkmogelijkheden ruim te bieden, voortkomt uit de wenselijkheid gemeenten de mogelijkheid te bieden de regels op de specifieke situatie toe te spitsen.²⁵

In paragraaf 3.3 hebben we geconstateerd dat de algemene rijksmilieuregels in het Bal in hoofdzaak gaan over emissies (milieueffect vanuit het bedrijf) naar water, lucht en bodem. Deze algemene rijksmilieuregels zijn landelijke locatieafhankelijke milieuregels waardoor het mogelijk is dat zich op lokaal niveau een ongewenste cumulatie van milieugevolgen van door de rijksregels toegestane activiteiten kan voordoen die tot een overschrijding leidt van de gewenste kwaliteit van de leefomgeving in het omgevingsplan. Zoals we hebben gezien bevat het Bkl instructieregels over immissienormen (milieueffect op de woning) over geluid, trilling, geur, bodem en externe veiligheid die locatieafhankelijk zijn, waarover regels in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Voorts kunnen in een omgevingsplan specifieke eisen aan de kwaliteit van de leefomgeving zijn verbonden in verband met een bestaande slechte lokale omgevingskwaliteit of kan het plan bijzondere ambities bevatten in de vorm van omgevingswaarden of andere doelstellingen. Mede met het oog hierop voorzien de regels over milieubelastende activiteiten in het Bal in ruime mogelijkheden tot het stellen van maatwerkregels in het omgevingsplan. Door het stellen van maatwerkregels in het omgevingsplan kunnen in het betreffende gebied strengere regels gelden dan in het Bal, waarmee de nadelige gevolgen van cumulatie kunnen worden tegengegaan.²⁶

Artikel 2.12 lid 1 Bal bepaalt in z'n algemeenheid dat over de hoofdstukken 3 tot en met 5 (zie par. 3.3.2) maatwerkregels kunnen worden gesteld met uitzondering van (lozings)activiteiten op een oppervlaktewaterlichaam of op een zuiveringstechnisch werk.

Lid 2 bepaalt dat met een maatwerkregel van de regels in de genoemde hoofdstukken kan worden afgeweken, tenzij anders is bepaald.²⁷ Afwijken betekent hier dat andere eisen (strenger of soepeler) worden gesteld aan belangen waarover in het Besluit expliciet regels zijn gesteld.

²⁵ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 537.

²⁶ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 50.

²⁷ Deze mogelijkheid is in het Bal op enkele plaatsen opgenomen en betreft veelal de provinciale omgevingsverordening.

Volgens lid 3 moeten bij het stellen van maatwerkregels de belangen uit artikel 2.2 Bal in acht worden genomen. Deze belangen zijn de oogmerken waartoe de algemene rijksregels over milieubelastende activiteiten in het Bal zijn vastgesteld en vormen een nadere uitwerking van de oogmerken in artikel 4.22 lid 1 Ow; de strekking van de algemene regels genoemd in lid 2 moeten ook in acht worden genomen.

Maatwerkvoorschriften

Onder vrijwel dezelfde condities maakt het Bal het in artikel 2.13 in lid 1 en 2 mogelijk om maatwerkvoorschriften of vergunningvoorschriften te stellen aan en af te wijken van de hoofdstukken 3 tot en met 5. Met dien verstande dat bij het stellen van maatwerkvoorschriften niet wordt verwezen naar de belangen genoemd in artikel 2.2 Bal, maar naar de beoordelingsregels voor vergunningen voor milieubelastende activiteiten en met name genoemde bepalingen over vergunningvoorschriften. Voor de beoordelingsregels over milieubelastende activiteiten in het Bkl zijn de oogmerken en de strekking waaraan die regels moeten voldoen, opgenomen in artikel 5.26 Ow.

Keuze tussen maatwerkregels of maatwerkvoorschriften

De keuze tussen het stellen van maatwerkregels of maatwerkvoorschriften wordt overgelaten aan de decentrale overheden. Het Bal bevat geen regels die een bepaalde keuze afdwingen. Waarbij geldt dat maatwerkregels met name proactief en gebiedsgericht zullen worden toegepast en maatwerkvoorschriften reactief en specifiek gericht op een activiteit zullen worden ingezet. Voor zover beide mogelijk zijn, gaat de voorkeur van de wetgever uit naar een maatwerkregel gelet op het proactieve karakter en het politiek primaat, maar hij laat de keus nadrukkelijk over aan het decentraal bestuur.²⁸

Voorts geldt zowel voor maatwerkregels als voor maatwerkvoorschriften dat de mogelijkheden voor maatwerk beperkt kunnen zijn als gevolg van Europees- en internationaalrechtelijke verplichtingen. In de nota van toelichting wordt daarover opgemerkt dat geen maatwerk mogelijk is gemaakt waar verdragen of besluiten zelf ook geen afwijking toestaan.²⁹ In de gevallen waarin EU-richtlijnen alleen minimumvereisten bevatten en ruimte laten om zo nodig strengere voorschriften te stellen, is dat in het Bal bij de inhoudelijke bepaling steeds expliciet vermeld. Zo is bijvoorbeeld in artikel 4.8 Bal aangegeven dat maatwerk bij de algemene regels over het exploiteren van een Seveso-inrichting (Seveso-richtlijn) alleen aanvullende maatregelen bevat. Een minder strenge maatregel dan voorgeschreven, kan dus niet met een maatwerkvoorschrift of maatwerkregel worden geregeld.

²⁸ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 541-542.

²⁹ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 541.

3.4.2 Maatwerkmogelijkheden in het Bbl

Maatwerkregels

In het Bbl is daarentegen de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels en maatwerkvoorschriften zeer beperkt open gezet. Het Bbl bevat voornamelijk regels over veiligheid, gezondheid en duurzaamheid bij (ver)bouwen, gebruiken en slopen van bouwwerken. De normering van deze onderwerpen bestaat voornamelijk uit technische eisen die van toepassing zijn op individuele bouwwerken. De mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels is in het Bbl beperkt opengesteld, omdat volgens de regering maatwerkregels alleen functioneel zouden zijn voor onderwerpen met een gebiedsgerichte component. In het omgevingsplan kunnen gebieden of wijken worden aangewezen waar voor nieuwbouw strengere energiezuinigheidseisen gelden of strengere milieuprestatie-eisen aan de toe te passen bouwmaterialen. Ook kunnen in het omgevingsplan maatwerkregels worden opgenomen voor bepaalde eisen bij nieuwbouw en voor een versoepeling van bruikbaarheidseisen voor woonfuncties. Het is opmerkelijk dat de begrenzing van de maatwerkregels niet is beperkt tot de belangen genoemd in artikel 4.21 Ow, hoewel artikel 4.6 lid 2 Ow dit voorschrijft.³⁰

De VNG stelt in zijn inspraakreactie over het Invoeringsbesluit dat in verband met lokale duurzaamheidsdoelen in het kader van de energietransitie, circulair bouwen en overige aspecten in verband met het klimaat, verdergaande afwijkingen van het Bbl noodzakelijk zijn. Voor de realisering van deze doelen zouden via maatwerkregels strengere en mindere strenge eisen in het omgevingsplan en niet alleen per gebied of wijk, maar voor het gehele gemeentelijk grondgebied moeten kunnen worden opgenomen.³¹ Auteurs menen dat het antwoord op de vraag van welke eisen precies moet kunnen worden afgeweken geleet op de innovatieve en snelle ontwikkelingen op genoemde gebieden, moeilijk valt te overzien. Het zijn juist die ontwikkelingen die maken dat we de behoefte voelen om het uitputtende karakter van het Bbl ter discussie te stellen zodat er op decentraal niveau meer mogelijkheden zijn om daarvan af te wijken. Wij pleiten in dat licht voor een fundamentele aanpassing van het Bbl waarbij overeenkomstig de gevolgde systematiek in het Bal het uitputtende karakter aan het gehele besluit komt te ontvallen en waarbij op onderdelen wordt aangegeven waar het besluit wel uitputtend is bedoeld (bijvoorbeeld onderdelen over veiligheid van bouwwerken en de bescherming van de gezondheid).³²

Maatwerkvoorschriften

In het Bbl is anders dan bij het Bal de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften per hoofdstuk zo specifiek mogelijk open gezet.

³⁰ Een maatwerkregel kan worden gesteld over afdeling 4.5 en art. 4.149 en 4.159, met uitzondering van bepalingen over meet- of rekenmethoden (art. 4.7 maatwerkregel nieuwbouw). Zie ook art. 4.160 (maatwerkregel milieuprestatie) en 4.161 (maatwerkregel bruikbaarheid).

³¹ VNG, Reactie ontwerp-Invoeringsbesluit Omgevingswet, 28 januari 2019, p. 6.

³² Anders Moesker en De Haan 2019. Auteurs zijn tegen maatwerk in het bouwrecht.

Anders dan bij het Bal is in het Bbl expliciet bij ieder hoofdstuk aangegeven of en waar maatwerkmogelijkheden open staan. In de nota van toelichting wordt geconstateerd dat de landelijke uniformiteit van de bouwregelgeving sinds 1992 als een groot goed wordt beschouwd, vanwege de zekerheid die dit aan partijen geeft.³³ Het Bbl biedt daarom slechts beperkte mogelijkheden tot het stellen van maatwerkvoorschriften. Het is opmerkelijk dat ook de begrenzing van de maatwerkvoorschriften niet is beperkt tot de belangen genoemd in artikel 4.21 Ow, hoewel artikel 4.5 lid 1 Ow dit voorschrijft. In bijvoorbeeld het hoofdstuk over nieuwbouw worden weliswaar de oogmerken van artikel 4. 21 Ow in artikel 4.2 Bbl herhaald, maar vervolgens is het mogelijk bij maatwerkvoorschrift met het oog op andere belangen daarvan af te wijken voor zover de belangen in artikel 4.2 Bbl zich daartegen niet verzetten (art. 4.5 lid 5 Bbl).³⁴

3.4.3 De activerende functie van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel

Zowel in de nota van toelichting bij het Bal als die bij het Bbl merkt de regering op dat erkend moet worden dat zowel de regels in het Bal als in het Bbl in zeer uiteenlopende omstandigheden van toepassing zijn ten gevolge waarvan een aanpassing of aanvulling van de regels via maatwerkregels of maatwerkvoorschriften nodig kan zijn om tot de beste regel voor die situatie te komen. De beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid hebben vanuit die optiek niet alleen een beschermende functie (duidelijke en ondubbelzinnige regels) maar ook een activerende functie.³⁵ Laatstgenoemde functie houdt in dat van het bevoegd gezag een actieve houding wordt verwacht bij het realiseren van het doel en de strekking van de regels van het Bal en het Bbl. Dit leidt tot het toepassen van maatwerk om de regels goed te laten aansluiten bij de omstandigheden van het geval.³⁶ In die zin betoogt de regering dat met ruime maatwerkmogelijkheden geborgd kan worden dat de regels ook in een gevoelige situatie voldoen aan het oogmerk en de strekking van de wet.³⁷

3.5 Tussenbalans II: spanningsveld tussen specialiteit en integraliteit

De wetgever beoogt een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te bewerkstelligen in zowel beleid als regelgeving en besluitvorming. Het gaat daarbij niet meer om een optelsom van sectorale taken en bevoegdheden, maar om integrale omgevingszorg. Artikel 2.1 Ow bepaalt dat bij de uitoefening van taken en bevoegdheden rekening dient te worden gehouden met de samenhang van de

33 Stb. 2018, 291, Bbl, NvT, p. 180.

34 Zie tevens art. 6.5 lid 2 (maatwerkvoorschriften over het gebruik van bouwwerken), art. 7.5 lid 4 (maatwerkvoorschriften over bouw- en sloopwerkzaamheden), art. 7.31 lid 3 (maatwerkvoorschrift over mobiel breken van bouw- en sloopafval).

35 Damen 2013, p. 61-65.

36 Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 539; Stb. 2018, 291, Bbl, NvT, p. 178-179.

37 Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 544, Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 104. Vgl. Van den Broek 2015-2: 'In termen van koorddans: flexibiliteitsbepalingen bieden ruimte om de fysieke leefomgeving intensiever te benutten waar dat mogelijk is, en beter te beschermen waar dat gewenst is.'

relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en de rechtstreeks daarbij betrokken belangen.

Hetzelfde artikel bepaalt dat het mogelijk is de taak- en bevoegdheidsuitoefening te beperken tot bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de fysieke leefomgeving. Op basis hiervan is bij het opstellen van de rijksinstructieregels, de algemene rijksregels voor activiteiten en de toetsingskaders voor vergunningen gekozen voor een sectorale begrenzing van de regels. De reikwijdte van deze regels is beperkt door doelen, subdoelen en oogmerken.

Op gemeentelijk niveau wordt een integrale benadering van de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan verwacht. Artikel 2.4 Ow bepaalt dat voor het hele grondgebied één omgevingsplan wordt vastgesteld waarin de regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen. De sectoraal opgestelde rijksregels bieden met inachtneming van het beginsel van de minst belastende interventie enige ruimte voor een samenhangende benadering door zoveel mogelijk te voorzien in een vergroting van de bestuurlijke afwegingsruimte in de normering en te kiezen voor een zo licht mogelijke vorm van doorwerking van de regel. Met behulp van de metafoor van een mengpaneel laat de regering zien hoe onderlinge afstemming tussen de verschillende aspecten van de sectorale rijksregels kan worden bereikt. Deze voorzieningen zijn echter onvoldoende om in het omgevingsplan tot een goede samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te kunnen komen.

Dit heeft tot gevolg dat bestuurlijke afwijking van de sectorale rijksregels ten behoeve van een samenhangende integrale benadering noodzakelijk blijft. Daarbij is in de rijksregels niet gekozen voor een algemene bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid, maar voor bestuurlijke afwijking op maat.

Bij instructieregels wordt bestuurlijke afwijking beschouwd als uitzondering op het reguliere stelsel. Hoewel de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking van instructieregels in de Omgevingswet ruim zijn gesteld hebben ze in het Bkl beperkt toepassing gevonden. De ruime bevoegdheid in de Omgevingswet tot het opnemen van ontheffingen in instructieregels draagt het risico van een bonus op onzorgvuldige wetgeving in zich.

Bij de algemene rijksregels over activiteiten zonder vergunningplicht wordt bestuurlijke afwijking wel als onderdeel van het regulier stelsel beschouwd. Een potentieel nadeel van algemene regels is dat daarin in beginsel geen rekening kan worden gehouden met specifieke situaties, wat het opnemen van maatwerkmogelijkheden noodzakelijk maakt. Gelet op de activerende rol van de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel acht de regering het opnemen van ruime maatwerkmogelijkheden geboden. In het Bal is daarin voorzien, in het Bbl echter niet. Wij pleiten in dat verband voor een fundamentele aanpassing van het Bbl met het oog op de mogelijkheid om adequate regels in het omgevingsplan over duurzaamheidsaspecten te kunnen opnemen.

4 Omgevingsplan en mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking

Inleiding

Het zwaartepunt voor het vaststellen van algemeen verbindende regels over de fysieke leefomgeving ligt op het gemeentelijk niveau. Deze regels dienen te worden opgenomen in het omgevingsplan, waarmee dit instrument tot een van de belangrijkste kerninstrumenten van de Omgevingswet kan worden gerekend. De wetgever heeft met het oog op de doelen van artikel 1.3 Ow bepaald dat in het omgevingsplan regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen en daartoe in ieder geval regels behoren die nodig zijn met oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Gelet op de verbrede functie van het omgevingsplan ten opzichte van het bestemmingsplan zijn er naast het genoemde doel nog diverse andere (sub)doelen die van belang zijn voor de inhoud van het omgevingsplan. Het is van belang de verschillende doelen die van toepassing (kunnen) zijn voor de inhoud van het omgevingsplan te inventariseren, af te wegen en te coördineren met het oog op samenhangende regels in het omgevingsplan.

In dit hoofdstuk bespreken wij eerst de functie en de inhoud van het omgevingsplan, de doelenbenadering en de regulering van activiteiten in het omgevingsplan. Daarna behandelen wij de bestuurlijke afwijkmogelijkheden in het omgevingsplan en ten slotte de bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan zelf.

4.1 Functie en inhoud van het omgevingsplan

De gemeenteraad is verplicht één omgevingsplan voor het gehele gemeentelijk grondgebied vast te stellen waardoor het niet meer mogelijk is om verschillende op zichzelf staande omgevingsplannen vast te stellen, zoals bij bestemmingsplannen het geval is. Een omgevingsplan bevat regels over de gehele fysieke leefomgeving en heeft daarmee een breder toepassingsbereik dan het huidige bestemmingsplan dat alleen ziet op het aspect ruimtelijke ordening van de fysieke leefomgeving. Het omgevingsplan moet volgens artikel 2.1 Ow worden vastgesteld met het oog op de maatschappelijke doelen van artikel 1.3 Ow. Het bredere toepassingsbereik en de één-plan-gedachte dragen bij tot een samenhangende benadering van de verschillende onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving.

Naast een goede indeling, inrichting en benutting van de ruimte zal het omgevingsplan ook gericht moeten zijn op de ontwikkeling, de verbetering en het behoud van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving in brede zin. Dit betekent dat bij het opstellen van een omgevingsplan meer onderwerpen in samenhang moeten worden

betrokken dan bij een bestemmingsplan. Een brede afweging en coördinatie van aspecten en effecten op het gebied van ruimte, water, infrastructuur, gezondheid en milieu, natuur, cultuurhistorie en wonen is vereist.

Bronnen voor de inhoud van het omgevingsplan

Hieronder worden de bronnen die van betekenis zijn voor de inhoud van het omgevingsplan kort opgesomd. Uit deze bronnen worden de doelen gedestilleerd met het oog waarop in het omgevingsplan regels moeten worden opgenomen. De Omgevingswet vereist in ieder geval dat regels in het omgevingsplan moeten worden opgenomen die nodig zijn voor evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 2.1 lid 3 en art. 4.2 Ow),¹ daarbij rekening houdend met het belang van het beschermen van de gezondheid (art. 2.1 lid 4 Ow).

– Omgevingsvisie

De maatschappelijke doelen vinden hun eerste uitwerking bij het ontwikkelen van beleid over de fysieke leefomgeving. De instrumenten die zien op beleidsontwikkeling zijn de omgevingsvisie en het programma. Het gemeenschappelijk kenmerk van deze instrumenten is dat de beslissingen een indicatief karakter hebben en richtinggevend zijn voor de inzet van andere instrumenten.

Gemeenten zijn naast provincies en Rijk verplicht een omgevingsvisie vast te stellen met het oog op de doelen in artikel 1:3 Ow. De gemeenteraad stelt de omgevingsvisie vast. De verplichting om te volstaan met één omgevingsvisie voor het door de overheden bestreken grondgebied dwingt overheden tot het vaststellen van één kenbaar en integraal beleidsdocument met het gehele strategisch omgevingsbeleid. Daarmee vervangt de omgevingsvisie de huidige beleidsvisies over de verschillende onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving (ruimtelijke ordening, milieu, verkeer en vervoer, water, natuur, enzovoort) en vormt daardoor een belangrijk vertrekpunt voor een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving. Niet alleen de hoofdlijnen van de voorgenomen ontwikkeling van het grondgebied dienen in de omgevingsvisie te worden opgenomen zoals het geval is bij de verplichte structuurvisies krachtens de Wro, maar ook die van het gebruik, het beheer, de bescherming en het behoud van het grondgebied. De omgevingsvisie dient krachtens artikel 3.2 onder c Ow integraal beleid te bevatten voor de fysieke leefomgeving.

¹ Een evenwichtige toedeling van functies aan locaties wordt in het omgevingsplan bereikt door activiteiten onderling evenwichtig over locaties te reguleren. Evenwichtig reguleren van activiteiten, impliceert een locatiegerichte benadering waarbij de schaarse ruimte binnen de fysieke leefomgeving op een zo goed mogelijke wijze wordt verdeeld, ingericht en benut, *Kamerstukken II 2017/18*, 34 986, p. 59 (Invoeringswet). Volgens de regering mag een evenwichtige toedeling van functies aan locaties niet gelijk worden gesteld aan de norm van een goede ruimtelijke ordening, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3. p. 139. Groothuijse en De Vries menen echter dat deze nieuwe verplichte ruimtelijke afweging niet wezenlijk anders is dan de ruimtelijke afweging die bij de vaststelling van bestemmingsplannen moet worden gemaakt, Groothuijse en De Vries, 2019, p. 373.

De opgenomen beleidsdoelen in de omgevingsvisie vormen een samenhangende beleidsmatige basis voor de inzet van juridische, financiële of andere instrumenten. De Ow kent noch rechtstreeks, noch langs de doorwerking via andere instrumenten rechtsgevolgen toe aan een omgevingsvisie. Het is te verwachten dat in de rechtspraak aan een omgevingsvisie dezelfde juridische relevantie zal worden toegekend als aan een structuurvisie op grond van de Wro. Op grond van het motiverings- en vertrouwensbeginsel zal de gemeente bij de inzet van andere instrumenten rekening moeten houden met het eigen beleid dat is vastgelegd in de omgevingsvisie.

Voor de beleidsdoelstellingen in de nationale en provinciale omgevingsvisies geldt een dergelijke binding voor gemeenten niet. Gemeenten dienen op grond van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel – voor zover van belang – bij nadere besluitvorming aan te geven op welke wijze rekenschap is gegeven van de beleidsdoelstellingen in de nationale en provinciale omgevingsvisies. Rijk en provincies kunnen ervoor kiezen de doorwerking van nationale of provinciale beleidsdoelstellingen te verplichten door de inzet van instructies, instructieregels of algemene regels.

– Programma's

Naast de verplichte omgevingsvisie als integraal beleidsdocument waarin het gehele strategisch omgevingsbeleid is vastgelegd, bestaat de mogelijkheid om concreet op de uitvoering gericht beleid in programma's op te nemen. Programma's bevatten een nadere concretisering van het strategisch omgevingsbeleid voor bepaalde onderdelen of aspecten van de fysieke leefomgeving. Naast specifieke programma's voor sectorale doeleinden zoals riolering, luchtkwaliteit of water kunnen ook programma's worden vastgesteld voor gebiedsontwikkeling. Op grond van EU-recht zijn gemeenten, waterschappen, provincies en het Rijk verplicht programma's op te stellen voor onder meer water, natuur, lucht en geluid. Voor gemeenten geldt een bijzondere verplichting tot het opstellen van een programma bij een (dreigende) overschrijding van een omgevingswaarde.² Evenals bij een omgevingsvisie is het programma alleen bindend op grond van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel voor het bestuursorgaan dat het programma heeft vastgesteld.

– Gemeentelijke verordeningen

Alle regels in gemeentelijke verordeningen die betrekking hebben op activiteiten die de fysieke leefomgeving wijzigen, moeten in het omgevingsplan worden opgenomen.³ Verordeningen die betrekking hebben op activiteiten in de fysieke leefomgeving, maar de leefomgeving niet wijzigen, mogen naar het omgevingsplan worden verplaatst voor zover de regels geen betrekking hebben op de openbare orde, burgemeestersbevoegdheden of financiën (art. 2.7 Ow jo. art. 2.1 Ob). Gedacht kan worden aan specifieke regels over de fysieke leefomgeving in gemeentelijke verordeningen over bijvoorbeeld parkeerexcessen, het buitenzetten van huisvuilcontainers of het onderhoud van begraafplaatsen. Ter bevordering van de samenhangende

² Art. 3.10. lid 1 Ow; zie verder par. 4.2.1.

³ Kritisch Nijmeijer 2019-1.

benadering van de fysieke leefomgeving bevelen wij gemeenten aan zo veel mogelijk regels uit verordeningen over de fysieke leefomgeving te verplaatsen naar het omgevingsplan.

– Bkl en Bal

Zoals we in hoofdstuk 3 hebben beschreven, moeten gemeenten voldoen aan de instructieregels over de inhoud van het omgevingsplan uit de provinciale omgevingsverordening en uit de AMvB's. Voor zover expliciet is toegestaan, kunnen in het omgevingsplan maatwerkregels worden opgenomen die rechtstreeks werkende regels uit AMvB's, provinciale omgevingsverordeningen aanvullen of ervan afwijken.

4.2 Juridische doelen en de regulering van activiteiten in het omgevingsplan

Inleiding

Gelet op de in paragraaf 4.1 beschreven diversiteit aan bronnen die van betekenis zijn voor de inhoud van het omgevingsplan is het van belang vast te stellen met het oog op welke doelen (delen van) het omgevingsplan zal worden opgesteld. De gemeentelijk omgevingsvisie bevat weliswaar het integraal beleid op hoofdlijnen voor de fysieke leefomgeving, maar dit betekent niet dat de functie van het omgevingsplan is beperkt tot een zuivere juridische vertaling van de omgevingsvisie. In de eerste plaats is het mogelijk in het omgevingsplan aanvullende of andere doelen op te nemen en kan, mits goed gemotiveerd, van de opgenomen doelen in de omgevingsvisie worden afgeweken. Bovendien zullen de doelen die ten grondslag liggen aan de specifieke onderwerpen in de nationale en provinciale instructieregels, alsmede de doelen die ten grondslag liggen aan de gemeentelijke verordeningen niet allemaal zijn terug te vinden in de omgevingsvisie.

Doelen zijn de gecondenseerde redenen waarom de regels in het omgevingsplan worden opgenomen. Door de doelen expliciet te benoemen ontstaat inzicht in de consistentie van de verschillende doelen; dit biedt goede aanknopingspunten voor de structuur en inhoud van het omgevingsplan en het consequent inzetten van de bevoegdheden. Tegenstrijdigheden tussen doelen kunnen op die manier worden voorkomen. Overigens betekent dit niet dat doelen elkaar niet mogen overlappen. Het beschermen van het milieu zal bijvoorbeeld overlap hebben met het beschermen van de gezondheid en het tegengaan van klimaatverandering. Van belang is de aspecten met het oog op het doel zo concreet mogelijk in de betreffende regels te formuleren.

Het specialiteitsbeginsel heeft een duidelijke rol bij de totstandkoming van de wettelijke regeling ten aanzien van het omgevingsplan. Het specialiteitsbeginsel is samen met de rechtszekerheid de reden geweest voor het beperken van het toetsingskader van verschillende activiteiten tot de belangen genoemd in de wet, dan wel bij wettelijk voorschrift. Interessant in dit verband is wel om op te merken dat volgens Stoter het specialiteitsbeginsel de wetgever noopt tot het maken van drie stappen bij het opstellen van de wet, namelijk (1) welke publieke belangen met deze wet worden gediend, (2) onderlinge prioritering van betrokken belangen: aan welke

moet het meeste gewicht worden toegekend en (3) welke particuliere belangen een rol spelen en op welke wijze.⁴ Voor het omgevingsplan is vooral (2) de ‘onderlinge prioritering’ van belang. Het toekennen van een relatief gewicht aan verschillende beleidsdoelen wordt als een belangrijk element van het specialiteitsbeginsel gezien. Dat is in het kader van ‘samenhang’ en flexibiliteit aan de decentrale wetgever c.q. het bestuur overgelaten; deze samenhang moet onder andere in het omgevingsplan gestalte krijgen. Voor de decentrale wetgever ligt er dus een belangrijke taak om, bij het vaststellen van het omgevingsplan, een prioritering in beleidsdoelen aan te brengen en de prioritering zo mogelijk ook inzichtelijk te maken.

Inzicht in de structuur en de samenhang van doelen helpen gemeenten bij het voldoen aan artikel 2.1 lid 2 Ow, dat bestuursorganen verplicht bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden rekening te houden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving. Voorts zal de doelenbenadering de uitlegbaarheid, voorspelbaarheid en de verantwoording van de in het omgevingsplan opgenomen regels vergemakkelijken en kan het in die zin behulpzaam zijn bij de onderbouwing van de omgevingsplanregels. De doelenbenadering draagt ook bij aan het op een coherent en systematische wijze toepassen van beleid, dit speelt ook een rol bij de vraag of een maatregel geschikt is om het doel te bereiken, zoals volgt uit Europese jurisprudentie. In paragraaf 5.3 staan we nader stil bij het belang van consequent en stelselmatig beleid.

4.2.1 Juridische doelen in het omgevingsplan

Het is mogelijk en zelfs aan te bevelen om de doelen expliciet als regels in het omgevingsplan op te nemen. In een handreiking voor het opstellen van een omgevingsplan van de VNG waarin een mogelijke structuur voor de regels is opgenomen (hierna: ‘het Casco’), is hiervoor gekozen. Deze benaderingswijze is ook gevolgd bij de toepassing van instructieregels en algemene regels in de AMvB’s (Bkl, Bal en Bbl) en wordt eveneens aanbevolen in de handreikingen voor het opstellen van provinciale omgevingsverordeningen en waterschapsverordeningen.⁵

– Algemene doelen

In de inleiding hebben wij geconstateerd dat het bereiken van een eenduidige wets-systematiek een belangrijk uitgangspunt is van de stelselherziening van het Omgevingsrecht. Ook bij het opstellen van het omgevingsplan is het van belang te streven naar een zo eenduidig mogelijke regelsystematiek. Een heldere systematische ordening van de regels leidt tot een grotere kenbaarheid van het omgevingsplan. Regels hangen logisch met elkaar samen en er zijn minder regels nodig. Het opnemen van doelen in het omgevingsplan kan in belangrijke mate bijdragen aan een systematische ordening van samenhangende regels. Gelet op de beoogde samenhang in het omgevingsplan en de veelheid aan verschillende belangen die in het omgevingsplan moeten en mogen worden gereguleerd, bevelen wij derhalve aan concrete doelen in het omgevingsplan te formuleren. Hierdoor wordt duidelijk welke doelen door de

⁴ Stoter 2000, p. 161 en 323-333.

⁵ Zie <https://vng.nl/publicaties/het-casco-voor-het-omgevingsplan>.

gemeente met het omgevingsplan worden nagestreefd met het oog op de doelen van artikel 1:3 Ow en met welke redenen de regels in het plan worden gesteld.

Eerder hebben wij geconstateerd dat krachtens artikel 2.1 lid 3 Ow het omgevingsplan voor één of meer doelen voor zover van belang voor de brede maatschappelijke doelen specifieke regels mag stellen. Het is daarbij niet verplicht om uit te gaan van de in artikel 2.1 lid 3 Ow genoemde doelen; ook voor andere doelen, mits met het oog op artikel 1:3 Ow, mogen specifieke regels worden gesteld in het omgevingsplan. Indien het omgevingsplan echter helemaal niet aangeeft welke doelen met het oog op de doelen in artikel 1:3 Ow worden nagestreefd, gelden de maatschappelijke doelen onverkort. Bij de verschillende omgevingsplanregels zal dan moeten worden gemotiveerd hoe en op welke wijze de regels bijdragen aan de verwezenlijking van de maatschappelijke doelen van artikel 1:3 Ow. In ieder geval moet kunnen worden vastgesteld dat het omgevingsplan de regels bevat die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (artikel 4.2, lid 1 Ow). Daarbij moet kunnen worden aangetoond dat in ieder geval rekening is gehouden met het belang van het beschermen van de gezondheid (artikel 2.1, lid 4 Ow).

– Gebiedsdoelen

De toepasselijke doelen uit het derde lid of andere doelen in het omgevingsplan kunnen worden gecombineerd en geconcretiseerd in één doel of enkele specifieke doelen voor gebieden met het oog op bescherming en/of de benutting van de fysieke leefomgeving. Gelet op de inhoudelijke eisen die de Ow aan een omgevingsvisie stelt – beschrijving van de bestaande omgevingskwaliteit in hoofdlijnen, de voorgenomen ambities en de hoofdzaken van het integrale omgevingsbeleid – zullen de beleidsdoelen voor de verschillende delen van het gemeentelijk grondgebied daaruit kunnen worden afgeleid. Deze globale gebiedsdoelen kunnen in het omgevingsplan zodanig worden geconcretiseerd tot samenhangende doelen met specifieke kwaliteiten per gebied dat daarmee een concrete basis wordt gelegd voor het stellen van regels over activiteiten in het betreffende gebied, bijvoorbeeld voor herstructurerings- of transformatiegebieden.

– Specifieke doelen

Het is ook mogelijk de algemeen gerichte doelen in het omgevingsplan nader te concretiseren in samenhangende doelen per thema zoals energietransitie, gezondheid of duurzaamheid, al dan niet wijkgericht.

– Omgevingswaarden of andere doelstellingen

Naast de gebiedsgerichte en de specifieke doelen is het ook mogelijk om met omgevingswaarden de betekenis van de doelen in het omgevingsplan te specificeren door vast te leggen onder welke omstandigheden een bepaald doel is bereikt. Omgevingswaarden zijn bijzondere doelstellingen die de gewenste staat of kwaliteit van (een onderdeel van) de fysieke leefomgeving aangeven. Gedacht kan worden aan omgevingswaarden voor de bodem, verkeerscirculatie enzovoort.

De Ow verbindt aan het vaststellen van een omgevingswaarde twee rechtsgevolgen: een monitoringsplicht en een programmaplicht bij (dreigende) overschrijding van

de omgevingswaarde (art. 3.10 Ow). Daarvoor is het noodzakelijk dat een omgevingswaarde wordt uitgedrukt in eenheden of objectieve termen (art. 2.9 Ow). Evenals bij de andere doelstellingen krijgt een omgevingswaarde pas rechtstreekse werking indien in het omgevingsplan juridische regels zijn gesteld om die doelstelling te bereiken. Voor bepaalde aspecten van de fysieke leefomgeving zijn Rijk, provincie en gemeenten verplicht omgevingswaarden vast te stellen, voor andere aspecten kunnen naast het omgevingsplan, bij AMvB of provinciale omgevingsverordening, omgevingswaarden worden vastgesteld.⁶

Het vaststellen van omgevingswaarden past geheel in de beoogde paradigmawisseling waarin wordt gestreefd naar een beleidscyclus waarin de continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving centraal staat. Afgezien van de verplichte omgevingswaarden is het ook mogelijk omgevingsdoelen zonder omgevingswaarden vast te stellen voor andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Hiervoor kan bijvoorbeeld worden gekozen indien het niet mogelijk is om aan de doelstelling eenheden of objectieve termen te verbinden, zoals bij cultureel erfgoed. Voor deze doelstellingen geldt de monitoringsplicht en programmaplicht dan ook niet.

4.2.2 De regulering van activiteiten in het omgevingsplan

In de vorige paragraaf hebben we laten zien dat de doelen in het omgevingsplan (en specificaties daarvan per gebied of thema, in omgevingswaarden of andere doelstellingen) de grondslag vormen en richtinggevend zijn voor het stellen van regels over activiteiten in de zin van artikel 1.2 lid 3 Ow. Bij het reguleren van activiteiten in het omgevingsplan zullen niet bij iedere activiteit alle doelen steeds van belang zijn. In het kader van de rechtszekerheid is het van belang om bij de regels over de activiteiten in het omgevingsplan steeds uitdrukkelijk de belangen c.q. de oogmerken te vermelden, waaruit de redenen voor de gestelde regels (de te dienen belangen) duidelijk kunnen worden afgeleid. Oogmerken kunnen één of meer doelen of een uitwerking of begrenzing van de doelen in het omgevingsplan zijn. Oogmerken zijn derhalve de concrete belangen die de redenen weergeven van de regulering van een activiteit. De oogmerken van het omgevingsplan vormen de specialiteit van de bevoegdheid en zijn bepalend voor regels en de afwegingsruimte voor bevoegdheden in het omgevingsplan. Ook zijn oogmerken bepalend voor het beschermingsbereik (de relativiteit) van de concrete rechtsnormen.

Welke regels vanuit de oogmerken aan activiteiten in het omgevingsplan worden gesteld behoort tot de beleidsvrijheid van de gemeenteraad. Die beleidsvrijheid wordt ingeperkt door nationale en provinciale instructieregels. In veel gevallen bevatten rijksinstructieregels bestuurlijke afwegingsruimte waardoor gemeenten in staat worden gesteld in het omgevingsplan een nadere belangenafweging te maken met het oog op de lokale omstandigheden. In aanvulling daarop is in een aantal instructieregels bestuurlijke afwijkingsruimte opgenomen waarmee bij omgevingsplan

⁶ Gemeenten zijn verplicht omgevingswaarden voor geluidsproductie bij industrieterreinen vast te stellen (art. 2.11a). Voor het Rijk gelden verplichte omgevingswaarden voor de buitenlucht, water, waterkeringen en voor de provincie voor geluid.

van de betreffende regel kan worden afgeweken. In paragraaf 3.2 is de bestuurlijke afwijkingsruimte van de rijksinstructieregels over de inhoud van het omgevingsplan besproken.

Voorts wordt de beleidsvrijheid van de gemeente begrensd door rechtstreeks werkende rijksregels (en eventuele provinciale regels) over activiteiten. Over deze activiteiten mogen geen regels worden gesteld in het omgevingsplan, tenzij in de rijksregels bestuurlijke afwijkingsruimte is opgenomen waarmee via maatwerkregels in het omgevingsplan de betreffende rijksregel kan worden aangevuld of ervan kan worden afgeweken. Voor deze activiteiten zijn – in het kader van het specialiteitsbeginsel – dus al uitputtende en uniforme regels gesteld, bijvoorbeeld voor de technische bouwactiviteit. In paragraaf 3.4 is de bestuurlijke afwijkingsruimte van de algemene rijksregels besproken.

Wanneer de doelen, de activiteiten en de oogmerken voor het stellen van regels over die activiteiten vaststaan, moet worden bepaald of en op welke wijze de activiteiten worden gereguleerd. Concreet gaat het over de vraag of een regel geschikt is en zo ja welke soort het meest geschikt is om de betreffende activiteit te reguleren met het oog op de met de regel te dienen belangen. Uitgangspunt van het nieuwe wettelijke stelsel is het betrachten van terughoudendheid bij het stellen van regels aan activiteiten en zo veel mogelijk verantwoordelijkheid ten aanzien van de zorg voor de fysieke leefomgeving over te laten aan burgers en bedrijven.⁷ Voor zover regels aan activiteiten worden gesteld moet, volgens het stelsel van de wet, aan de initiatiefnemers en uitvoerders zo veel mogelijk speelruimte worden gelaten. De wetgever erkent echter dat het stellen van regels onvermijdelijk is om de door de overheid gestelde doelen voor de fysieke leefomgeving te bereiken en dat regels voorzien in de behoefte aan rechtszekerheid, een gelijk speelveld en een voorspelbare overheid. Bovendien geldt dat kwetsbare belangen goed kunnen worden beschermd door een heldere regeling. Geconstateerd wordt dat tussen beide behoeften een spanningsveld bestaat en dat met beide behoeften op een evenwichtige wijze moet worden omgegaan. Van belang is vanuit een noodzakelijkheidstoets te kiezen voor de lichtste soort regel die past bij het te beschermen belang.⁸ Uiteraard kunnen de regels uit een omgevingsplan in beroep aan de rechter worden voorgelegd, waarbij de rechter uiteindelijk zal toetsen of de regels in het omgevingsplan in overeenstemming zijn met de eisen die de wet daaraan stelt.

Van algemeen naar specifiek

Het vertrekpunt voor het reguleren van activiteiten vormt dan ook de algemene wettelijke zorgplicht zo nodig aangevuld met een specifieke zorgplicht in het omgevingsplan.⁹ Kenmerk van zorgplichten is dat geen concrete regels over de activiteit worden gesteld. Indien in aanvulling op de zorgplicht behoefte is aan concrete

7 Zie in par.3.3 de bedoeling van de wetgever om de veelheid aan uitvoeringsregelgeving op decentraal niveau met gedetailleerde regels en vergunningplichten zo veel mogelijk terug te dringen.

8 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 264.

9 Zie uitgebreid over de mogelijkheden van de zorgplicht, Tonnaer 2019.

voorwaarden waaraan een ieder die de activiteit uitvoert, moet voldoen, kunnen deze voorwaarden worden opgenomen in algemene rechtstreeks werkende regels. Aan een rechtstreeks werkende regel kan een informatieplicht of een meldplicht worden gekoppeld. Voor activiteiten die niet kunnen worden gereguleerd met alleen een zorgplicht of direct werkende regels worden vergunningplichten opgenomen. Een (omgevings)vergunningplicht is geschikt voor activiteiten die redelijk uniek zijn en activiteiten waarvoor een nader afwegingsmoment op het moment dat een concreet initiatief zich aandient wenselijk is. Laatstgenoemde mogelijkheid doet zich voor indien in de beoordelingsregels open normen worden opgenomen. Alle activiteiten waarvoor in het omgevingsplan een vergunning nodig is, worden in artikel 5.1 Ow als omgevingsplanactiviteiten gedefinieerd.

In het kader van het type regels merken wij het volgende op over ‘open normen’. Met open normen kan enige mate van ruimte worden geboden in een algemene regel; dat kan nuttig zijn in sommige complexe gevallen. In het kader van specialiteit en rechtszekerheid is het echter van belang dat normen zo concreet mogelijk zijn. Het verwijzen naar ‘open normen’ kan worden ingezet om ruimte te laten aan het bestuur voor beoordeling van de feiten, niet om de afweging uit te stellen. Indien er tevens gebruik wordt gemaakt van ‘wetsinterpreterende beleidsregels’ waarin mogelijk wel concrete normen zijn opgenomen, kan de rechtszekerheid in gevaar komen.¹⁰ Normen moeten worden vastgesteld door het orgaan dat democratisch is gelegitimeerd: door de raad. Bovendien geldt dat van een beleidsregel ex artikel 4:84 Awb kan worden afgeweken. Voorts zijn beleidsregels uitgezonderd van beroep bij de bestuursrechter, terwijl het omgevingsplan wel appellabel is. Het gebruikmaken van wetsinterpreterende beleidsregels met concrete normen, zou een soort extra afwijkingsmogelijkheid creëren. Het instrument is alleen bedoeld voor het bieden van inzicht over hoe beoordelingsruimte wordt ingevuld. Het kan niet de bedoeling zijn dat met wetsinterpreterende beleidsregels alsnog ‘aan de voorkant’ een flexibele norm in het omgevingsplan wordt opgenomen. Dit zou afbreuk doen aan de samenhang van het stelsel en de voorspelbaarheid.

4.3 Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden in het omgevingsplan

In aanvulling op de in paragraaf 4.2.2 aangegeven voorkeursvolgorde voor regulering van activiteiten is het voor specifieke situaties en gevallen mogelijk in het omgevingsplan bestuurlijke afwijking toe te staan. Het is zowel mogelijk om de zorgplicht nader in te vullen, als om aan te vullen of af te wijken van de algemene regels en beoordelingsregels voor specifieke gevallen.

Zorgplichten hebben het nadeel dat daarmee in beginsel geen rekening kan worden gehouden met specifieke situaties. Ook over algemene regels hebben wij eerder al opgemerkt dat een potentieel nadeel is, dat geen rekening kan worden gehouden

¹⁰ In de toelichting bij het Ob wordt gesteld dat normstelling niet ‘volledig afhankelijk’ mag zijn van wetsinterpreterende beleidsregels. Zie ook noot Benhadi en Nijmeijer 2019 en Nijmeijer 2019-2, p. 468.

met specifieke situaties. Dit kan leiden tot onnodige beperkingen voor degene die de activiteit wil verrichten of juist tot onvoldoende bescherming van de fysieke leefomgeving. Binnen de categorie van activiteiten waarvoor de algemene regels gelden, is het gelet op de uiteenlopende situaties die de regels bestrijken niet mogelijk op basis van objectieve criteria aan te geven welke gevallen dat zijn. Via maatwerkvoorschriften kan worden voorkomen dat de gehele categorie activiteiten vergunningplichtig moet worden gemaakt indien maar voor enkele specifieke gevallen een individuele beoordeling gewenst is.

Met de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan een activiteit afhankelijk worden gesteld van voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag via een vergunningstelsel in het omgevingsplan. Hoewel de beoordelingsregels van de vergunningplichten zijn bedoeld voor het beoordelen van concrete situaties kan het voorkomen dat een activiteit niet aan de regels voldoet, maar toch wenselijk is. Voor activiteiten waarvoor op grond van de toepasselijke beoordelingsregels in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning kan worden verleend en voor activiteiten die niet overeenkomstig de algemene regels van het omgevingsplan kunnen worden uitgevoerd, kan een inherente afwijkingsbevoegdheid met omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit in het omgevingsplan worden opgenomen.

Ten slotte biedt de Omgevingswet de mogelijkheid in het omgevingsplan via een zogenoemde programmatische aanpak omgevingswaarden of andere doelstellingen te realiseren waarbij de toelaatbaarheid van activiteiten niet aan de beoordelingsregels wordt getoetst maar specifiek aan de in het programma bepaalde wijze.

Hieronder gaan wij afzonderlijk in op de bovengenoemde mogelijkheden van maatwerk binnen het omgevingsplan.

– Maatwerkvoorschriften

Krachtens artikel 4.5 Ow is het mogelijk via het omgevingsplan maatwerkvoorschriften te verbinden aan algemene regels of voorschriften aan een omgevingsvergunning.¹¹ Het stellen van maatwerkvoorschriften is alleen mogelijk voor zover dat in het omgevingsplan is bepaald. Via maatwerkvoorschriften in een beschikking of vergunningvoorschriften¹² kunnen onderwerpen nader worden ingevuld of aangevuld, strengere of minder strenge eisen worden opgelegd. Zo is het mogelijk een open norm in het omgevingsplan in een beschikking te vertalen in een concrete plicht om iets te doen of na te laten.¹³

11 Art. 4.4 Ow maakt het mogelijk in het omgevingsplan, de waterschapsverordening, de omgevingsverordening en de rijksregels een bevoegdheid op te nemen tot het stellen van maatwerkvoorschriften.

12 Het is ook mogelijk bij vergunningvoorschrift van algemene regels af te wijken omdat deze regels ook geheel of gedeeltelijk van toepassing kunnen zijn op vergunningplichtige activiteiten.

13 Stb. 2018, 290, Ob, NvT, p. 104.

Het tweede lid van artikel 4.5 Ow bepaalt dat alleen van algemene regels afwijkende voorschriften kunnen worden gesteld wanneer dat expliciet voor de betreffende regels in het omgevingsplan mogelijk is gemaakt. Daarbij kan worden bepaald in welke mate of hoe lang kan worden afgeweken. In de memorie van toelichting wordt nadrukkelijk opgemerkt dat niet gekozen is voor het bieden van een algemene mogelijkheid voor het bevoegd gezag om algemeen of per geval nadere of afwijkende regels te stellen. Volgens de regering zou een algemene afwijkingsbevoegdheid ten koste gaan van de duidelijkheid die met de algemene regels wordt beoogd en risico's inhouden voor het beschermingsniveau.¹⁴ De vraag is of het materieel gezien veel uitmaakt, aangezien artikel 4.5 Ow de mogelijk biedt om voor alle algemene regels te voorzien in een afwijkingsbevoegdheid.

In het kader van de doelenbenadering achten wij het noodzakelijk de bevoegdheid tot het stellen van maatwerkschriften te beperken tot de oogmerken waarvoor een specifieke zorgplicht of de algemene regel is gesteld. Het college van burgemeester en wethouders is in artikel 4.8 Ow aangewezen als het bevoegd gezag dat een maatwerkvoorschrift kan stellen. Maatwerkvoorschriften worden bij beschikking gesteld zodat daartegen bezwaar en beroep openstaat. Bij de voorbereiding moet het gezag onderzoek doen naar de belangen die met het maatwerkvoorschrift zijn gemoeid.

– Omgevingsplanactiviteit (“binnenplans”)

Het gaat in deze paragraaf specifiek om de omgevingsplanactiviteit die in overeenstemming is met het omgevingsplan.¹⁵ In de volgende paragraaf gaan we nader in op de buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Met de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan een activiteit in het omgevingsplan afhankelijk worden gesteld aan voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag, via een vergunning. De mogelijkheid tot het verlenen van een vergunning kan ook worden ingezet als een vorm van maatwerk. Onder welke voorwaarden het college van burgemeester en wethouders een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan verlenen, wordt nader omschreven in het omgevingsplan. Dit zijn de beoordelingsregels. Uitgangspunt is dat de regels zo voorspelbaar mogelijk dienen te zijn, de regels zijn limitatief-imperatief, dat wil zeggen dat als een aanvraag past binnen de beoordelingsregels, het college van B&W de vergunning moet verlenen.¹⁶ Zoals eerder opgemerkt in paragraaf 4.2.2 is een (omgevings)vergunningplicht bijvoorbeeld geschikt voor activiteiten die redelijk uniek zijn (zodat het opnemen van algemene regels voor een situatie die zich slechts een enkele keer voordoet tot onnodig veel regelgeving leidt) en activiteiten waarvoor een nadere afweging vereist is, op het moment dat een concreet initiatief zich aandient. Deze laatste variant kan leiden tot (inherente) afwijking, ook een vorm van maatwerk, dit is mede afhankelijk van

¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 144-145.

¹⁵ Sub a) van de definitie van ‘omgevingsplanactiviteit’ in Bijlage bij art. 1.1. van de Ow: “een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die niet in strijd is met het omgevingsplan”.

¹⁶ MvT Invoeringswet Ow, Kamerstukken II 2017/2018, 34986, 3, p. 58. Zie art. 5.21 Ow.

de mate van concreetheid van de voorwaarden in de omgevingsplanregels die aan de bevoegdheid zijn verbonden. Hieronder beschrijven we waar wat ons betreft een inherente afwijkingsbevoegdheid aan zou moeten voldoen.

Algemeen inherente afwijkingsruimte

De Omgevingswet laat ons inziens de ruimte om in het omgevingsplan een afwijkingsbevoegdheid op te nemen in de vorm van een vergunning voor een (binnenplanse) omgevingsplanactiviteit. Het college van burgemeester en wethouders kan voor activiteiten die niet overeenkomstig de regels van het omgevingsplan zijn, een omgevingsvergunning verlenen. Het betreft activiteiten waarvoor op grond van de toepasselijke beoordelingsregels in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning kan worden verleend én activiteiten die niet overeenkomstig de algemene regels van het omgevingsplan kunnen worden uitgevoerd. Indien blijkt dat de activiteit wel past binnen de bredere doelen van het omgevingsplan kan ondanks strijd met de oogmerken waartoe de beoordelingsregels of de algemene regels zijn opgesteld, onder bepaalde voorwaarden toch een omgevingsvergunning worden verleend.

Belangrijk is dat de gevallen waarvoor de inherente afwijkingsbevoegdheid kan worden toegepast, zijn voorzien in het omgevingsplan.

De vraag is welke voorwaarden aan deze inherente afwijkingbevoegdheid moeten worden gesteld. Het is van belang dat de gevallen waarin van deze bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, zijn begrensd door de planwetgever.

Ten eerste dienen deze gevallen passend te zijn binnen de strekking, structuur en de doelen van het omgevingsplan.

Ten tweede dient in het omgevingsplan te worden vermeld van welke regels mag worden afgeweken. In onze optiek kan het daarbij gaan om in het omgevingsplan voorziene activiteiten of projecten waarvan de uitkomst van de optelsom van de verschillende toepasselijke omgevingsplanregels tot onredelijke belemmeringen blijkt te leiden. Ook kan het gaan om nieuwe activiteiten of (innovatieve) projecten die bijdragen aan het verwezenlijken van een of meerdere doelen in het omgevingsplan en weliswaar zijn voorzien in het omgevingsplan, maar niet passen binnen de reguliere beoordelingsregels of de algemene regels voor activiteiten. Beide genoemde categorieën van activiteiten en projecten kunnen onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden in afwijking of aanvulling van de regels worden toegestaan.

Ten derde geldt voor beide situaties dat dezelfde materiele en formele begrenzingen gelden die ook aan de voorkant bij het stellen van de regels van toepassing zijn. Dit betekent onder meer dat eventuele extra benodigde (milieu)gebruiksruimte reeds moet zijn verdisconteerd bij de vaststelling van het omgevingsplan.¹⁷

¹⁷ Voor de uitvoerbaarheid van het omgevingsplan is het voldoende dat vastgesteld kan worden dat zich geen omstandigheden voordoen op grond waarvan het op voorhand aannemelijk is dat de ontwikkeling die in het omgevingsplan is voorzien niet kan worden gerealiseerd. In combinatie

Vervolgens kan er een aantal voorwaarden worden geformuleerd, bijvoorbeeld dat de afwijking noodzakelijk is met het oog op het bereiken van een van de doelstellingen (doelen en omgevingswaarden), zoals genomen in het omgevingsplan. Ten tweede kan de eis worden gesteld dat de afwijking geschikt is om het doel te bereiken. Ten derde kan worden bepaald dat de afwijking alleen kan worden verleend als deze geen onevenredige inbreuk maakt op het oogmerk van de regel waarvan wordt afgeweken. Bij de vraag of de inbreuk niet onevenredig is, kan ook compensatie van de effecten een rol spelen. Daarbij kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan de voorwaarde dat er geen alternatieven voor handen zijn, waarvoor niet of in mindere mate van de oorspronkelijk regels hoeft te worden afgeweken.

Uiteindelijk zal het aan de planwetgever zijn om op een doelmatige en evenwichtige manier de voorwaarden voor de inherente afwijking te formuleren. Verwijzing naar de doelenbenadering, zoals wij hiervoor hebben geschetst, zal bijdragen aan een voorspelbaar en consequente toepassing van maatwerk. Zie voor de concrete toepassing van de inherente afwijking hoofdstuk 5.

– Programmatische aanpak

De Omgevingswet voorziet in de mogelijkheid om behalve op rijksniveau¹⁸ ook op provinciaal en gemeentelijk niveau de programmatische aanpak toe te passen. Deze aanpak is een specifiek soort programma, waarbij kan worden afgeweken van de beoordelingsregels voor vergunningplichtige activiteiten in het omgevingsplan.¹⁹ Bij omgevingsplan kunnen programma's worden aangewezen die betrekking hebben op omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving waarvoor in het plan een regel over het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit is gesteld (art. 3.15 Ow). Deze programma's worden ingezet wanneer op gebiedsniveau de gebruikruimte onder druk staat en een reguliere beoordeling van de activiteiten ertoe zou leiden dat bij (dreigende) overschrijding van een omgevingswaarde of een andere doelstelling het gebied 'op slot' gaat. De programma's zijn erop gericht een omgevingswaarde of een ander doel voor de fysieke leefomgeving te bereiken en bevatten daartoe een programmatische verdeling van de daarvoor beschikbare ruimte in een bepaald gebied voor bepaalde activiteiten. In het omgevingsplan wordt bepaald hoe de omgevingswaarde of andere doelstelling bij de uitoefening van taken en bevoegdheden wordt betrokken. Ook wordt bepaald of en welke in het omgevingsplan gestelde regels over het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijven (art. 3.16 lid 2 Ow).

met open normen kan de inhoudelijke beoordeling of activiteiten aanvaardbaar zijn, worden verlegd naar het moment waarop deze daadwerkelijk zullen plaatsvinden. Stb. 2018, 290, Ob, NvT, p. 105-109.

18 Het nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit en de Programmatische aanpak stikstof zijn voorbeelden van een nationale toepassing op grond van het huidig recht.

19 Voor andere beoordelingsregels zal het bestuursorgaan dat ze heeft gesteld moeten bepalen of ze buiten beschouwing kunnen blijven in het geval van een programmatische aanpak, Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 77.

De beoordeling van de vergunningaanvraag voor de betreffende activiteiten vindt plaats op basis van het programma. In het omgevingsplan wordt bepaald welk bestuursorgaan het programma kan vaststellen. Artikel 3.18 Ow verplicht de bestuursorganen die daarvoor in het programma zijn aangewezen tot uitvoering van de daarin opgenomen maatregelen. Programma's worden voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 Awb. Een programma is niet rechtstreeks voor beroep vatbaar bij de rechter, tenzij in het programma een activiteit wordt toegestaan (Bijlage 2, Awb). De aanwijzing van een programma in het omgevingsplan maakt onderdeel uit van het omgevingsplan en is daardoor wel vatbaar voor beroep. Uit de ervaringen met het PAS is gebleken dat het uitermate belangrijk is hoe en wanneer wordt gecontroleerd of de programmatische doelstelling wordt behaald en welke maatregelen worden genomen als dit niet het geval is.

4.4 Bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan

De Omgevingswet biedt de mogelijkheid aan initiatiefnemers gelijkwaardige maar andere maatregelen te nemen dan die in de algemene regels van het Bal, Bbl en het omgevingsplan zijn voorgeschreven (art. 4.7 Ow). Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel mag ook een andere dan de voorgeschreven maatregel worden toegepast. Voorwaarde daarbij is dat met die andere maatregel ten minste hetzelfde resultaat wordt bereikt als met de voorgeschreven maatregel is beoogd. Bij toepassing van een gelijkwaardige maatregel is dus aan de regel voldaan en is er dus geen sprake van afwijken.²⁰

Artikel 5.1 Ow biedt de bevoegdheid om van alle regels van het omgevingsplan af te wijken door middel van een vergunning voor een omgevingsplanactiviteit. Uit de Bijlage bij artikel 1.1. van de Omgevingswet met begripsomschrijvingen wordt onder buitenplanse omgevingsplanactiviteit verstaan: een activiteit die in strijd is met het omgevingsplan.²¹ Het kan daarbij gaan om activiteiten waarvoor een vergunningplicht geldt in het omgevingsplan of om andere activiteiten. Krachtens artikel 8.0a Bkl en artikel 5.21 lid 2 sub b Ow mag een vergunning voor een buitenplanse omgevingsactiviteit alleen worden verleend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Voorts gelden de specifieke beoordelingsregels voor de aanvraag omgevingsvergunning omgevingsplanactiviteit zoals opgenomen in hoofdstuk 8 Bkl. Deze regels komen overeen met de regels die gelden bij het opstellen van een omgevingsplan.

Het college van burgemeester en wethouders is het bevoegd gezag voor het beslissen op de aanvraag. Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een door gemeenteraad

²⁰ Stb. 2018, 291, Bbl, NvT, p. 181.

²¹ Bijlage I bij art. 1.1 Ow: Buitenplanse omgevingsplanactiviteit: "een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die in strijd is met het omgevingsplan, of een andere activiteit die in strijd is met het omgevingsplan."

aangewezen geval (ex artikel 16.15b Ow) is advies door de gemeenteraad vereist.²² Een buitenplanse omgevingsplanactiviteit voor afwijken zal na vijf jaar in het omgevingsplan moeten worden opgenomen.²³ Het wordt aan de gemeente gelaten om een doelmatig en geschikt moment te vinden om de afwijking in het omgevingsplan op te nemen, met een maximale termijn van vijf jaar.²⁴ We gaan nader in op de reikwijdte van de belangenafweging ten aanzien van de (binnenplanse en buitenplanse) omgevingsplanactiviteit in paragraaf 5.3.

Daarbij zullen we in hoofdstuk 5 aantonen hoe de doelenbenadering een belangrijke functie heeft. Hoewel het omgevingsplan ten opzichte van het bestemmingsplan een verbrede reikwijdte kent, verwachten wij dat met de toepassing van de doelenbenadering en algemene regels zonder vergunningplicht minder vaak met een omgevingsvergunning van het omgevingsplan zal worden afgeweken.

4.5 Tussenbalans III: spanningsveld tussen omgevingsplan en de mogelijkheid tot bestuurlijke afwijking

Naar analogie van de gevolgde doelenbenadering in de Omgevingswet en de AMvB's achten wij het raadzaam om ten behoeve van het opstellen van het omgevingsplan de verschillende beleidsdoelen te identificeren en die op te nemen in het plan. Deze juridische doelen met een uitwerking in subdoelen en oogmerken zijn richtinggevend voor de regels in het omgevingsplan over activiteiten in de fysieke leefomgeving. Naast een vergroting van de inzichtelijkheid leidt een doelenbenadering tot betere en samenhangende regels en het consequent toepassen van beleid, zoals ook is vereist op grond van (Europese) jurisprudentie. Ook kunnen doelen een belangrijke juridische betekenis vervullen voor het bestuur om in voorkomende gevallen te kunnen afwijken van die regels als daarmee het doel van de regel alsnog wordt gediend.

Bij het reguleren van de activiteiten in het omgevingsplan dient in ieder geval te worden voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Voor zover regulering van activiteiten noodzakelijk is, kan de voorkeursvolgorde van de regels in het Bal en het Bbl als uitgangspunt worden genomen. Dit betekent dat als vertrekpunt een specifieke zorgplicht geldt en voor zover een nadere inkadering noodzakelijk wordt geacht dient eerst te worden onderzocht of kan worden volstaan met algemene regels zonder vergunningplicht. Een potentieel nadeel van algemene regels is dat daarin in beginsel geen rekening kan worden gehouden met specifieke situaties. Door het opnemen van een bevoegdheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften kan worden voorkomen dat een gehele categorie activiteiten vergunningplichtig moet worden gemaakt, terwijl maar voor enkele specifieke gevallen een individuele benadering gewenst is. Het is aan te bevelen de reikwijdte tot het stellen van maatwerkvoorschriften te beperken tot de in het omgevingsplan opgenomen oogmerken.

22 Zie ook Bregman 2019, p. 271.

23 Art. 4.17 Ow (niet tijdens overgangsfase, zie het overgangsrecht).

24 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, 476.

Een (omgevings)vergunningplicht is geschikt voor activiteiten die redelijk uniek zijn en activiteiten waarvoor een nader afwegingsmoment op het moment dat een concreet initiatief zich aandient, wenselijk is. Uit oogpunt van specialiteit en rechtszekerheid bevelen wij aan de beoordelingskaders voor vergunningplichtige activiteiten per doel c.q. belang zo helder en eenduidig mogelijk aan de hand van oogmerken in het omgevingsplan te formuleren.

Voor activiteiten waarvoor op grond van de toepasselijke beoordelingsregels in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning kan worden verleend en voor activiteiten die niet overeenkomstig de algemene regels van het omgevingsplan kunnen worden uitgevoerd, kan een afwijkingsbevoegdheid worden opgenomen in de vorm van een vergunning voor een (binnenplanse) omgevingsplanactiviteit.

Indien blijkt dat de activiteit wel past binnen de bredere doelen van het omgevingsplan kan ondanks strijd met de oogmerken waartoe de beoordelingsregels of de algemene regels zijn opgesteld, onder bepaalde voorwaarden toch een omgevingsvergunning worden verleend.

Zoals we hebben aangegeven is het opnemen van juridische doelen in het omgevingsplan van belang voor een samenhangende benadering van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving op lokaal niveau. Evenals bij de AMvB's hanteren wij de voorkantbenadering waar bij het formuleren van regels voor de doelen zoveel mogelijk bestuurlijke afwegingsruimte wordt verdisconteerd in de regels zelf. Voor uitzonderingssituaties geldt de achterkantbenadering waarbij van de regels kan worden afgeweken door een nieuwe belangenafweging buiten de belangen waarvoor de regel is vastgesteld. Dit kan zijn een ander belang ten behoeve van een ander subdoel of een andere grond binnen een oogmerk voor hetzelfde subdoel. De ruimte om af te wijken wordt in ieder geval begrensd door de in het omgevingsplan opgenomen samenhangende structuur en samenhang via de doelen.

Juist vanwege de eis dat de activiteit moet passen binnen de bredere doelen van het omgevingsplan achten wij onder bepaalde voorwaarden een bestuurlijke afwijking van de specifieke reguliere kaders voor activiteiten goed verdedigbaar. Wij sluiten in dit verband aan bij Tolsma die erop wijst dat het specialiteitsbeginsel niet absoluut is en relativering gerechtvaardigd kan zijn in verband met de effectiviteit en doelmatigheid van regelgeving.²⁵

Hoewel de Omgevingswet de mogelijkheid biedt voor een buitenplanse bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan hebben wij een sterke voorkeur de ruimte primair binnen de samenhangende structuur en doelen van het omgevingsplan te zoeken.

²⁵ Tolsma 2013, p. 127.

Een goed geclausuleerde binnenplanse c.q. inherente bestuurlijke afwijking leidt tot een betere kenbaarheid van een samenhangende benadering en een op doelmatigheid en rechtsgelijkheid gerichte ontwikkeling dan een buitenplanse bestuurlijke afwijking waar de in het plan opgenomen clausering niet geldt. Belangrijk zijn derhalve de voorwaarden in het omgevingsplan waaronder de inherente bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid mag worden toegepast. De voorwaarden dienen zo te worden geclausuleerd dat duidelijk is waar de grenzen van de afwijkingsbevoegdheid liggen zodat ze burgers, bedrijven en de overheid zoveel mogelijk houvast bieden en de bestuurlijke afwijkingsruimte niet groter is dan strikt noodzakelijk.

Indien de voorgenomen activiteit niet binnen de brede doelen van het omgevingsplan past, kan via een (buitenplanse) vergunning voor een omgevingsplanactiviteit van alle regels en daarmee ook van de doelen van het omgevingsplan worden afgeweken. In het kader van het specialiteitsbeginsel verdient het aanbeveling dat de raad als democratisch gekozen bestuur zeggenschap heeft over de doelen in het omgevingsplan en de prioritering van de verschillende doelen onderling. Afwijkingen die bij de latere (verplichte) actualisering van het omgevingsplan niet kunnen worden ingepast zonder een heroverweging van de samenhangende doelen van het plan, dienen volgens ons niet met een buitenplanse afwijking te worden vergund. Daarvoor vinden wij het noodzakelijk dat het omgevingsplan wordt gewijzigd. In hoofdstuk 5 zullen wij dit nader toelichten.

5 Toepassing en toetsing van maatwerk in de praktijk

5.1 De praktijk van het bieden van maatwerk in de Omgevingswet

Het uitgangspunt voor bestuurlijke afwijking blijft dat het een uitzondering is. Bestuurlijke afwijkingsruimte is vooral bedoeld voor die gevallen waar die ruimte echt nodig is. Dit is het geval wanneer de reguliere regels leiden tot onredelijke belemmeringen in verband met bijvoorbeeld bijzondere lokale situaties, complexe gebieden, gebiedsoverstijgende en vaak sector overstijgende belangen of innovatieve experimenten. Als we spreken over toepassing van maatwerk, dan hebben we het over deze bestuurlijke afwijkingsruimte. In dit hoofdstuk bespreken we waar de toepassing van maatwerk in de praktijk aan zal moeten voldoen.

Binnen de kaders van de wet en de AMvB's zoals in de hoofdstukken 3 en 4 hiervoor geschetst, is er nog een ruim speelveld dat wordt opengelaten voor het bestuur en de decentrale wetgever. De raad als gemeentelijke wetgever stelt het omgevingsplan vast. Binnen en buiten het omgevingsplan is er echter een mogelijkheid om van de regels af te wijken; deze bevoegdheid heeft het college van burgemeester en wethouders, met een omgevingsplanactiviteit. Zoals we bespraken in hoofdstuk 4 is dat bijvoorbeeld het geval indien een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit voor afwijken van het omgevingsplan wordt verleend. De regels die gelden voor het omgevingsplan gelden ook voor de afwijkactiviteit.

Hoe aan de samenhang en de onderlinge weging van belangen gevolg wordt gegeven is een bestuurlijke afweging van het betreffende bestuursorgaan, dat meer gewicht kan toekennen aan het ene belang dan aan het andere. De afweging tussen alle sectorale belangen op het gebied van beschermen en benutten, is een politieke keuze die gemotiveerd en democratisch gelegitimeerd moet zijn binnen de eisen van de wetgeving.¹ Deze opmerking geldt in ieder geval voor het opnemen van beoordelingsruimte in de norm (bestuurlijke afweging aan de voorkant). Deze geldt echter ook voor bestuurlijke afwijkingsruimte ('aan de achterkant'). Indien in ruime mate gebruik wordt gemaakt door het bestuur van de bevoegdheid om af te wijken van de algemeen verbindende voorschriften, leidt dit tot een zekere mate van onzekerheid.

¹ Integrale onafhankelijke adviescommissie, Recht doen aan de Omgevingswet, november 2019, p. 11.

Stel dat we ervan uitgaan dat het omgevingsplan is vastgesteld, volgens de aanbevelingen in hoofdstuk 4. Daarbij gaan we ervan uit dat het beleid van de gemeente is vertaald in de regels in het omgevingsplan. We gaan ervan uit dat het omgevingsplan heldere doelen bevat, eventueel uitgewerkt in subdoelen, maar in ieder geval uitgewerkt in oogmerken. Het omgevingsplan is inmiddels onherroepelijk. Uiteraard bestaat er de mogelijkheid van exceptieve toetsing van het omgevingsplan, zoals bij alle algemeen verbindende voorschriften.² We gaan er in dit voorbeeld echter van uit dat het omgevingsplan evenwichtig tot stand is gekomen, waarbij alle hogere regels in acht zijn genomen, zodat in geval van exceptieve toetsing delen van het omgevingsplan niet onverbindend zullen worden verklaard.

Hoe werkt het toepassen van deze bestuurlijke afwijking dan in de praktijk? Het uitgangspunt van de stelselherziening is dat Awb en Ow elkaar zo veel mogelijk dienen aan te vullen. Vandaar dat we bij het toepassen van maatwerk onder de Ow, uiteraard ook de Awb en de geschreven en ongeschreven beginselen van het recht betrekken. Uiteraard spelen de procedurele waarborgen een rol (een procedure en rechtsbescherming), maar we kiezen ervoor om hierna vooral in te gaan op de materiële vereisten die aan besluitvorming worden gesteld. Met de doelenbenadering biedt de Omgevingswet een kader voor (enige) materiële integratie. In aansluiting op de voorgaande hoofdstukken bespreken we hierna hoe de doelenbenadering door kan werken in de onderbouwing van concrete besluiten. Immers, zoals Schueler opmerkt, hoe meer afwegingsvrijheid het bestuur heeft, des te meer zal het erop aangesproken worden welke keuzes het maakt.³

De Omgevingswet is nog niet in werking getreden en zal zich in de praktijk moeten bewijzen; we kunnen dus nog niet verwijzen naar jurisprudentie over de Omgevingswet. Waar moet de onderbouwing van een concreet besluit tot toepassing van maatwerk (de bestuurlijke afwijkingsruimte) aan voldoen? Eerst bespreken we het kringenmodel van de doelenbenadering, om inzicht te bieden hoe de doelen zich tot elkaar verhouden. Vervolgens gaan we in op het uitgangspunt van coherent en stelselmatig beleid, met de doelenbenadering kan stelselmatig beleid worden bevorderd. Daarna gaan we in op de reikwijdte van de belangenafweging bij maatwerk en staan we specifiek stil bij de evenredigheid. Daarbij gaan we ook in op de mogelijke toetsing door de rechter en recente ontwikkelingen in de rechtspraak.

5.2 De doelenbenadering en het kringenmodel

Van het bevoegd gezag wordt een actieve houding verwacht om doel en strekking van de regels te realiseren. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4 geeft de doelenbenadering van de Omgevingswet inhoud aan het specialiteitsbeginsel. Artikel 3:3 Awb stelt dat een bevoegdheid niet kan worden gebruikt ‘voor een ander doel dan waarvoor

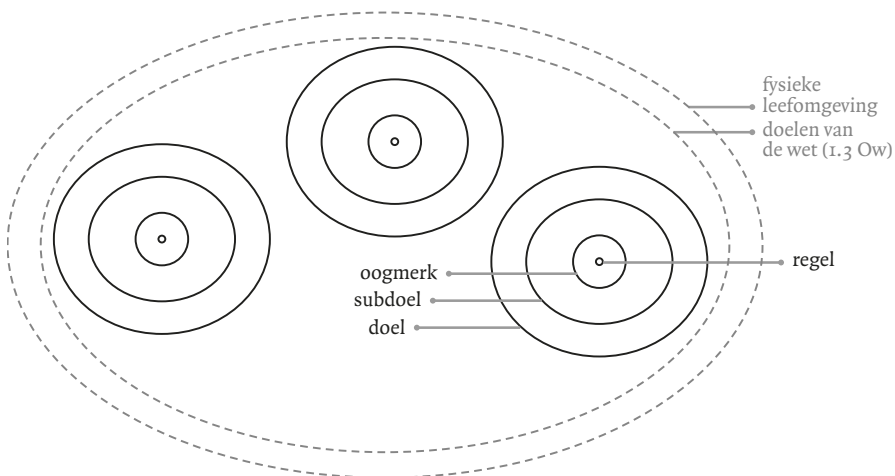
2 Daarvoor zal waarschijnlijk wel gelden dat er sprake moet zijn van ‘evidente strijd’ met hogere regelgeving, ook omdat dubblures voorkomen moeten tussen de exceptieve toetsing en de feitelijke beroepsprocedure, zie ook Groothuijse en Kegge 2017, p. 110.

3 Schueler 2019, p. 534.

die bevoegdheid is verleend'; dit uitgangspunt werkt door in de doelenbenadering. Zoals we bespraken in hoofdstuk 2 zijn gemeenten belast met de zorg voor de fysieke leefomgeving en geldt dat zij hun taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet dienen uit te oefenen met het oog op de doelen van de wet. Rekening wordt gehouden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen. De toepassing van de bevoegdheden onder de Omgevingswet wordt aldus enerzijds door de aard van de bevoegdheid en anderzijds door het wettelijke voorschrift, begrensd tot de doelen van de wet.

Kringenmodel

De doelenbenadering, zoals beschreven in paragraaf 2.2.3, is de manier waarop de bevoegdheden van het bestuur bij de inzet van maatwerk zijn begrensd in de Omgevingswet. Deze doelenbenadering kan wel worden afgebeeld als verschillende kringen rondom de regel, waarbij de kring van binnen naar buiten steeds groter wordt.



Figuur 1 Kringenmodel van de doelenbenadering

De buitenste kring wordt gevormd door de fysieke leefomgeving en de doelen van de wet ex artikel 1.3 Ow, kort samengevat 'het benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving'. Daarbinnen staan in verschillende kringen de andere doelen van de wet (art. 2.1 lid 3 Ow, de genoemde doelen zijn niet limitatief). Eén daarvan is de evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Daarin staan de subdoelen of de lokale doelen, gevolgd door het oogmerk van de regel (bijvoorbeeld: 'beschermen van een rustig woonklimaat' of 'zorgdragen voor voldoende woningen'), de regel zelf vormt het hart van de kring.

Uiteraard kunnen aspecten en onderdelen van de fysieke leefomgeving en ook doelen van de wet elkaar overlappen. Zo kan 'beschermen van het milieu' ook samenvallen

met ‘gezondheid’ of een ‘goed woonklimaat’.⁴ In werkelijkheid zullen de kringen dan ook niet van elkaar zijn gescheiden maar juist door elkaar lopen. Omwille van de overzichtelijkheid staan de verschillende kringen in dit model naast elkaar. In ieder geval zijn ze alle onderdeel van de fysieke leefomgeving.

Gelet op het kringenmodel kan als stelregel gelden dat, naarmate de afwijking verder van de kern van de cirkel is verwijderd, de afwijking van de originele regel groter zal zijn. Als het gaat over toepassing van maatwerk is dus relevant hoe het besluit past in de doelenbenadering. Bijvoorbeeld: met een maatwerkvoorschrift (ex art. 4.5 Ow) wordt afgeweken van de feitelijke regel; een dergelijk maatwerkvoorschrift zal dan binnen het oogmerk van de regel passen. Indien de afwijking buiten de oogmerken valt, maar wel binnen de doelen van het omgevingsplan, is het mogelijk dat deze binnen de inherente afwijking voor activiteiten valt, mocht die zijn opgenomen in het omgevingsplan. Mogelijk valt de afwijking niet binnen deze inherente afwijkingsregels, maar wel binnen de doelen van het omgevingsplan. Dan is de afwijking waarschijnlijk groter dan bij toepassing van een maatwerkvoorschrift, maar nog wel binnen de door de raad gestelde doelen.

Maatwerk dat mogelijk is binnen het omgevingsplan, dient ook binnen de doelen van het omgevingsplan te blijven en liever nog binnen het oogmerk van de regel waarvan het afwijkt. Dat geldt ook voor maatwerk dat mogelijk is op grond van een inherente afwijkingsmogelijkheid van het omgevingsplan (maatwerk binnen het omgevingsplan) maar ook voor afwijken van het omgevingsplan (maatwerk buiten het omgevingsplan). Wat ons betreft zou alle bestuurlijke afwijking passend moeten zijn bij (de doelen van) het omgevingsplan. In ieder geval moet een buitenplanse omgevingsplanactiviteit na vijf jaar in het omgevingsplan worden opgenomen.⁵ Deze dient derhalve ook te passen bij de doelen van het omgevingsplan.

5.3 Consistentie en stelselmatig beleid: rechtszekerheid in een flexibel stelsel

Bij de totstandkoming van de wet is uiteraard stilgestaan bij het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. Indien er ruimte is om af te wijken, wordt de toepassing van de norm voor burgers minder voorspelbaar. Een manier om de voorspelbaarheid te vergroten, is werken met kenbaar en consistent beleid. Dit vloeit ook voort uit de activerende functie van de rechtszekerheid. Damen heeft opgemerkt dat juist in het bestuursrecht het rechtszekerheidsbeginsel niet alleen een afwerende, maar ook een activerende functie heeft. Het rechtszekerheidsbeginsel kan worden omschreven als het beginsel dat ‘de overheid de rechtszekerheid van de burgers moet waarborgen en bevorderen’.⁶ In de geschiedenis van de Omgevingswet is ook verwezen naar deze activerende functie; de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid hebben niet alleen een beschermende functie (ondubbelzinnige regels)

⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 396.

⁵ Art. 4.17 Ow (niet tijdens overgangsfase, zie het overgangsrecht).

⁶ Damen 2013, p. 60.

maar ook een activerende functie.⁷ Zoals ook opgemerkt in paragraaf 3.4.3 is de activerende functie van de rechtszekerheid en consistent beleid noodzakelijk voor het behalen van de doelen van de wet.

Deze taak van de overheid, zorg te dragen voor de waarborging en bevordering van de rechtszekerheid, komt eigenlijk neer op het principe van een consistent beleid. Daarbij is van belang dat dit beleid kenbaar is voor burgers. Een manier om die kenbaarheid te bereiken, is door het beleid ook te publiceren. De regering stelde terecht bij de Omgevingswet dat elk bestuursorgaan een belang kan hebben bij het vooraf kenbaar maken hoe het zal omgaan met de bestuurlijke afwegingsruimte, bijvoorbeeld in de vorm van kenbare beleidsdocumenten of beleidsregels.⁸

Niet alleen de rechtszekerheid, ook het gelijkheidsbeginsel noopt tot consistent beleid. Met name in handhavingssaken wordt een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. De uitwerking van de criteria zijn echter ook op de onderbouwing van andere besluiten van toepassing. Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en doordacht bestuursbeleid, aldus de Afdeling in een handhavingsszaak ten aanzien van gevelreclame in Utrecht: 'Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in vergelijkbare gevallen.'⁹ Immers, ook uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat de overheid zorgdraagt voor een consistente toepassing van haar bevoegdheden; uitzonderingen op de regel moeten immers objectief en redelijk zijn en, als het even kan, kenbaar zijn voor burgers.

Uit de beginselen van (de activerende functie) van de rechtszekerheid en gelijkheid komt de eis voort dat er sprake is van een consistent en stelselmatig (en daarmee voorspelbaar) beleid van het bestuursorgaan. Daarvoor is dus allereerst relevant dat dit beleid er is. Maar het gaat niet zozeer om het hebben van beleid (eventueel vastgelegd in schriftelijke documenten). Naast (a) het hebben van beleid en (b) de publicatie van beleid, is met name ook de handelswijze van het bestuursorgaan van belang om de voorspelbaarheid te realiseren. Immers, 'the proof of the pudding is in the eating'. Het gaat er derhalve om dat het beleid (c) stelselmatig en consequent wordt toegepast. Dat geldt dus ook voor de inzet van bestuurlijke afwijkingsruimte. Daarbij gaat het om het beleid in de brede zin van het woord, dus alle inzet van de gemeente (bijvoorbeeld ten aanzien van subsidie, uitvoering, feitelijk handelen). Het volgen van de verschillende stappen in de doelenbenadering en het bewust omgaan met de verschillende typen afwijkingsbevoegdheden, kan een bijdrage leveren aan het consequent toepassen van beleid. Bestuurlijke afwijkingsruimte die niet in lijn is met het stelselmatig en consequent toepassen van beleid, doet afbreuk aan de voorspelbaarheid en daarmee aan het vertrouwen in de overheid. Zoals benoemd in paragraaf 2.2.2 gaat de Omgevingswet uit van de beleidscyclus, van beleidsontwikkeling tot terugkoppeling. Indien de beleidscyclus stelselmatig wordt gevolgd, kan

7 Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 539.

8 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. III-112.

9 ABRRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, AB 2008/228.

dit bijdragen aan een consequent en voorspelbaar systeem. Belangrijke voorwaarde is dat de uitvoering, onder andere door toepassing van bestuurlijke afwijkingsruimte, via terugkoppeling ook weer gevolgen kan hebben voor de beleidsontwikkeling. Dat wil zeggen dat in geval veelvuldig afwijken nodig blijkt, de terugkoppeling zal nopen tot herziening van de algemene regel.

Uiteindelijk kan de wijze waarop met maatwerk wordt omgegaan doorslaggevend zijn voor de voorspelbaarheid en daarmee de rechtszekerheid. Het voeren van een consistent beleid, oftewel stelselmatig handelen, en het weloverwogen inzetten van maatwerk is daarbij van groot belang.

5.4 Reikwijdte van de belangenafweging

De bestuurlijke afwijkingsruimte kan worden ingezet op verschillende niveaus van de doelenbenadering, waarbij geldt dat het ene type maatwerk passend is bij het ene niveau en het andere type beter bij het andere niveau past. Ter bevordering van de voorspelbaarheid van de toepassing van maatwerk, is het van belang dat het maatwerk wordt gebaseerd op beleid, dat consequent wordt toegepast en bekend is. Uiteraard geldt dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen dient te vergaren (art. 3:2 Awb). Bovendien dient een besluit te berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). De vraag is dan ook waar de inhoudelijke onderbouwing en de belangenafweging betrekking op kan hebben. Welke belangen kunnen worden meegenomen?

Het eerste lid van 3:4 Awb bepaalt dat alle bij het besluit betrokken belangen moeten worden afgewogen door het bevoegd gezag. Dit wordt slechts beperkt door de aard van de bevoegdheid of bij wettelijk voorschrift. Zoals in paragraaf 2.2.2 en paragraaf 5.2 beschreven, geven de doelen en het oogmerk (naast andere beperkingen uit de wet en hogere regelgeving) de grenzen van de bevoegdheid aan.

Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel hangt nauw samen met het verbod tot willekeur, te weten het beginsel dat een besluit niet zodanig mag zijn dat de overheid, bij de afweging van de betrokken belangen, in redelijkheid niet tot het desbetreffende besluit heeft kunnen komen. Dit verbod van willekeur staat bovendien weer in nauw verband met het evenredigheidsbeginsel. Op de evenredigheid als apart onderdeel komen we in de volgende paragraaf uitgebreider terug. Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb blijkt dat de gehele bepaling van artikel 3:4 Awb ertoe strekt om het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren. Daarbij heeft de Awb-wetgever aangegeven dat deze drie beginselen niet scherp ten opzichte van elkaar kunnen worden afgegrensd.¹⁰ Zoals de Awb-wetgever het verwoordde in 1993: 'Artikel 3:4 Awb scherpt het bestuur om binnen de ruimte die de wet daarvoor laat, in beginsel alle relevante

¹⁰ Parlementaire geschiedenis Awb, p. 210.

belangen die door de te nemen beslissing zullen worden geraakt, af te wegen'.¹¹ Deze opdracht uit de Awb om 'alle relevante belangen' mee te nemen, lijkt in zekere zin op de opdracht aan bestuursorganen in artikel 2.1 lid 2 Ow: 'Het bestuursorgaan houdt daarbij rekening met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen.'

De vraag is wat het verschil is tussen artikel 2.1 lid 2 Ow ten opzichte van de algemene opdracht uit het materiële zorgvuldigheidsvereiste van artikel 3:4 lid 1 Awb. Het voornaamste verschil is dat artikel 2.1 Ow aangeeft dat rekening moet worden gehouden met 'de samenhang' (van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving). Waar artikel 3:4 Awb spreekt over 'bij het besluit betrokken belangen' spreekt de Ow over 'rechtstreeks daarbij betrokken belangen'. De Awb stelt dat het bestuursorgaan de belangen moet afwegen, terwijl de Ow de opdracht geeft om 'rekening te houden met'. Uit de systematiek van de Ow volgt echter dat 'rekening houden met' ook de belangenafweging stuurt (maar het is minder sterk dan 'in acht nemen', zoals voor de concrete norm geldt). Er lijkt dus geen verschil te zijn beoogd tussen de opdracht 'rekening te houden met' en 'af te wegen'. Of er een onderscheid is tussen 'betrokken' en 'rechtstreeks betrokken' zal de praktijk moeten uitwijzen. De opdracht om de samenhang te betrekken is een duidelijke aanvulling op artikel 3:4 Awb. Vanuit de integrale benadering van de wet is de gedachte daarachter dat de samenhang meer is dan een optelsom van alle losse onderdelen en aspecten (de sectorale taken en bevoegdheden), zie ook paragraaf 2.2.2. De opdracht is om rekening te houden met integrale omgevingszorg.

Er geldt dus in beginsel geen beperking op de belangen die meegenomen moeten worden in de belangenafweging; het dient te gaan om betrokken belangen c.q. rechtstreeks betrokken belangen. Het staat een bestuursorgaan, zoals het college van burgemeester en wethouders, vrij om betrokken belangen die een positief gewicht in de schaal leggen, mee te nemen.¹² Het is echter niet zo dat een kleine selectie kan worden gemaakt en andere belangen kunnen worden genegeerd en ten onrechte niet worden meegenomen. Artikel 3:4 Awb geldt immers ook als codificatie van het verbod tot willekeur.

De buitenste cirkel van het kringenmodel, van 'de fysieke leefomgeving' is een duidelijke begrenzing: wordt buiten die wettelijke grens getreden dan is er sprake van 'détournement de pouvoir'.¹³ De wet kan verdere beperkingen opleggen, afhankelijk van de bevoegdheid en de nationale en lokale regels. Voor een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit geldt bijvoorbeeld, dat deze wordt verleend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (zie art. 5.21 lid 2 onder b Ow en art. 8.0a Bkl). Voor deze vergunning gelden

¹¹ Parlementaire geschiedenis Awb, p. 209.

¹² Parlementaire geschiedenis Awb, p. 210.

¹³ Artikel 1.4 Ow is ook van belang voor het bepalen van de buitenste grenzen: de Ow is niet van toepassing op onderwerpen van de fysieke leefomgeving die op grond van een andere wet uitputtend zijn geregeld.

dezelfde grenzen als voor het omgevingsplan.¹⁴ Afhankelijk van de regeling waarvan wordt afgeweken kunnen bijna alle belangen zoals die worden bestreken door de fysieke leefomgeving een rol spelen. Het maatwerk moet in ieder geval gericht zijn op het bereiken van de doelen van de wet, zoals geformuleerd in artikel 1.3 Ow. Bovendien dient rekening te worden gehouden met de samenhang tussen de onderlinge aspecten.

Belangenafweging en kringenmodel

Dat brengt ons op de vraag waar de belangenafweging bij de toepassing van maatwerk aan moet voldoen in de praktijk. Het kringenmodel, zoals hierboven beschreven, kan houvast bieden. Kijken wij naar de kring van de doelenbenadering (het kringenmodel, zie figuur I), dan zou de belangenafweging in ieder geval betrekking moeten hebben op het oogmerk of doel van de regel waarvan wordt afgeweken. Indien het besluit hoofdzakelijk een ander oogmerk of doel dient dan de oorspronkelijke regel, dan zal dit doel of oogmerk ook in de afweging moeten worden betrokken. Daarbij moet ook worden afgewogen of het besluit geen inbreuk maakt op het oorspronkelijke oogmerk of de oorspronkelijke regel. Voor alle afwijkingen geldt dat ze aan de algemene eisen van de Ow moeten voldoen, namelijk: past de afwijking binnen de doelen van de wet (art. 1.3 Ow) en betreft het de fysieke leefomgeving?

Indien wij de cirkels van het kringenmodel van binnen naar buiten volgen, dienen de volgende vragen te worden beantwoord:

1. Past de afwijking binnen het oogmerk van de regel waarvan wordt afgeweken?
2. Past de afwijking binnen de beoordelingsregels voor inherent afwijken?
3.
 - a. Past de afwijking binnen de doelen van de regels, te weten het omgevingsplan?
 - b. Wordt voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties?
4.
 - a. Past de afwijking binnen een ander doel van de wet (zie ook art. 2.1 lid 3 Ow, niet-limitatief) en is het verenigbaar met het omgevingsplan?
 - b. Wordt voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties?
5.
 - a. Past de afwijking binnen een ander doel van de wet (zie ook art. 2.1 lid 3 Ow, niet-limitatief) en is het niet verenigbaar met het omgevingsplan?
 - b. Wordt voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties?

Met elk van de vijf genoemde stappen is de afwijking van de originele regel groter. De belangenafweging kan worden opgebouwd aan de hand van de stappen die worden gezet in het kringenmodel. Voor elke stap geldt dat er een motivering en belangenafweging moet liggen, waarin het bestuur onderbouwt of er sprake is van een afwijking en zo ja, inzicht geeft in de reden van afwijking en de mate waarin er een inbreuk wordt gemaakt op de oorspronkelijke oogmerken en doelen.

¹⁴ Afwijken van algemene regels is mogelijk binnen dezelfde materiële en formele begrenzingen die van toepassing zijn bij het stellen van de regels waarvan afwijking gewenst is, *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 40*.

In het huidige omgevingsrecht (de Wabo) geldt dat aan de ruimtelijke onderbouwing van een project zwaardere eisen worden gesteld naarmate de inbreuk ervan op het geldende planologische regime groter is.¹⁵ Naar analogie daarvan kan worden gesteld dat naarmate er sprake is van een grotere afwijking, er zwaardere eisen zullen worden gesteld aan de onderbouwing van maatwerk. Hoe verder wordt afgeweken van de ‘kern van de regel’, des te zwaardere eisen aan dat maatwerk zullen worden gesteld.

Stap 1 vraagt of de afwijking binnen het oogmerk past; waarschijnlijk is de afwijking dan niet zo groot. Stap 2 past binnen de inherente afwijking van het omgevingsplan. Stap 3 en 4 zijn van toepassing op een omgevingsplanactiviteit voor afwijken van het omgevingsplan. Bij stap 3 wordt nog voldaan aan de doelen van het omgevingsplan en is daarmee verenigbaar met het omgevingsplan. Een afwijking die volgt uit stap 4 is per definitie groot en in dat geval dient het besluit zeer goed onderbouwd te zijn. Het betreft immers een afwijking van de geldende regels en geldend beleid. Voor stap 5, een afwijking die niet verenigbaar is met het omgevingsplan, zou het omgevingsplan moeten worden gewijzigd.

Zoals gesteld in paragraaf 4.4 dient een buitenplanse omgevingsplanactiviteit na vijf jaar te worden ingepast in het omgevingsplan. De regering stelde dat de besluitvorming over de afwijkactiviteit minder vergaand is dan de besluitvorming over de wijze waarop deze afwijkactiviteit op beleidsmatig verantwoorde en consistente wijze wordt ingepast in het omgevingsplan.¹⁶ Als de doelenbenadering echter goed wordt toegepast, zal de afwijkactiviteit aansluiten op de doelen van het omgevingsplan en dit maakt het inpassen in het omgevingsplan een stuk eenvoudiger. Geldt echter dat de afwijking in stap 4 terecht komt, dan is er sprake van een afwijking die niet binnen de doelen van het omgevingsplan past. Binnen vijf jaar zal deze afwijking wel in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Wij menen dat een omgevingsplanactiviteit voor afwijken die uitkomt in stap 4 (dus afwijkt van de doelen van het omgevingsplan), door de raad kan worden aangewezen als geval dat advies van de raad behoeft (ex art. 16.15a Ow). De laatste stap is een afwijking die niet verenigbaar is met (de doelen van het) het omgevingsplan, in dat geval ligt – in overeenstemming met de wet – een wijziging van het omgevingsplan meer voor de hand. Immers, over vijf jaar kan de afwijking dan ook niet in het omgevingsplan worden opgenomen en zal het ook tot een wijziging van het plan nopen. Dan past het beter in het systeem van de wet en het streven naar rechtszekerheid, om het omgevingsplan te wijzigen.

5.5 Belangenafweging en evenredigheid

Hiervoor gaven wij een indruk hoe een belangenafweging over maatwerk in de praktijk kan worden opgebouwd. Daarbij speelt een rol in hoeverre het ene doel moet

¹⁵ Bijv. ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1044 en ook Rb. Oost-Brabant 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6397.

¹⁶ Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, nr. 3, p. 476.

wijken voor het andere doel. In het voorbeeld hebben wij dit verwoord in de vraag: in hoeverre is er sprake van een inbreuk op het oogmerk of doel van de oorspronkelijk regel? Dit is een essentieel onderdeel van de afweging die het bestuur moet maken. Het resultaat van een dergelijke afweging komt met name aan de orde als er een beroep tegen een besluit wordt ingediend en de rechter het besluit zal toetsen.

Indien het gaat om een toets tussen twee doelen (of beter gezegd: doel en gevolgen van het middel voor een ander doel) dan komt men in het bestuursrecht al vrij snel op het terrein van het evenredigheidsbeginsel. In het omgevingsrecht is het evenredigheidsbeginsel echter altijd zeer beperkt toegepast. De toepassing van de doelenbenadering uit de Omgevingswet door het bestuur zal op een of andere wijze getoetst moeten worden door de rechter, al is het maar vanwege de opdracht uit de wet om ook 'rekening te houden met de samenhang'. We kunnen ons voorstellen dat de wijze van toetsen aan de evenredigheid, zoals het Europese Hof van Justitie dat toepast, aanknopingspunten kan bieden voor de onderbouwing en toetsing van bestuurlijke afwijking.

5.5.1 *Evenredigheid volgens Maxis en Praxis*

Artikel 3:4 lid 2 Awb bepaalt dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Dit evenredigheidsbeginsel wordt terughoudend toegepast in het omgevingsrecht. De Awb-wetgever was in 1993 ook terughoudend door de toen bekende rechtspraak over het beginsel alleen te codificeren als (evidente) onevenredigheid tussen doel en middel voor één of meer belanghebbenden. Overigens diende niet alleen het tweede lid ter codificatie van het evenredigheidsbeginsel, de wetgever merkte op dat ook het eerste lid van artikel 3:4 Awb deels een codificatie was van de evenredigheid.

Kort na de introductie van artikel 3:4 in de Awb volgde in 1996 de uitspraak *Kwantum/Maxis en Praxis*, waarin de Afdeling een belangenafweging terughoudend toetst.¹⁷ In deze uitspraak ging het eveneens om maatwerk in het omgevingsrecht, namelijk de artikel 19 WRO-vrijstelling. De rechtbank in eerste aanleg had het verlenen van een vrijstelling voor een nieuwe vestiging van de bouwmarkt Kwantum getoetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb en kwam tot de conclusie dat het besluit in strijd was met het evenredigheidsbeginsel, omdat het onevenredige gevolgen voor Maxis en Praxis zou hebben. Met name achtte de rechtbank het bezwaarlijk dat met de vrijstelling een voorschot werd genomen op de toekomstige besluitvorming door de raad over een woonthemapcentrum en de herziening van het bestemmingsplan. De Afdeling maakte korte metten met deze uitspraak en overwoog dat het beginsel niet ertoe zou strekken dat de rechter een uitspraak doet over welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd.¹⁸ De Waard merkte destijds in een annotatie al op dat de uitleg die de Afdeling in die uitspraak

¹⁷ Schlössels e.a. 2017, p. 374-375.

¹⁸ ABRvS 9 mei 1996, AB 1997/93.

aan artikel 3:4 Awb gaf, onnodig terughoudend is: ‘de parlementaire geschiedenis is minder eenduidig en minder dwingend’.¹⁹

De conclusie kan worden getrokken dat het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb en toegepast in het omgevingsrecht, de evenredigheid slechts beperkt tot de toets of (a) gelet op de gevolgen voor één of meer belanghebbenden er (b) geen sprake is van onevenredigheid tussen doel en gevolgen van het middel.

In andere delen van het bestuursrecht geldt echter al langer een minder marginale toets. Door de bestuursrechter wordt een volle toets namelijk al wel toegepast. Situaties waarbij een indringende toetsing van het evenredigheidsbeginsel al aan de orde is, zijn volgens Schlössels bij bestraffende sancties, bij de bevoegdheden in de sfeer van het financiële bestuursrecht, bij de uitoefening van bevoegdheden waarbij andere fundamentele rechten in het geding zijn en bij de uitoefening van bevoegdheden waarbij het Europese Unierecht daartoe dwingt.²⁰

Uiteraard is voor de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing relevant of er sprake is van beoordelingsruimte of beleidsruimte.²¹ Voorts geldt vaak, maar niet altijd, dat die evenredigheidstoets indringender wordt, naarmate een besluit belastender is.²²

5.5.2 Een voorbeeld nemen aan de toetsing door het Europese Hof van Justitie

Recent zijn er echter meerdere ontwikkelingen die de richting op gaan van een indringender toetsing in het omgevingsrecht. In het Jaarverslag 2017 sprak de Raad al niet meer van ‘marginale toetsing’; dit zou een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereren.²³

Enige tijd daarvoor, in 2015, pleitte Hirsch Ballin in het preadvies voor deze vereniging voor vervanging van de marginale toetsingsleer, in het kader van rechtsontwikkeling in het bestuursrecht. Hij stelde een integrale toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit voor, zoals die van oorsprong stamt uit het Duitse bestuursrecht en vervolgens tot ontwikkeling kwam in het EU-recht.²⁴ Het beginsel betreft de doel-middelverhouding in het overheidshandelen. Allereerst wordt onderzocht of het middel geschikt is om het doel te bereiken (*Geeignetheit*), vervolgens of dit middel noodzakelijk is dan wel minder belastende alternatieven beschikbaar zijn (*Erforderlichkeit*) en ten slotte of de inzet van dat middel niet in een wanverhouding staat tot het doel (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).²⁵ Die laatste verhouding tussen doel-middel wordt door Widdershoven ook wel omschreven als ‘evenwichtig’. Volgens Gerards (2007) en De Moor-van Vugt (1995) zou de structuur

¹⁹ De Waard 2009.

²⁰ Schlössels e.a. 2017, p. 377.

²¹ Zie voor een goed overzicht Huisman en Jak 2019.

²² Stijnen 2003.

²³ Jaarverslag 2017 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, www.raadvanstate.nl.

²⁴ Hirsch Ballin 2015, p. 47 e.v.

²⁵ Hirsch Ballin 2015, p. 48.

van de evenredigheidstoetsing die onder meer in de Europese jurisprudentie wordt teruggevonden, kunnen bijdragen aan verheldering van de toetsing van discretionaire bevoegdheden in de Nederlandse rechtspraak en ten goede komen aan 'de zorgvuldigheid en gestructureerde opbouw van de rechterlijke argumentatie'.

In het eerste deel van dit preadvies staat Van den Berge ook al stil bij de meerwaarde van de toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit als een aantrekkelijk kader voor de bestuurlijke belangenafweging waarbij 'de rechter zich kan ontwikkelen tot een kritisch gesprekspartner van het bestuur'. Juist onder de Omgevingswet zou een dergelijke gesprekspartner het bestuur behulpzaam kunnen zijn bij het gestalte geven aan de doelenbenadering.²⁶ Zoals we al eerder concludeerden, wordt een prioritering tussen de verschillende doelen in de fysieke leefomgeving overgelaten aan het bestuur. Schueler stelt dat meer afwegingsruimte – meer vrijheid – gevolgen heeft voor de rechterlijke toetsing: 'Die vrijheid is nooit absoluut, omdat rechtsbeginselen, grondrechten en de eis van een consistent beleid de uitoefening normeren.'²⁷ Hirsch Ballin merkt hierover op dat juist wanneer de wetgeving, zelfs gedelegeerde wetgeving, terugtreedt en geen kaders geeft voor de belangenafweging van het bestuur, de rechter dit moet aanvullen. 'De rechter moet hier, juist omwille van de democratische legitimiteit, op discursieve wijze completeren wat begonnen is met de terugtrek van de wetgever.'

In het omgevingsrecht is vaak sprake van een driepartijenverhouding of, sterker nog, van een meerpartijenverhouding. Interessant in dat verband is dat het vaak gaat om een overheid die zich verhoudt tot een aanvrager (een burger) en een veelheid aan andere belangen in de fysieke leefomgeving, vaak vertegenwoordigd door andere burgers. Uiteraard geldt wel dat indien het om meerpartijenverhoudingen gaat, de rechter niet op dezelfde manier kan optreden als bij de bescherming van (fundamentele) subjectieve rechten in een tweepartijenverhouding. Damen stelt dat bij een meerpartijenverhouding meer gestrengheid past uit het oogpunt van de rechtszekerheid van de aanvrager; dat geldt wellicht voor de formele kanten van een procedure.²⁸ Juist in het omgevingsrecht gaat het om meer dan alleen de klassieke evenredigheid van 'niet- onevenredige gevolgen voor een of meer belanghebbenden', namelijk ook om intrinsieke waarden van het milieu, natuur en de gezondheid. In dat kader kan niet alleen worden volstaan met de gevolgen voor één of meer belanghebbenden; de intrinsieke kwetsbare waarden dienen ook in de afweging te worden betrokken. Juist het feit dat het om een meerpartijenverhouding gaat waarbij een veelheid aan belangen een rol speelt, is een reden om te komen tot een inzichtelijke en transparante belangenafweging.

5.5.3 Ervaringen met de Dienstenrichtlijn

De Nederlandse bestuursrechter heeft onder invloed van het Europese Unierecht inmiddels enige ervaring met het toetsen aan de drie onderdelen van de

26 Zie anders Groothuijse en Kegge 2017, p. 158.

27 Schueler in Huisman 2019, p. 534.

28 Damen 2020.

evenredigheid: noodzaak, geschiktheid en evenredigheid. Sinds de uitspraak over detailhandel in Appingedam is de toets aan de Dienstenrichtlijn relevant in het ruimtelijke ordeningsrecht.²⁹ In de richtlijn is een dwingende voorwaarde ten aanzien van de 'evenredigheid' van een eis opgenomen. Het gevolg daarvan is dat de rechter besluiten in het omgevingsrecht (zoals de vaststelling van een bestemmingsplan) dient te toetsen aan deze voorwaarde uit de Dienstenrichtlijn ('Drl'). Overigens geldt op grond van artikel 5.1a Bkl voor een omgevingsplan (en een buitenplanse omgevingsplanactiviteit) dat deze in overeenstemming moet zijn met artikel 14 lid 5 van de Drl. Die bepaling staat niet toe dat de toegang tot de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk wordt gesteld van economische criteria.³⁰

Voorop moet worden gesteld dat deze jurisprudentie gaat over regels in een bestemmingsplan (en inmiddels ook over regels in een provinciale verordening). Een regel in een bestemmingsplan is in ieder geval een 'eis' in de zin van de Dienstenrichtlijn.³¹ Het is de vraag of deze jurisprudentie ook van toepassing zal zijn op het toepassen van bestuurlijk afwijken onder de Omgevingswet, zoals een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit voor afwijken. Zie hierover uitgebreid Van Oosten en Drahmman. Zij zijn van mening dat een regel in een dergelijke omgevingsvergunning ook kan worden aangemerkt als 'eis' in de zin van de Dienstenrichtlijn.³² Dat zou betekenen dat de Appingedam-jurisprudentie ook op deze vorm van bestuurlijke afwijking van toepassing zal zijn. Dogmatisch klopt dat, nu de regels voor afwijken materieel moeten voldoen aan dezelfde vereisten als de regels waarvan wordt afgeweken (zoals het omgevingsplan).³³ Op grond van artikel 5.1a Bkl geldt dat een buitenplanse omgevingsplanactiviteit moet voldoen aan de Dienstenrichtlijn. In ieder geval is het relevant om de onderdelen van de toetsing, zoals die volgt uit de Nederlandse jurisprudentie over de Dienstenrichtlijn, tegen het licht te houden. Juist ook omdat de door het Hof van Justitie genoemde onderdelen van de toetsing aan de evenredigheid hierin terugkomen.

Artikel 15, derde lid van de Dienstenrichtlijn stelt dat de lidstaten controleren of verboden of verdachte eisen (die beperkingen stellen aan het vrij verkeer van diensten) voldoen aan de voorwaarden van (a) non-discriminatie, (b) noodzakelijkheid en (c) evenredigheid. De voorwaarde over de evenredigheid is als volgt geformuleerd: (c) de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

²⁹ ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

³⁰ 5.1a Bkl, zie ook Nota van Toelichting bij het Invoeringsbesluit (versie mei 2019), p. 459-460.

³¹ Zie artikel 15, eerste lid Dienstenrichtlijn, (richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376): "De lidstaten onderzoeken of in hun rechtstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en zien erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden."

³² Van Oosten en Drahmman 2018, par. 4.1.

³³ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 40.

In de zaak Appingedam betrof de maatregel de brancheringsregeling (geen mode op het Woonplein) en het beoogde doel was behoud van leefbaarheid en voorkoming van leegstand. De toets beperkt zich dus niet tot de vraag of de inbreuk op het vrij vestigen van diensten gerechtvaardigd is, maar de Dienstenrichtlijn dwingt de rechter na te gaan of het middel geschikt is om het doel van voorkomen van leegstand te rechtvaardigen. Het Hof van Justitie oordeelde dat behoud van leefbaarheid en voorkoming van leegstand, algemeen gesproken, redenen kunnen zijn die een beperking rechtvaardigen (noodzakelijkheid).³⁴ In de jurisprudentie valt de 'evenredigheid' uiteen in (1) geschiktheid om het doel te bereiken en (2) de vraag of het doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt en de maatregelen niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken. In combinatie met de 'proportionaliteit' (of evenwichtigheid) komen deze eisen dan overeen met de drie elementen van de Duits/Europese evenredigheidstoets zoals genoemd door Hirsch Ballin.

Bij de vraag of een maatregel geschikt is om een doel te bereiken komt ook aan de orde of een doel 'systematisch en coherent wordt nagestreefd'. In de uitspraak Maastricht overwoog de Afdeling: 'zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof is voor het oordeel dat een eis geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken onder meer vereist dat het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd'.³⁵ Bovendien geldt dat de maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en dat deze niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling hoeft te kunnen verwezenlijken.³⁶

Deze nadere uitwerking van de geschiktheid om het doel te bereiken, ligt in lijn met de aanbeveling dat – voor het bereiken van een voorspelbaar overheidsoptreden – beleid op een consequente en stelselmatige manier moet worden ingezet, zoals wij hebben beschreven in paragraaf 5.3. Zowel voor de vraag of een maatregel geschikt is om een doel te bereiken (zoals voorkoming van leegstand in het centrum) als voor voorspelbaar overheidsoptreden, is dus een coherente en stelselmatige inzet van bevoegdheden vereist.

De toets van de Afdeling in Appingedam is heel goed te volgen, omdat de evenredigheidstoets uit elkaar is getrokken in noodzaak, geschiktheid en evenredigheid tussen doel en middel.³⁷ Daarbij hoeft de rechter nog niet volledig op 'de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten'; de Afdeling toetst uiteindelijk vooral aan de hand van de overgelegde gegevens of de raad redelijkerwijs tot zijn conclusie heeft kunnen komen. In die zin is de beoordeling nog steeds terughoudend. Net als het Hof van Justitie kiest de Afdeling vooral voor een procedurele toetsing, zoals recent door

34 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

35 ABRvS, 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:419 (Maastricht), Afdeling verwijst naar HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbH) en HvJ EU 12 januari 2010, zaak C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4 (Domnica Petersen).

36 ABRvS, 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (Maastricht), de Afdeling verwijst HvJ EU 13 juni 2018, zaak C-683/16, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring), r.o. 49.

37 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

Huisman en Jak ook is betoogd.³⁸ Dat wil zeggen dat de nadruk ligt op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de aangedragen argumenten en of deze gegevens de onderbouwing kunnen dragen.

5.5.4 Toets van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid onder de Omgevingswet

De drieslag die wordt gehanteerd in het Europese Unierecht (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid), waarvan met name noodzakelijkheid en geschiktheid zijn uitgewerkt in de *Appingedam*-jurisprudentie, kan handvatten bieden aan bestuur en rechter onder de Omgevingswet. De onderbouwing van een besluit onder de Omgevingswet kan worden opgebouwd aan de hand van het kringenmodel (afwijking ten opzichte van het doel van de oorspronkelijke regel). Vervolgens kan de belangenafweging en onderbouwing van deze afwijking worden opgebouwd aan de hand van de drieslag. Daarbij kan het bestuur aandacht besteden aan het feitelijke doel dat wordt bereikt, aan de wijze waarop dit wordt nagestreefd in het beleid en aan de mogelijke aanwezige alternatieven. Als de rechter aan wie het besluit wordt voorgelegd vervolgens toetst aan 'noodzaak', 'geschiktheid' en 'evenredigheid', kan dit de transparantie en inzichtelijkheid van de toetsing vergroten, zoals recent ook door Huisman en Jak werd betoogd.³⁹ Hierbij kan de rechter toetsen als kritische gesprekspartner, aan de hand van de procedurele vereisten en zorgvuldigheid, zonder daarbij vergaand in de ruimte van het bestuur te treden. Een andere belangrijke meerwaarde is dat in het kader van de geschiktheid de vraag meespeelt of het doel van het beleid coherent en systematisch wordt nagestreefd. Dat is juist van belang bij toepassing van bestuurlijke afwijking. Dit draagt bij aan een voorspelbaarder overheidsoptreden.

Een dergelijke toets aan de evenredigheid van de belangenafweging door de rechter zou goed passen bij het stelsel van de Omgevingswet. Het stelsel gaat immers uit van een dynamisch stelsel, waarbij een balans tussen flexibiliteit en rechtszekerheid wordt gevonden. Inhoudelijk moet de Omgevingswet ook leiden tot een integrale benadering. Door de elementen van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid (of evenwicht) van de afwijking te onderbouwen en te toetsen, kan inzicht worden gegeven op welke manier rekening is gehouden met de samenhang in de fysieke leefomgeving.

5.6 Tussenbalans IV: flexibel en integraal afwijken

Gemeenten hebben verschillende mogelijkheden voor bestuurlijke afwijking: in concrete besluiten kan bijvoorbeeld worden afgeweken van het omgevingsplan. Van belang is om na te gaan hoe groot de afwijking is van het doel van de oorspronkelijk regel; dit kan aan de hand van het kringenmodel.

Dit model maakt inzichtelijk hoe het besluit afwijkt van de doelen en oogmerken. Vervolgens kan het bestuur de afwijking onderbouwen. De belangenafweging wordt

³⁸ Huisman en Jak 2019, par. 4.3.1.

³⁹ Zie ook Barkhuysen 2018 en Verhoeven 2019.

door de Omgevingswet in ieder geval begrensd tot de doelen van de wet (beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving). De Awb noopt tot het afwegen van alle relevante belangen die door de te nemen beslissing zullen worden geraakt. In aanvulling daarop stelt de Ow dat rekening moet worden gehouden met de samenhang van verschillende aspecten en onderdelen in de fysieke leefomgeving. Van belang is hierbij de integrale omgevingszorg.

Voor een voorspelbaar en rechtszeker stelsel is het van belang dat de gemeente beleid heeft over de doelen voor de fysieke leefomgeving, dat dit beleid kenbaar is en dat dit beleid 'levend' is, oftewel dat dit consistent en stelselmatig wordt toegepast. Het is van belang dat de bestuurlijke afwijkingsruimte ook wordt ingezet in lijn met het consistente en stelselmatige beleid. De belangenafweging wordt door de Omgevingswet in ieder geval begrensd tot de doelen van de wet (beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving). De vraag is hoe de belangenafweging vorm kan krijgen. Nadat de mogelijke of gewenste afwijkingen van de doelen in kaart zijn gebracht, kunnen deze afwijkingen worden getoetst aan de evenredigheid. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van de drie elementen uit het Europese Unierecht: noodzakelijkheid, geschiktheid en proportionaliteit. De klassieke evenredigheid is wat ons betreft niet meer passend bij het systeem van de Omgevingswet. Voor de noodzaak wordt nagegaan of er sprake is van een dwingende reden voor de afwijking en of dat doel niet met andere middelen (met minder vergaande afwijking) kan worden bepaald. Voor de geschiktheid van de afwijking weegt mee of het doel (deels) kan worden verwezenlijkt met de maatregel uit het besluit en of het doel waartoe de afwijking dient op een coherente en systematische manier wordt nagestreefd. Ten slotte dient ook te worden nagegaan of de afwijking (het middel) proportioneel is ten opzichte van het doel. Deze toets op evenwicht gaat verder dan alleen de vraag of het besluit niet onevenredig is ten opzichte van één of meer belanghebbenden. Daarbij kan juist de samenhang van de aspecten en onderdelen van de fysieke leefomgeving een rol spelen, waarmee het bestuur volgens de Ow rekening moet houden. Indien een besluit op een dergelijke manier wordt onderbouwd, wordt de belangenafweging inzichtelijker. De rechter kan deze afweging ook toetsen, aan de hand van dezelfde drie elementen, zodat ook de rechterlijke uitspraak transparant is en meer inzicht kan bieden. Uit de (Europese) jurisprudentie blijkt dat een dergelijke toetsing mogelijk is, zonder dat te veel in de bevoegdheden van het bestuur wordt getreden.

6 Eindbalans en aanbevelingen

6.1 Conclusies

De Omgevingswet is erop gericht om te komen tot zowel flexibiliteit als rechtszekerheid in een nieuw wettelijk stelsel voor de leefomgeving. In dit preadvies hebben we duidelijk gemaakt dat er constant een spanningsveld is tussen specialiteit en integraliteit. Bij het stellen van regels moet telkens een keuze worden gemaakt tussen deze twee. Integrale normen leiden tot flexibiliteit, specialistische (sectorale) toetsingskaders tot rechtszekerheid.

Allereerst moest een keuze worden gemaakt door de wetgever bij het vaststellen van de Omgevingswet, maar ook door regering bij het opstellen van de AMvB's en door de planwetgever op decentraal niveau, de raad, bij het vaststellen van het omgevingsplan. De wetgever heeft in het stelsel gekozen voor de doelenbenadering. Voor de inzet van alle taken en bevoegdheden gelden de doelen ex artikel 1.3 Ow, kort samengevat 'het benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving'; dit hoofddoel is nader uitgewerkt in meerdere doelen (art. 2.1 lid 3 Ow, de genoemde doelen zijn niet limitatief). De oogmerken zijn vaak weer een verbijzondering van een doel of een subdoel, de regels worden gesteld met een oogmerk. De wetgever heeft er ook voor gekozen om het aantal typen omgevingsvergunningen te beperken en de oogmerken van de bijbehorende toetsingskaders te benoemen. Op verschillende manieren is afwijking mogelijk gemaakt om flexibiliteit te bieden of als 'noodventiel'. Bovendien geldt dat altijd rekening moet worden gehouden met de samenhang tussen onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving.

Interessant is dat het in het omgevingsrecht niet alleen gaat om afwijkingen per concreet geval, maar ook vaak op decentraal niveau. Provincies en gemeenten kunnen andere regels willen stellen dan de landelijke norm. Men kan zich ook voorstellen dat voor een bepaald gebied moet worden afgeweken van de algemene regels met gebiedsgericht maatwerk. Deze diversiteit is mogelijk gemaakt door zogenoemde instructieregels met instructies voor het gemeentelijk omgevingsplan. De regels kunnen meer of minder dwingend zijn. Als generiek soort maatwerk kan het lokale bestuur ook ontheffing vragen van een regel. De wet stelt niet veel nadere formele voorwaarden aan een ontheffing. In het Bkl is van de figuur van de ontheffing terughoudend gebruik gemaakt. Het verdient natuurlijk de voorkeur dat zowel op rijks- als op provinciaal niveau een algemene regel zo goed is geschreven dat de gemeente er mee uit de voeten kan, zodat een ontheffing niet of nauwelijks nodig is.

In de AMvB's zijn nadere regels gesteld voor verschillende activiteiten en sectoren. Ook hier diende de regering te kiezen tussen integraliteit en specialiteit. Voor een

aantal activiteiten zijn landelijk uitputtende regels gesteld (die niet kunnen worden aangevuld op decentraal niveau); het belangrijkste doel is streven naar helderheid en uniformiteit. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het Besluit bouwwerken leefomgeving, waarbij de uniforme regels ten koste van de samenhang gaan. Men kan zich voorstellen dat in de toekomst bijvoorbeeld afwijking uit oogpunt van klimaat en energie wel gewenst zal zijn. In het Besluit activiteiten leefomgeving zijn ook uniforme regels voor bepaalde typen milieubelastende activiteiten gesteld; de mogelijkheden voor maatwerkregels en maatwerkvoorschriften zijn hierin ruimer opengezet.

Uiteindelijk komen in het omgevingsplan de verschillen regelingen samen: in het omgevingsplan staan de voor de burger rechtstreeks geldende regels. Van het lokaal niveau wordt een integrale benadering van de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan verwacht. Gelet op de sectorale instructieregels, algemene regels en beoordelingsregels is bestuurlijke afwijkingsruimte op lokaal niveau noodzakelijk voor een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving. Daarbij is gekozen voor bestuurlijke afwijkingsruimte op maat. Er zijn verschillende algemene of specifieke afwijkmogelijkheden (zoals maatwerkvoorschriften en inherente afwijking) en mogelijkheden voor concrete gevallen (waarvan de belangrijkste de binnenplanse en buitenplanse omgevingsplanactiviteit).

Voor de toepassing van maatwerk in concrete gevallen voor gemeenten, hebben wij verschillende aanbevelingen gedaan. Deze zetten we in de volgende paragraaf op een rij. De inzet van maatwerk zal uiteindelijk bepalen of het stelsel in de gemeente sectoraal (specialistisch) is of juist integraal. De doelenbenadering kan worden vertaald in een kringenmodel, dat in de praktijk behulpzaam kan zijn bij het vaststellen van de omvang van de afwijking voor het besluit met bestuurlijke afwijkingsruimte. Voor een voorspelbaar en rechtszeker systeem is het van belang dat de bevoegdheden consequent worden ingezet.

Telkens moet vooropstaan waarom de bestuurlijke afwijkingsruimte noodzakelijk is. Daarbij moet er een belangenafweging worden gemaakt tussen de verschillende doelen; de waaier van betrokken belangen in de fysieke leefomgeving kan heel ruim zijn. Het verdient aanbeveling om de belangenafweging inzichtelijk en transparant te maken. De wetgever geeft hiervoor geen nadere eisen, maar deze kunnen wel ontleend worden aan het Europese Unierecht. We stellen voor dat de bestuurlijke afwijking wordt onderbouwd en getoetst door de rechter aan de hand van noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid tussen doel en middel.

Opvallend is dat de regering een soortgelijke toets voorstelt in het Bkl bij de inherente afwijkingsbevoegdheid voor onder andere geur en geluid. Een afwijking van de grenswaarden is mogelijk als er sprake is van een zwaarwegend belang; de gevolgen van de afwijking voor de verschillende doelen (ten gunste en ten nadele), de noodzakelijkheid en doelmatigheid en doeltreffendheid komen aan bod. Wij kunnen ons voorstellen dat in een omgevingsplan voor activiteiten die niet zijn toegestaan op grond van dat plan, onder nader beschreven voorwaarden, een omgevingsplanactiviteit voor afwijken (inherente afwijking) kan worden verleend. Wij stellen

voor om in de voorwaarden voor een dergelijke inherente afwijking de elementen van noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid terug te laten komen.

De rechter heeft al enige ervaring opgedaan met deze toets aan de hand van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid, aan de hand van het toetsen van bestemmingsplanregels aan de Dienstenrichtlijn. In 2015 is dit ook al bepleit door Hirsch Ballin als vervanging van de wel heel marginale toets in de bestuursrechtspraak.

Maatwerk in de vorm van bestuurlijke afwijking kan heel goed bijdragen aan meer dynamiek in het omgevingsrecht. Van belang is wel dat de bestuurlijke afwijking incidenteel moet blijven; het stellen van regels moet tenslotte democratisch zijn gelegitimeerd. Indien veel bestuurlijke afwijkingen noodzakelijk zijn, is dat immers een duidelijk signaal voor de planwetgever dat de betreffende activiteit op andere wijze moet worden gereguleerd. De afwijking moet passen bij de doelen en de oorspronkelijke regels en er moet ook altijd rekening worden gehouden met de samenhang. Het onderbouwen van besluiten tot afwijken aan de hand van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid leidt tot meer inzichtelijkheid, dwingt het bestuur de doelen voor ogen te houden en kan bijdragen aan de samenhangende benadering.

6.2 Aanbevelingen voor raad en college van de gemeente bij toepassing van maatwerk

- Zorg ervoor dat beleid is vastgesteld over alle verschillende onderdelen van de fysieke leefomgeving, maar vooral ook over de samenhang tussen de verschillende onderdelen en aspecten (die kan worden afgeleid uit de omgevingsvisie, maar ook uit programma's of andere beleidsstukken).
- Zorg ervoor dat het beleid kenbaar is door het te publiceren en makkelijk vindbaar te maken.
- Handel als gemeente consequent en stelselmatig in lijn met het beleid.
- Bouw het omgevingsplan op aan de hand van de doelenbenadering, met doelen en oogmerken.
- Neem zo veel mogelijk een prioritering van doelen op in het omgevingsplan.
- Stel zo helder mogelijke voorschriften en kies alleen voor open normen indien de feitelijke beoordeling pas later kan plaatsvinden (niet om de politieke afwijking uit te stellen).
- Algemene, goed geformuleerde regels hebben de voorkeur boven een vergunningplicht uit het oogpunt van voorspelbaarheid en deregulering.
- Als een ontwikkeling niet verenigbaar is met (de doelen) van het omgevingsplan, maak dan geen gebruik van een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, maar wijzig het omgevingsplan.
- Neem zo mogelijk een inherente afwijking op in het omgevingsplan voor een omgevingsplanactiviteit. Formuleer heldere voorwaarden, zoals voor het bereiken van welke doelen en omgevingswaarden kan worden afgeweken, stel de voorwaarde dat de noodzakelijkheid en geschiktheid moeten vaststaan en dat de afwijking geen onevenredig inbreuk kan maken op de oogmerken en doelen van de oorspronkelijke regel. Betrek daarbij ook alternatieven die met een (minder vergaande) afwijking kunnen worden bereikt.

- Gebruik de afwijkingsbevoegdheid alleen voor uitzonderingen en zorg ervoor dat de algemene regels zo veel mogelijk van toepassing zijn.
- Gebruik de fase van terugkoppeling uit de beleidscyclus om te evalueren of de algemene regels nog voldoen of moeten worden bijgesteld (onder andere aan de hand van het toegepaste maatwerk in de afgelopen periode).
- Kies de bevoegdheid die past bij het oogmerk en doel; maak gebruik van het kringenmodel.
- Stel als raad de gevallen vast voor afwijken van het omgevingsplan (buiten-plans) waarover de raad instemming wil; bijvoorbeeld indien de activiteit niet past binnen de doelen van het omgevingsplan, maar wel verenigbaar is met het omgevingsplan.
- Maak de belangenafweging aan de hand van noodzaak, geschiktheid en proportionaliteit; betrek hierin ook mogelijke alternatieven en of het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd.

Stellingen

- Het werken met doelen en oogmerken zal leiden tot minder afwijkingen in vergelijking met de huidige Wro en Wabo en is daarmee een verbetering ten opzichte van het bestaande systeem.
- De mogelijkheden tot maatwerk in het wettelijke stelsel dwingen tot een goede onderbouwing van het bestuur en een indringender toetsing van de bestuursrechter, de onderbouwing en toetsing kunnen worden opgebouwd aan de hand van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid.

Literatuur

Anzion 2015

S. Anzion, *Het specialiteitsbeginsel: onverminderd noodzakelijk, de effecten van integratie van toetsingskaders in het omgevingsrecht op de werking van het specialiteitsbeginsel*, Scriptie Radboud Universiteit 2015.

Bäcker en Van Midden 2018

R.J.G. Bäcker en G.J. van Midden, “Appingedam”: toepassing van de Europese Dienstenrichtlijn en de gevolgen voor de omgevingsrechtelijke praktijk’, BR 2018/61.

Backes 2012

Ch.W. Bacjes, ‘ Integraal en flexibel omgevingsrecht – droom of drogbeeld?’, *Regelmaat* 2012/27, p. 347-362.

Barkhuysen 2018

T. Barkhuysen, ‘De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht’, NJB 2018/445.

Benhadi en Nijmeijer 2019

R. Benhadi en A.G.A. Nijmeijer, Noot onder ABRvS 30 april 2019, TBR 2019/111.

Borgers en Van der Heijden 2011

H.C. Borgers en G.M.A. van der Heijden, *Evenredig de ruimte. Bestuurlijke ruimte in het afwegingskader van het omgevingsrecht op basis van een evenredige ruimte*, Delft: Eburon 2011.

Brans 2016

M.C. Brans, ‘Flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet, de AMvB’s verkend (deel I)’, BR 2016/87 en deel II, BR 2016/96.

Bregman 2017

A.G. Bregman, ‘Plattelandswoningen en bestuurlijke afwegingsruimte in de Omgevingswet’, TBR 2017/96.

Bregman 2019

A.G. Bregman, ‘De positie van de gemeenteraad bij gebiedsontwikkelingen’, in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag, IBR, 2019.

Van den Broek 2012

J.H.G. van den Broek, *Bundeling van omgevingsrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2012.

Van den Broek 2015-1

J.H.G. van den Broek, 'Wetssystematiek Omgevingswet moet eenvoudig beter', *M&R* 2015/32, p. 159-157.

Van den Broek 2015-2

J.H.G. van den Broek, 'Funambulisme in de Omgevingswet', *TBR* 2015/96.

Damen 2013

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Damen 2020

L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020/2.

Drupsteen 2011

Th.G. Drupsteen, 'Een Omgevingswet', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing in bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 273-285.

Gerards 2007

J.H. Gerards 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

De Graaf en Tolsma 2014

K.J. de Graaf en H.D. Tolsma, 'Flexibiliteit in de Omgevingswet; maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenten', *M&R* 2014/126, p. 635-642.

Groothuijse en Kegge 2017

F.A.G. Groothuijse en R. Kegge, 'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?' (*VBR preadvies*, nr. 45), 2017.

Groothuijse, Landman en Nehmelman 2018

F.A.G. Groothuijse, K. Landman en O.R. Nehmelman, 'Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?', *NJB* 2018/637.

Groothuijse en De Vries 2019

F.A.G. Groothuijse en H.J. de Vries, 'Na 55 jaar (?) 'goede ruimtelijke ordening' naar 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties': oude wijn in nieuwe zakken?' in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag, IBR, 2019.

De Haan 1973

P. de Haan, 'Coördinatie van de administratieve wetgeving inzake onroerend goed' in: *Handelingen 1973 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel I, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 3-153.

Hirsch Ballin 1998

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Object en methode van de wetenschap van het staatsrecht en het bestuursrecht', in: O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman en C.W. Maris, *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep, mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015 (VAR-reeks, nr. 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Huisman en Jak 2019

P. J. Huisman en N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20.

Integrale onafhankelijke adviescommissie 2019

Integrale onafhankelijke adviescommissie, *Recht doen aan de Omgevingswet*, Den Haag 2019.

Kamroun en Groenleer 2018

N. Kamroun en M.L.P. Groenleer, 'Implementatie van de Omgevingswet; flexibiliteit en rechtszekerheid in de waterschapsverordening', *MenR* 2018/120, p. 704-711.

Meijer e.a. 2016

J.H. Meijer, H.A. Oldenziel en H.W. de Vos, 'The making of' van de stelselherziening omgevingsrecht, in *Stelselherzieningen*, Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.

Michiels 2001

F.C.M.A. Michiels, *Kleur in het omgevingsrecht*, Den Haag 2001: Boom Juridische uitgevers.

Moesker en De Haan 2019

H.C.W.M. Moesker en P.M.J. de Haan, 'Maatwerk technische bouwregelgeving in de Omgevingswet, zegen of zorg?', *TBR* 2019/120.

De Moor-van Vugt 1995

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Nijmeijer 2016

A.G.A. Nijmeijer, 'De ontheffing van instructieregels in de Omgevingswet', *TBR* 2016/81.

Nijmeijer 2018

A.G.A. Nijmeijer, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een "goede ruimtelijke ordening" en de "twijfel aan de juistheid"-toets', *TO* 2018/1.

Nijmeijer 2019-1

A.G.A. Nijmeijer, 'Invoeringsbesluit Omgevingswet: Van één-document-gedachte naar gedeeltelijke keuzevrijheid bij de vaststelling van decentrale regels', TBR 2019/122.

Nijmeijer 2019-2

A.G. A. Nijmeijer, 'Beleidsregels horen in een omgevingsplan niet thuis', in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag, IBR, 2019.

Nijmeijer en Soppe 2011

T. Nijmeijer en M. Soppe, 'Alles draait om de eenvoud. De Omgevingswet tussen Haagse bluf en fata morgana?', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing in bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 427-440.

Oldenziel en De Vos 2018

H.A. Oldenziel en H.W. de Vos, *Systeem en kerninstrumenten van de Omgevingswet* (Serie Bestuursrecht in de praktijk), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Oosten en Drahmman 2018

J.C. van Oosten en A. Drahmman, 'De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijk besluiten', JBplus 2018/3.

Palm en De Vos 2015

C.D. Palm en H.W. de Vos, 'De Tweede Kamerbehandeling van het wetsvoorstel Omgevingsrecht: de politieke waardering van de stelselherziening', TvO 2015/3.

Raad van State

Raad van State, *Jaarverslag 2017*.

Rli 2015

Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur, *Vernieuwing omgevingsrecht: maak de ambities waar*, Den Haag 2015.

Rutteman 2009

J. Rutteman, 'Impasse tussen milieu en gebiedsontwikkeling?', TO 2009/2.

Scheltema 1994

M. Scheltema, 'Hoe belangrijk is systematiek in het recht?', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1994, themanummer 'Awb in stukjes', p. 3-5.

Schlössels e.a. 2017

R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band I*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler 2012

B. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve onevenredigheid?', *Milieu en Recht* 2012/4, p. 241.

Schueler 2019

B.J. Schueler, 'De bestuursrechter en de afwegingsruimte in het nieuwe omgevingsrecht,' in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksmā*, Den Haag, IBR, 2019.

Stoter 2000

W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever: een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Stijnen 2003

R. Stijnen, 'Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter', *NJB* 2003, p. 1945-1953.

Tolsma 2011

H.D. Tolsma, 'Fundamentele herziening omgevingsrecht noodzakelijk? De Omgevingswet en het integraal afwegen van belangen', *TBR* 2011/166.

Tolsma 2012

H.D. Tolsma, 'Naar meer flexibiliteit in het omgevingsrecht; het compensatiebeginsel centraal', *TO* 2011/2, p. 44-51.

Tolsma 2013

H.D. Tolsma, 'De betekenis van het specialiteitsbeginsel in de context van het omgevingsrecht', *NTB* 2013/6.

Tonnaer 2019

F.P.C.L. Tonnaer, 'Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst? Een goed gekozen zorgplicht leidt tot wetgeving die aannemelijk bestendiger is dan gedetailleerde regels...', *TvO* 2019/3.

Verhoeven 2019

M.J.M. Verhoeven, 'Hoe toetst de bestuursrechter onder de Omgevingswet', *M&R* 2019/124, p. 775-783.

De Waard 2009

B.W.N. de Waard, 'Maxis en Praxis. Verbod van willekeur', in: *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2009, p. 417-426.

De Zeeuw e.a. 2009

F. de Zeeuw, H. Puylaert en H. Werksma, *Doorbreek de impasse tussen milieu en gebiedsontwikkeling*, Informeel Platform Milieu en Gebiedsontwikkeling, Praktijkleerstoel Gebiedsontwikkeling TU Delft, februari 2009.

Zijlstra 2015

S.E. Zijlstra, 'E.M.H. Hirsch Ballin. Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', *NTB* 2015/16.

Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?

Mr. S. van Heukelom-Verhage*

1	Inleiding; transformatie naar een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving	187
2	Scope van dit preadvies	189
3	Verantwoording van dit preadvies	190
4	Normen en uitgangspunten voor een digitale en datagedreven overheid	193
4.1	Categorieën normen	193
4.2	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	194
4.3	Extra aandacht voor maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving	198
4.4	Maatwerk voor wie? De burger in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving	199
5	Observaties	201
5.1	Obstakel 1: De overtuiging dat maatwerk en digitalisering niet samen gaan en digitalisering van maatwerkbeslissingen niet mogelijk is	201
5.2	Obstakel 2: Werking en mogelijkheden van technologie niet (altijd) duidelijk voor juristen	202
5.3	Obstakel 3: Onbekendheid met de Awb en met handelingsperspectief	202
5.4	Obstakel 4: Gebrek aan gezaghebbend orgaan dat open normen snel, flexibel, gedragen en eenduidig invult	203
5.5	Obstakel 5: Digitaliseringsprojecten zijn soms duur en mislukken soms	204
5.6	Obstakel 6: Nog niet opgelost juridisch vraagstuk; wie is eigenaar van data?	204
5.7	Obstakel 7: Nog niet opgelost juridisch vraagstuk; bevoegdheid tot het vergaren en gebruiken van data	205

* Sandra van Heukelom-Verhage is advocaat bij Pels Rijcken.

6	Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?	207
6.1	De burger centraal stellen	207
6.1.1	Technologie ontwerpen vanuit een burgergeoriënteerde opzet	208
6.1.2	SSI; een eerste stap naar gedigitaliseerd maatwerk	211
6.1.3	Eén gepersonaliseerde, digitale ontmoetingsplaats voor overheidsdienstverlening	212
6.1.4	Zo nodig: menselijke tussenkomst organiseren	213
6.2	Transparant overheidshandelen	214
6.2.1	Meer inzicht in data, technologie en uitkomst	214
6.2.2	Meer beïnvloedingsmogelijkheden van data, technologie en uitkomst	217
6.3	Technologie ter identificatie en garantie van maatwerk	217
6.3.1	AI ontwikkelen voor het identificeren van maatwerkgevallen	218
6.3.2	Het incorporeren van rechten en waarborgen in de technologie	218
7	Preadvies: Adviezen en maatregelen	221
8	Stellingen	222
9	Beschrijving van een aantal technologieën	223
9.1	Digitale platforms	223
9.2	Blockchain en Smart Contracts	223
9.2.1	Blockchain	223
9.2.2	Smart contracts	225
9.2.3	Oracles	226
9.3	AI	226
9.4	Digital Twins	227
9.5	IOT	228
9.6	Applicatielaag	228
	Literatuur	229

I Inleiding; transformatie naar een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving

De samenleving digitaliseert in rap tempo. Banken en verzekeraars zijn getransformeerd in IT-bedrijven, techgiganten behoren inmiddels tot de allergrootste bedrijven ter wereld en de maakindustrie beweegt zich van een productgedreven aanbod naar een 'as-a-service' aanbod. Zo stoelt het businessmodel van Philips niet langer op de verkoop van lampen, maar op het verzorgen van licht 'as-a-service'. Ook de overheid digitaliseert in rap tempo.

Bovengenoemde veranderingen zijn voor een groot deel toe te schrijven aan de opkomst van nieuwe technologieën, waarvan het internet misschien wel de belangrijkste is geweest. Daar waar technologie eerst een middel van de bedrijfsvoering was om een bedrijf of de overheid als zodanig goed te laten functioneren, zetten bedrijven en overheden nieuwe technologieën steeds meer in om hun bestaande producten en diensten te verbeteren en nieuwe producten en diensten te ontwikkelen.

De toename van de inzet van technologie in de primaire processen van bedrijven en overheden levert een stortvloed aan data op, die vervolgens weer steeds belangrijker worden voor dienstverlening van bedrijven en overheden. De voorspelling is dat data straks de belangrijkste grondstof van onze samenleving worden.

De omslag naar een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving voltrekt zich veelal volgens de volgende fasen.

1. Van analoog naar digitaal

De eerste stap is van analoog naar digitaal, zowel intern als extern. Het merendeel van de overheid is bezig met de stap van analoog naar digitaal, daartoe al dan niet aangezet door wetgeving,¹ door de vraag van burgers en ondernemingen of door de behoefte aan data. De interne processen, zoals finance, control, HR en dossiervorming vinden niet langer op papier plaats, maar in gedigitaliseerde vorm, daartoe gebruikmakend van databases en geautomatiseerde processen. Ook de externe communicatie en dienstverlening vindt veelal gedigitaliseerd plaats, namelijk via websites, chatbots, portals en apps.

¹ Zie voor een overzicht: www.pelsrijcken.nl/expertise/digitale-wetten-en-projecten.

2. Van digitaal naar data

De geautomatiseerde interne en externe processen leveren veel data op. In het tweede stadium worden die data vergaard, verrijkt en uitgewisseld. Het vergaren van data vindt plaats in databases, veelal gerangschikt op proces, dienst of burger. De data worden vervolgens verrijkt – gemetadateerd of aangevuld met andere informatie – teneinde ze bruikbaar te maken voor analysedoeleinden. Bruikbare data leveren immers een scala aan waardevolle informatie op over de efficiëntie van processen, het gedrag van burgers en de doeltreffendheid van overheidsdienstverlening en -besluitvorming. Bruikbare informatie kan tevens worden uitgewisseld met andere overheden, met ketenpartners en met adviseurs. In dit stadium wordt het verband tussen digitalisering en data(gebruik) bekend en worden de data gezien als belangrijkste drijver van processen.

3. Van data naar datagedreven diensten en concepten

In het laatste stadium staat de transformatie naar datagedreven (overheids)dienstverlening. Als gevolg van analyse en inzicht in de vergaarde data ontstaat tevens inzicht in de efficiëntie van de producten en dienstverlening, alsmede in de vraag van de burger, de ontwikkeling van een (datagedreven) markt en de opstelling van concurrenten. Dit inzicht leidt veelal tot een roep om innovatie teneinde het hoofd te bieden aan de veranderende vraag van de burger. We zien bedrijven en overheden in deze fase de waarde van de inzet van nieuwe technologieën ontdekken, daarmee experimenten en zich ontwikkelen tot volledig digitale en datagedreven bedrijven en overheden.

We steven aldus af op een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Deze samenleving vormt de context van dit preadvies.

2 Scope van dit preadvies

Dit preadvies gaat over het bieden van maatwerk in die context. Dát maatwerk moet worden geboden door de overheid staat voorop. Sterker nog, de Awb gaat uit van individuele besluitvorming, met inachtneming van alle individuele kenmerken, behoeften en belangen van de burger. Maar dat is makkelijker gezegd dan gedaan. Want digitalisering leidt vaak tot standaardisering en uniformering. Digitale besliss-bomen zijn binair en laten geen ruimte voor uitzondering of ‘tussengevallen’. Als we tot uitgangspunt nemen dat digitalisering en datagedrevenheid niet zullen afnemen of stoppen,¹ dan moeten we nú nadenken over de vraag hoe binnen die context maatwerk kan worden geboden.

Ik zal die vraag in dit preadvies zo concreet mogelijk proberen te beantwoorden. Hóe kan maatwerk worden geboden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving? Kan technologie daar een bijdrage aan leveren? En welke dilemma’s moeten worden opgelost om dat mogelijk te maken?

Het preadvies is uitdrukkelijk bedoeld als discussiestuk voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR). Om die reden bevat het preadvies:

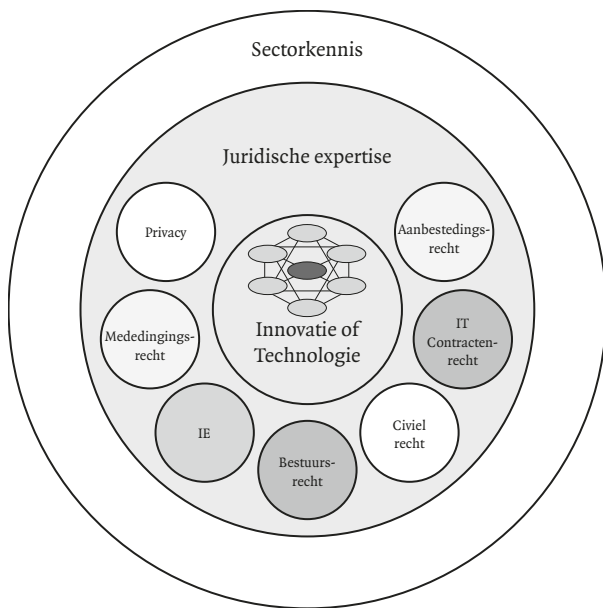
- *weinig nuance*, want over heel genuanceerde stukken discussieert men vaak minder goed;
- *veel eigen opvattingen*, omdat die hopelijk een basis bieden voor een vruchtbare discussie; en
- *veel onderwerpen*, omdat ik heb geprobeerd zo veel mogelijk aan te dragen.

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Voordat ik aan de vraag toekom hoe de overheid maatwerk kan bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving (hoofdstuk 6), schets ik eerst de normen en uitgangspunten voor een digitale en datagedreven overheid (hoofdstuk 4) en de obstakels die moeten worden overwonnen om maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving te kunnen bieden (hoofdstuk 5). Ik sluit af met mijn preadvies aan de leden van de Vereniging voor Bestuursrecht (hoofdstuk 7), alsmede met enkele stellingen waarover gestemd kan worden (hoofdstuk 8). Aan het slot van dit preadvies is een beschrijving opgenomen van een aantal relevante technologieën (hoofdstuk 9).

¹ Dat laat natuurlijk onverlet dat er nog veel personen zijn die zich tegen de digitalisering en datagedrevenheid als zodanig verzetten. Die zullen mogelijk weinig plezier beleven aan dit preadvies, omdat ik niet inga op de wenselijkheid van de trend. We kunnen het daar tijdens de jaarvergadering natuurlijk wel over hebben.

3 Verantwoording van dit preadvies

Ik schrijf dit preadvies op grond van de ervaring die ik de afgelopen jaren heb opgedaan vanuit de sectie Innovatie, Privacy en Technologie van Pels Rijcken. Die sectie heeft tot doel innovaties in Nederland te versnellen door het wegnemen van juridische belemmeringen. De sectie bestaat uit advocaten met verschillende achtergronden en specialisaties. Zo zijn er advocaten gespecialiseerd in het civielrecht, staats- en bestuursrecht, privacyrecht, IE-recht, mededingingsrecht, ondernemingsrecht en financieel recht. Deze advocaten kijken vanuit hun eigen discipline naar innovaties en nieuwe technologieën bij – onder andere – de overheid. Dat is nodig, omdat vraagstukken over innovaties en nieuwe technologieën niet rechtsgebiedgedreven zijn, maar zich richten op de juridische *compliance* van die innovaties en technologieën. Dat vraagt enerzijds om een eenduidig beeld van de innovaties en technologieën en anderzijds om een multidisciplinaire blik vanuit het recht.



In de sectie Innovatie, Privacy en Technologie wordt (onder andere) geadviseerd over (conceptuele) ideeën en innovaties, alsmede over de te ontwikkelen en in te zetten technologieën voor het verrichten van overheidsdienstverlening en communicatie met de burger. Denk daarbij aan het programma Regie op Gegevens van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, waar een conceptuele,

beleidsmatige visie wordt ontwikkeld op het voeren van regie op eigen (persoons) gegevens. De vraag rijst welke normatieve kaders op een dergelijk programma van toepassing zijn en welke afsprakenstelsels, gebaseerd op die normatieve kaders, tussen de verschillende actoren zouden moeten gelden. Naast de toepasselijkheid van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en van het mededingingsrecht is een van de vragen bijvoorbeeld op welke wijze bestuursorganen, die beschikken over (persoons)gegevens, zorgvuldig handelen bij het ter beschikking stellen van die gegevens aan de burger. Het is dan zaak om te komen tot een concrete invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel, alsmede van de andere algemeen bestuursrechtelijke normen die op dit handelen van toepassing zijn.

Innovaties kunnen – in plaats van conceptueel – ook technologiegedreven zijn. Het is dan noodzakelijk om die technologie te doorgronden vóórdat met de juridische analyse wordt gestart.

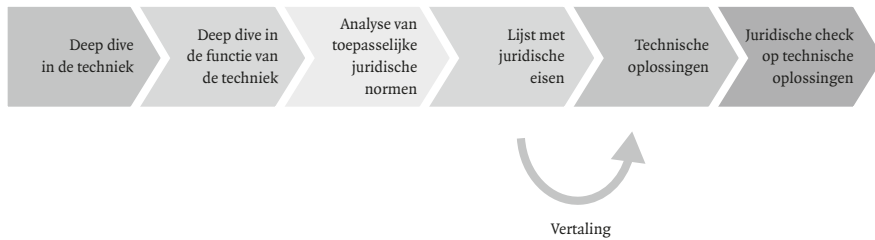
In hoofdstuk 9 van dit preadvies is een schets opgenomen van een aantal relevante technologieën. Ik raad u aan dit eerst even te lezen, zodat de volgende alinea's begrijpelijk worden.

Toen wij drie jaar geleden gevraagd werden om de eerste blockchaintoepassing van de overheid juridisch te toetsen, zijn we om die reden met de gehele sectie gestart met een 'deep dive' in de blockchaintechnologie, gefaciliteerd door een IT-architect. Toen we de finesses van die technologie (op hoofdlijnen) begrepen, zijn we gestart met een onderzoek naar de functie van die toepassing. Waarvoor zou deze blockchaintechnologie worden ingezet? In welke sector? Met welk doel? En voor welke doelgroep? Pas toen hadden we voldoende informatie – technisch en functioneel – om een analyse te maken van de toepasselijke wettelijke normen en deze normen – waar nodig – contextspecifiek uit te leggen. Zo blijkt een blockchaintoepassing primair te worden ingezet als samenwerkingsvehikel (shared database). De op de blockchain gecodeerde smart contracts stellen het samenwerkingsverband in staat om enorme efficiëntiewinsten te generen. Indien er dan, naast de overheid, diverse marktpartijen onderdeel uitmaken van het blockchainnetwerk, ontstaat er een risico op kartelvorming, waarop onder andere de mededingingsregels van toepassing zijn. Van belang is dan de technologie en de governance van en rondom die technologie zo te ontwikkelen dat juridische risico's zo veel mogelijk worden vermeden.

Al snel bleek dat het maken van een juridische analyse niet genoeg was, en al helemaal niet in een situatie dat de technologie nog moest worden ontwikkeld. Want een IT-architect kan niets met de vaststelling dat de overheid zorgvuldig moet handelen, dat er geen sprake mag zijn van kartelvorming of dat de uitkomst van automatische besluitvorming transparant moet zijn. Dat betekent dat de juridische normen moeten worden omgezet in een (uitputtende) lijst met juridische eisen, die op hun beurt moeten worden vertaald in technische toepassingen. We hebben – proefondervindelijk – vastgesteld dat die vertaalslag niet zónder juristen kan worden gemaakt. Zo is er lang gedebatteerd over de vraag op welke wijze het – in de AVG neergelegde – recht om vergeten te worden kon worden nageleefd in een blockchainapplicatie

in de zorg.² De aard van de technologie lijkt zich daartegen te verzetten, zodat er andere technische oplossingen moesten worden ontwikkeld om aan deze juridische eis tegemoet te komen. In nauwe samenspraak met de IT-architect zijn daarvoor verschillende oplossingen bedacht.³

Het voorgaande illustreert dat juristen in staat moeten zijn om de IT-architect op dit punt bij te staan, de vereiste wettelijke normen te vertalen in technische toepassingen en nadien te toetsen of het geheel aan gekozen technische oplossingen voldoet aan de wettelijke normen. Op die manier kunnen juristen een waardevolle bijdrage leveren aan de ontwikkeling van technologie. Het is deze ervaring die ik heb betrokken bij het schrijven van dit preadvies en – in het bijzonder – bij het formuleren van de normen en uitgangspunten voor een digitale en datagedreven overheid.



² <https://istandaarden.nl/izo/innovaties/blockchain-mijn-zorg-log>.

³ Als u wilt weten hoe we dat hebben gedaan, zie dan het rapport (150 p!) *Blockchain in de zorg in relatie tot de AVG*.

4 Normen en uitgangspunten voor een digitale en datagedreven overheid

4.1 Categorieën normen

Het overheidshandelen binnen een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving wordt beheerst door tal van normen. Het betreft niet louter bestuursrechtelijke normen, neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar ook privacynormen, neergelegd in de AVG, mededingingsnormen, neergelegd in het EU-verdrag en de Mededingingswet, en sectorspecifieke normen, neergelegd in bijvoorbeeld de (nieuwe) Omgevingswet.

Naast een onderscheid op grond van wet- en regelgeving worden de normen met betrekking tot de inzet van technologie veelal onderscheiden in ethische normen, grondrechten, technische normen, normen met betrekking tot de governance en normen over bejegening.

Voorbeelden van **ethische normen**¹ zijn menselijke integriteit, autonomie, privacy en duurzaamheid.

Voorbeelden van relevante **grondrechten**² zijn het recht op privacy, het non-discriminatieverbod en het recht op vrijheid van meningsuiting.

Voorbeelden van **technische normen** zijn de NEN³- en ISO-standaarden, alsmede Europese normen op het gebied van identificatiemiddelen.⁴

De normstelling onder de noemer '**governance**' draait om verantwoordelijkheids- en bevoegdheidstoedeling, organisatiestructuur en besluitvorming rondom IT. Wie is waarvoor verantwoordelijk en wie mag wat beslissen? Een voorbeeld is de IT Governance matrix van Weil en Ross, waarin de verschillende rollen zijn weergegeven en is aangegeven welke beslissingen door wie worden genomen.⁵

¹ HLEG 2019a, HLEG 2019b, IEEE Standards Association 2016.

² Vetzo e.a. 2018.

³ Bijvoorbeeld NEN 7510, norm voor Informatiebeveiliging voor de zorgsector in Nederland.

⁴ Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1502 van de Commissie van 8 september 2015 tot vaststelling van minimale technische specificaties en procedures betreffende het betrouwbaarheidsniveau voor elektronische identificatiemiddelen.

⁵ Weill e.a. 2004.

Voorbeelden van **normen over bejegening**, ook wel behoorlijkheidsnormen genoemd, zijn open en duidelijk zijn, respectvolle omgang, betrokken en oplossingsgericht zijn en eerlijk en betrouwbaar zijn.⁶

Daarnaast wordt ook regelmatig onderscheid gemaakt tussen de fasen van datagebruik. Het gaat dan om het vergaren van data, het verwerken van data, het analyseren van data, het toepassen van data (besluitvorming), het corrigeren van data en het delen van data. De daarvoor geldende normen zijn onder meer opgenomen in de AVG, de Wet hergebruik van overheidsinformatie, de Wet openbaarheid van bestuur, bijzondere wetten en de Awb.

Ik laat in dit preadvies de niet-bestuursrechtelijke normen verder buiten beschouwing en concentreer me op de bestuursrechtelijke normen, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De – geschreven en ongeschreven – algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn uiterst bruikbaar in een snel veranderende, gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Door ze contextspecifiek in te vullen is het mogelijk wendbaar en flexibel te zijn en snel in te spelen op veranderingen in de maatschappij, van de technologie en van de publieke opinie.

Ik ben aldus een groot voorstander van het werken met open normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nieuwe wetgeving is niet noodzakelijk, in elk geval niet over de hele linie. Sterker nog, het is maar goed dat er geen Wet op de blockchain is opgesteld. De veranderende inzichten rondom deze technologie zouden de wetgever anders veel hoofdbrekens hebben gekost.

Ik kom tot het volgende overzicht van de meest relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de aan de orde zijnde context:⁷

Zorgvuldig overheidshandelen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving verlangt het (blijven) kennen en herkennen van de burger jegens wie de overheid handelt; het in kaart brengen van de daarvoor relevante data (de gegevens, belangen, kenmerken, omstandigheden) van de burger (art. 3:2 en 3:4 Awb); het garanderen van juiste, transparante en toegankelijk data (art. 3:2 Awb); het organiseren van waardevolle inspraak (af. 3.4, art. 4:7 en 4:8 Awb); het zich ervan vergewissen dat digitale bronnen, big data-analyses en oracles aan het besluit ten grondslag mogen worden gelegd (art. 3:9 Awb) en zorgvuldig en waardevol elektronisch bestuurlijk verkeer tussen overheid en burger (art. 2.1 Awb (nieuw) en afd. 2.3 Awb).

6 Nationale ombudsman 2019b.

7 BZK 2019.

Gemotiveerd overheidshandelen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving vergt het toegankelijk, effectief en uit eigener beweging bekendmaken van maatwerk-data, technologie en uitkomst; het recht van de burger om data, technologie en uitkomst te laten reproduceren en reconstrueren.

Betrouwbaar overheidshandelen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving vergt dat de burger moet kunnen vertrouwen op data, technologie en uitkomst, alsmede op informatie van (bijvoorbeeld) chatbots; op een overheid die zijn privacy beschermt en respecteert.

Voorspelbaar overheidshandelen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving vergt tijdige publicatie van in te zetten technologie en inzichtelijkheid in de digitale procedure.⁸

Niet-willekeurig overheidshandelen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving verlangt non-discriminatoire overheidshandelen en de inzichtelijkheid in de gelijkheid en ongelijkheid van digitale gevallen; het investeren in de ontwikkeling van kennis en technologie om de kenmerken van gelijke en ongelijke gevallen van elkaar te onderscheiden en het recht van de burger om die gevallen te kennen en te controleren.

Verantwoordelijk overheidshandelen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving leidt tot een eerlijk proces (fair trial) en effectieve en laagdrempelige rechtsbescherming; het geven van waardevolle voorlichting over die rechtsbescherming, onder andere door te vermelden wat de gevolgen zijn van een digitaal genomen besluit en wat er verder zal gebeuren met een (nieuw) digitaal gegeven (art. 3:45 Awb); het organiseren van rechtsbescherming die aansluit bij de belevingswereld en behoefte van de burger.

In literatuur en rechtspraak ontstaan langzaam de contouren van de (contextspecifieke invulling van de) van toepassing zijnde bestuursrechtelijke normen in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving.

Zo meent de **Afdeling Advisering van de Raad van State** dat de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel, verscherpt geïnterpreteerd moeten worden in de context van digitalisering. Dat betekent volgens de Raad van State onder meer dat in een besluit moet worden toegelicht welke beslisregels (algoritmen) zijn gebruikt en welke gegevens zijn overgenomen van andere bestuursorganen. Daarnaast pleit de Raad van State voor een nieuw (wettelijk) beginsel van behoorlijk bestuur nader te ontwikkelen en te operationaliseren, te weten het recht op toegang tot en zinvol contact met de overheid. Ook moeten maatwerk en ‘menselijke’ heroverweging in de bezwaarfase van geautomatiseerde besluiten worden bevorderd en moet de wetgever bestuursorganen

⁸ ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:237.

actief ondersteunen in de operationalisering van de in de AVG neergelegde rechten en waarborgen, in het bijzonder het recht op inzage en correctie.

De **Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State** heeft op haar beurt in een uitspraak van 17 mei 2017⁹ geoordeeld dat in een situatie van een geautomatiseerd besluitvormingsproces een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames ertoe kan leiden dat er een ongelijkwaardige procespositie van partijen kan ontstaan. Dat zal aan de orde zijn als burgers niet kunnen controleren op basis waarvan tot een besluit wordt gekomen. De geautomatiseerde besluitvorming op basis van een geautomatiseerd programma is vanuit dit perspectief dan te beschouwen als een black box. Om dit te voorkomen rust in die gevallen op de overheid de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigener beweging openbaar te maken, zodat deze voor de burger toegankelijk zijn. Dit moet bovendien op een passende wijze gebeuren. Voldoet de overheid hieraan, dan is het voor alle partijen, inclusief de burgers, mogelijk de gemaakte keuze en gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten. Alleen op deze wijze is in de optiek van de Afdeling reële rechtsbescherming mogelijk.

De Afdeling heeft deze uitspraak op 18 juli 2018¹⁰ verfijnd en overwogen dat de overheid de burger die opkomt tegen een besluit inzage moet geven in de gemaakte keuzes bij de invoer in een geautomatiseerd programma en inzichtelijk moet maken op welke keuzes, dat wil zeggen welke maatwerkinvoergegevens, haar besluit is gebaseerd. De overheid moet maatwerkinvoergegevens uit eigen beweging op papier of anderszins waarneembaar beschikbaar stellen als op de zaak betrekking hebbende gegevens. Dit is noodzakelijk zodat burgers de juistheid van de gebruikte gegevens, de gemaakte berekeningen en de daarop gebaseerde aannames, keuzes en beslissingen kunnen controleren en zo nodig inhoudelijk kunnen betwisten en kunnen bepalen of zij daartegen rechtsbescherming willen inroepen, aldus de Afdeling.

De plicht om gegevens uit eigen beweging over te leggen geldt niet, althans niet zonder meer, voor de in een concreet geval gebruikte standaardinvoergegevens. Die hoeven alleen te worden verstrekt als de burger daar om vraagt. Die verstrekking moet evenzeer op papier of in andere leesbare of waarneembare vorm geschieden, of de burger moet de mogelijkheid worden geboden om de standaardinvoergegevens in te zien. Van de burger mag worden verwacht dat hij een verzoek om inzage tijdig doet en aangeeft welke specifieke gegevens hij wil hebben, zodat het bestuursorgaan zo gericht en duidelijk mogelijk inzage kan geven, aldus de Afdeling.

Widlak e.a. werken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in hun boek *De digitale kooi* uit in zogenoemde ‘algemene beginselen van behoorlijke ICT’. Widlak e.a. onderscheiden:

9 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.2 e.v. Zie al eerder ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2938 en ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2415.

10 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.

1. het beginsel van consistentie, inhoudende dat ICT-systemen niet gekoppeld mogen worden als ze niet semantisch zijn geharmoniseerd;
2. beginselen van informatie, waaronder de uitgangspunten 'wie beheert, informeert', 'wie beslist, motiveert' en 'wie registreert of afneemt, levert';
3. beginselen van maatwerk, waaronder de uitgangspunten dat maatwerk ook moet worden gegarandeerd indien gegevens worden gestandaardiseerd, dat afwijkende besluiten mogelijk moeten zijn indien sprake is van digitale besluitvorming en dat (dan) moet worden voorzien in een menselijk oog; en
4. beginselen van correctie, waaronder de garantie van automatische correctiemogelijkheden in geautomatiseerde besluitvormingsprocedures, het recht op centrale correctie en een evenredigheidstoets.

Van Eck focust in haar proefschrift *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* op drie algemene beginselen van behoorlijk bestuur, te weten het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het fair play-beginsel. Ze ontleent daaraan per fase van de geautomatiseerde besluitvorming (verzamelen van gegevens, de beslisregels, het besluit, de terugkoppeling en de doorwerking) afzonderlijke normen, zoals:¹¹

- Als er grond is voor redelijke twijfel, mogen gegevens niet zonder meer worden overgenomen (zorgvuldigheidsbeginsel | fase van verzamelen van gegevens).
- Een bestuursorgaan moet uitgaan van de gegevens uit basisregistraties, ook al is daar geen wettelijke plicht voor (zorgvuldigheidsbeginsel | fase van verzamelen van gegevens).
- Bij het gebruiken van gegevens moet rekening worden gehouden met omstandigheden en feiten die niet in bestanden zijn vastgelegd maar die wel van rechtswege betekenis hebben gekregen (gelijkheidsbeginsel | fase van verzamelen van gegevens).
- In beslisregels mogen alleen die feiten en omstandigheden (variabelen) verwerkt worden die relevant zijn doordat toepasselijk recht of beleid daar een gevolg aan verbindt (zorgvuldigheidsbeginsel | beslisregels).
- Als een bestuursorgaan een gegeven van een andere organisatie moet overnemen terwijl er geen reden is om aan te nemen dat het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt, niet zorgvuldig is verricht, kan er toch een vergissing hebben plaatsgevonden en moet belanghebbende een reële mogelijkheid hebben om aan te tonen dat sprake is van een vergissing (zorgvuldigheidsbeginsel | fase van terugkoppeling).
- Vanwege het cumulatieve effect bij de doorwerking van een besluit kunnen zeer bijzondere omstandigheden ertoe leiden dat elk bestuursorgaan in de keten zelfstandig een gemotiveerd beroep op zeer bijzondere omstandigheden beoordeelt (gelijkheidsbeginsel | fase van doorwerking).

Van Male zoomt in zijn bijdrage *Digitalisering van discretionaire bevoegdheden* onder andere in op de situatie waarin een algoritme een vaste gedragslijn of beleidsregel

¹¹ Als u ze allemaal wilt lezen, dan is het zaak het proefschrift zelf ter hand te nemen, hetgeen overigens zeer is aan te raden.

bevat. In dat geval zou moeten gelden dat het algoritme en andere vormen van digitale regelgeving op deugdelijk onderzoek naar de relevante feiten en omstandigheden steunen, dat zo nodig deskundigen of belanghebbenden zijn geraadpleegd en dat de gemaakte belangenafweging daadkrachtig wordt gemotiveerd. Daarnaast mag de inhoud van het algoritme niet in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit ook voort dat het algoritme op transparante wijze bekend moet worden gemaakt. Er moet, met andere woorden, worden vastgehouden aan het publicatievereiste. Dat geldt ook voor iedere wijziging van een zelflerend systeem. Daarnaast meent Van Male dat de wetgever moet voorzien in een mogelijkheid om een bestuursorgaan op zijn kosten te verplichten om een onafhankelijke deskundige een transparante analyse te laten maken als het bestuursorgaan daarin nalatig is gebleven. Tot slot stelt Van Male zich op het standpunt dat discretionaire besluiten niet zonder tussenkomst van een ‘menselijke factor’ kunnen worden genomen.

Van Ettekoven constateert in zijn bijdrage *Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big Data tijdperk* dat er in de gedigitaliseerde samenleving behoefte is aan duidelijkheid en nieuwe spelregels. Ook hij refereert in dit kader aan het beginsel van zorgvuldige besluitvorming en transparantie.

4.3 Extra aandacht voor maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving

Wat opvalt, is dat de zojuist genoemde instellingen en auteurs in hun analyses van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur binnen een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving veel nadruk leggen op het belang van *geïndividualiseerd* overheidshandelen en oproepen tot een *human centric*-benadering. Niemand – althans geen bestuursrechtjurist – lijkt van mening te zijn dat binnen de aan de orde zijnde context – de gedigitaliseerde en datagedreven samenleving – een andere, *minder* burgergeoriënteerde opstelling van de overheid gerechtvaardigd zou zijn. Integendeel: de overheid moet juist in deze context *extra* aandacht besteden aan en rekening houden met de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van de individuele burger, zo nodig in afwijking van algemene regels.

Ik vat deze opdracht samen als de opdracht tot het bieden van maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving.¹² Uit de (analyses van de) algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan een aantal belangrijke uitgangspunten of principes worden afgeleid om te komen tot maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Ik komt tot de volgende drie:

1. **Burger centraal stellen**
Het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel verlangen dat de burger centraal wordt gesteld. Ik zal hierna, in paragraaf 6.1, een aantal voorbeelden geven

¹² Zie ook de definitie in het preadvies van Vermaat.

van de wijze waarop aan dit uitgangspunt met technologie invulling kan worden gegeven, zowel bij de geschilbeslechting als in overheidscommunicatie.

2. *Transparant overheidshandelen garanderen*

Het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel verlangen dat de overheid in alle onderdelen van haar gedigitaliseerde en datagedreven handelen transparant handelt. Transparant overheidshandelen betekent onder meer dat burgers over informatie moeten kunnen beschikken die zij nodig hebben om te kunnen beoordelen of zij eerlijk worden behandeld – ook ten opzichte van anderen – en om de juiste keuzes te kunnen maken. Dat vergt onder andere transparantie van data, van de technologie en van de uitkomst van de toepassing van die technologie. Ik zal hierna, in paragraaf 6.2, een aantal manieren schetsen waarop die transparantie kan worden bereikt met de inzet van technologie.

3. *Het herkennen en onderkennen van maatwerkgevallen*

Alle beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel, alsmede artikel 4:84 Awb, verlangen tot slot dat maatwerkgevallen ook daadwerkelijk worden herkend en onderkend. Onderzocht moet worden in hoeverre daarvoor technologie kan worden ontwikkeld en ingezet. In paragraaf 6.3 ga ik nader in op de technologische mogelijkheden om maatwerkgevallen te identificeren.

4.4 Maatwerk voor wie? De burger in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving

De opdracht om rekening te houden met de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van de burger vergt bovenal een realistisch burgerbeeld. Het WRR-rapport *Weten is nog geen doen* heeft veel bestuursorganen en bestuursrechtjuristen in dit opzicht de ogen geopend. Het rapport stelt het *doenvermogen* van de burger centraal, zijnde het niet-cognitieve vermogen om een doel te stellen, in actie te komen, vol te houden en om te kunnen gaan met verleiding en tegenslag. In het rapport *Maatwerk met de Awb* van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties¹³ is een burgerbeeld geschetst dat hierbij aansluit. Kort gezegd komt het erop neer dat rekening moet worden gehouden met de burger zoals die echt bestaat en met diens werkelijke juridisch-bureaucratische vaardigheden. Met een burger die niet altijd van iedere regel op de hoogte is,¹⁴ die niet altijd rationeel handelt en bij wie ‘weten’ nog geen ‘doen’ is.

Juist bij digitalisering is het van belang aan te sluiten bij het *doenvermogen* van de burger. Als technologie niet ‘doenbaar’ is, neemt de kans op het maken van fouten in een digitale omgeving toe en zal juist de digitaal minder vaardige burger niet in staat zijn om eenmaal gemaakte fouten in een digitale omgeving te herstellen. Het

¹³ BZK 2019.

¹⁴ Scheltema 2018.

is, kortom, zaak om het doenvermogen van de burger in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving in kaart te brengen.

Daarbij moet worden aangesloten bij de wijze waarop de burger zich in zijn dagelijkse praktijk tot technologie en digitalisering verhoudt. Mijns inziens laat die praktijk een ander beeld van het doenvermogen van de burger zien dan soms in rapporten of in de media wordt geschetst. Natuurlijk zijn er burgers die digitaal onvaardig zijn,¹⁵ maar dat ligt vaak niet aan de digitale vaardigheden van de burger, maar aan de complexiteit van de beschikbare systemen.¹⁶

Dat manifesteert zich op twee niveaus, te weten op het niveau van de hardware en de software. Wie herinnert zich niet de (al wat oudere) hilarische filmpjes over burgers die letterlijk met hun muis op het beeldscherm klikken? Dit gebrek aan handelingsvaardigheid wordt veroorzaakt door de ingewikkeldheid van de hardware. Denk aan een computer zonder zichtbare ‘aan- en uitknop’, enzovoort. Dit probleem is gemakkelijk op te lossen door verkopers te verplichten om digitaal niet vaardige burgers goed voor te lichten over de gebruikersspecificaties van de hardware. Overigens wordt de hardware steeds burgervriendelijker.

Voor software geldt dat er een gapend gat bestaat tussen het digitale gemak van websites en applicaties die de burger in zijn privéleven gebruikt en de websites en applicaties die hij in de samenleving – als burger, werknemer, huurder, rechtzoekende, enzovoort – moet gebruiken. Is het niet wonderlijk dat burgers zonder enig probleem – intuïtief – kunnen Facebooken, internetbankieren, beoordelingen kunnen geven en vliegtickets kunnen boeken, maar niet of minder goed in staat zijn hun weg te vinden binnen de gedigitaliseerde overheid? Dat zou aan de burger kunnen liggen, maar naar mijn mening ligt dat ook aan het feit dat de applicaties die betrekking hebben op het persoonlijke leven van de burger – ongeacht de aard van de service of de betrokken organisatie – volledig vanuit de behoefte van die burger zijn ontworpen. Dat is bij websites, applicaties en geautomatiseerde besluitvormingsprocessen van bestuursorganen soms wel anders.

De oplossing is simpel: websites en applicaties van overheden moeten veel meer aansluiten bij de belevingswereld van de burger en bij de vaardigheden waarover hij in die belevingswereld beschikt. Ik kom daar hierna, in hoofdstuk 6, op terug.

¹⁵ Ik laat de vraag of zij dit bewust of onbewust zijn, even buiten dit preadvies. Zie daarover Elzakers e.a. 2016.

¹⁶ Nationale ombudsman 2019a.

5 Observaties

Er is dan nog één aspect waarop moet worden ingezoomd voordat kan worden toegekomen aan het beantwoorden van de vraag hoe de overheid maatwerk kan bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Het gaat om de obstakels die in de weg staan aan het beantwoorden van die vraag. Want wat mij de afgelopen jaren is opgevallen in de dialoog over maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving, is dat er een aantal hardnekkige misvattingen, aannames, onduidelijkheden en overtuigingen bestaat die het lastig maken om na te denken over maatwerkoplossingen. Ik noem er een aantal.

5.1 **Obstakel 1: De overtuiging dat maatwerk en digitalisering niet samen gaan en digitalisering van maatwerkbeslissingen niet mogelijk is**

Velen schreven er al over: digitalisering en maatwerk gaan niet samen, zeker niet als het bestuursorgaan over discretionaire ruimte geschikt. Dat komt, in hun optiek, omdat digitalisering leidt tot standaardisering. Standaardisering leidt op haar beurt tot eliminatie van individuele kenmerken en tot het reduceren van afwijkingen van het standaardsysteem. Zo schrijft Van Male:¹

‘De digitalisering van discretionaire besluitvorming stuit op zijn technische en op zijn rechtsstatelijke grenzen wanneer het gaat om het inhoudelijk wegen van de concrete feiten en omstandigheden van individuele gevallen. Dit aspect van de besluitvorming leent zich naar zijn aard niet voor algoritmisering en zal daarom altijd voorbehouden moeten blijven aan de homo sapiens.’

Er leeft aldus een sterke overtuiging dat louter mensen kunnen zorgen voor en hoeder kunnen zijn van maatwerk. Als de mens wordt vervangen door een machine, dan komt het bieden van maatwerk in gevaar, aldus sommige bestuursrechtjuristen.

Naar mijn mening is deze opvatting te eenzijdig en leidt deze tot gemakzuchtigheid. Want overheden besluiten óf niet te digitaliseren, met als gevolg dat ze de voordelen daarvan ook niet kunnen benutten, of ze nemen genoegen met een gedigitaliseerd systeem dat onvoldoende rekening houdt met de kenmerken van het individu en met afwijkende, bijzondere gevallen. Terwijl er technologisch veel mogelijk lijkt te zijn. Ik kom daar in hoofdstuk 6 op terug.

1 Van Male 2018, p. 284.

5.2 Obstakel 2: Werking en mogelijkheden van technologie niet (altijd) duidelijk voor juristen

De zojuist genoemde opvatting wordt (soms) (mede) veroorzaakt (of op zijn minst versterkt) door het feit dat juristen te weinig kennis van technologie hebben. Ze voelen ook vaak geen noodzaak zich daarin te verdiepen. Dat heeft een aantal gevolgen. Ten eerste leidt dat ertoe dat de zojuist genoemde normen en beginselen bij gebrek aan kennis en wetenschap niet technisch (genoeg) worden ingevuld.

Het heeft ten tweede tot gevolg dat juristen op dit moment vaak onbekend zijn met de mate van beïnvloeding van de technologie. Dat leidt op zijn beurt tot een gebrek aan of zeer langzame implementatie van maatwerkoplossingen in de technologie. Om die reden wordt maatwerk op dit moment primair buiten de technologie om georganiseerd, hoewel dat niet altijd nodig is. Dat leidt ertoe dat de potentie van technologie om de burger echt te leren kennen en herkennen onbenut blijft. Want hebben we het ooit geprobeerd? Maatwerk te digitaliseren? De technologie zo te programmeren dat de specifieke behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van die burger digitaal geïdentificeerd worden op basis van de beschikbare data en een digitale oplossing te ontwikkelen voor het bieden van maatwerk? Ik ben ervan overtuigd dat er technisch veel meer kan dan wij juristen denken. Ik word hierin gesteund door de vele gesprekken die ik met IT-architecten heb gevoerd. Tot mijn verbazing hebben zij nog nooit aangegeven dat maatwerkoplossingen, zoals digitale gereedschappen om de rechten uit de AVG na te leven of het inbouwen van een rode stopknop in een geautomatiseerd besluitvormingsproces, niet mogelijk zijn. Het is evenwel aan ons, juristen, om de juridisch eisen voor maatwerk te formuleren en met de IT-architecten samen te ontwikkelen. Dat kunnen we niet, als we niet op voorhand helder hebben of de gewenste invulling van de normen 'doenbaar' is. En dat vergt grondige kennis van de technologie.

5.3 Obstakel 3: Onbekendheid met de Awb en met handelingsperspectief

Daarnaast is er nog een ander probleem, dat niet wortelt in het gebrek aan kennis van de technologie, maar in het gebrek aan kennis van het recht. Veel professionals, werkzaam bij uitvoeringsorganisaties en decentrale overheden en belast met de geautomatiseerde uitvoering van wet- en regelgeving, ervaren een gebrek aan handelingsperspectief om in een digitale context maatwerk te bieden. Ze beschikken vaak niet over kennis van de Awb en de – zojuist besproken – algemene beginselen van behoorlijk bestuur die tot maatwerk aanzetten, noch over de ruimte en vaardigheden om tot maatwerk over te gaan. De reden hiervan is dat veel professionals te maken hebben met sectorspecifieke wetgeving, die is vertaald in gedetailleerde beleidsregels en protocollen. De daarin opgenomen stappen en uitgangspunten zijn veelal dwingend geformuleerd. Dat is ook het geval als de wetgeving het bestuursorgaan discretionaire ruimte biedt. Gebrek aan kennis over bevoegdheden zoals neergelegd in artikel 4:84 Awb, leidt ertoe dat er geen mogelijkheid wordt ervaren om

van de beleidsregels en protocollen af te wijken ten voordele van de burger. In zo'n situatie wordt het bieden van maatwerk wel erg ingewikkeld.²

5.4 Obstakel 4: Gebrek aan gezaghebbend orgaan dat open normen snel, flexibel, gedragen en eenduidig invult

Ik stelde eerder vast dat er veel juridische normen van toepassing zijn op de digitale en datagedreven overheid. Hoe die normen precies moeten worden ingevuld, is afhankelijk van de context en van de aan de orde zijnde technologie. Zo vraagt de ontwikkeling van zelflerende AI-programma's om andere waarborgen dan niet-zelflerende AI-programma's. Wat in dergelijke gevallen het wenselijke en noodzakelijke niveau van bescherming is – en welke waarborgen en rechten er moeten worden getroffen – is vaak onderwerp van maatschappelijk en politiek debat. Voor ontwikkelaars, bestuursorganen en ondernemingen is er vaak geen tijd om dat debat af te wachten. (Wetenschappelijke en praktiserende) juristen worden in die situaties vaak gevraagd om inzicht te geven in de toepasselijke regels en invulling te geven aan de open juridische normen. Bij de opkomst van een nieuwe technologie is dit vaak onontgonnen terrein, met als gevolg dat deze juristen regelmatig van opvatting verschillen over het gewenste niveau van bescherming en de te treffen waarborgen (afhankelijk van het belang dat zij dienen). Dat kan leiden tot een langdurige situatie van onzekerheid voor ontwikkelaars en gebruikers van nieuwe technologieën.

Er is in die situaties behoefte aan een eenduidige en gedragen interpretatie van de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De vraag is wie daarin kan voorzien. Uitgaande van de actoren in de trias, kunnen dat de wetgever, de rechter en/of het bestuur zijn. Het is evenwel niet altijd gewenst om de wetgever deze taak te geven; nog los van het feit dat vaak doelbewust is gekozen voor open juridische normen, is het niet doenbaar om op zeer korte termijn te voorzien in een contextspecifieke, technologieafhankelijke invulling van de toepasselijke wettelijke normen. Voor de rechter geldt dat die vaak te laat in het traject – dat wil zeggen nadat er al veel belangrijke beslissingen over de invulling van de wettelijke normen zijn genomen – zal rechtspreken en daarmee niet in staat zal zijn in de benodigde rechtszekerheid te voorzien. Bovendien zal hij oordelen over een concrete casus en niet een overall beeld schetsen van het complete, toepasselijke wettelijke kader. Dan resteert het bestuursorgaan. Bestuursorganen zijn eraan gewend om in de uitvoering invulling te geven aan open juridische normen. Zijn doen dat binnen de uitoefening van hun eigen taken en dus gefragmenteerd. Het nadeel is aldus dat er geen eenduidige en gedragen interpretatie van de wet voorhanden zal zijn. Er is, met andere woorden, bij de ontwikkeling van nieuwe technologieën en daarop gebaseerde (bestuurs)handelingen behoefte aan een gezaghebbend orgaan dat de toepasselijke open juridische normen snel, flexibel, gedragen en eenduidig invult.

2 Om die reden heeft het ministerie van BZK het eerdergenoemde rapport *Maatwerk met de Awb* laten opstellen, waarin is beschreven welke mogelijkheden de Awb biedt om maatwerk te bieden. Denk aan het minder dichtregelen van de discretionaire bevoegdheid, het uitbreiden van het mandaat, het bieden van een handzaam kader voor het vergelijken van gevallen, enzovoort.

5.5 **Obstakel 5: Digitaliseringsprojecten zijn soms duur en mislukken soms**

Bij velen leeft het beeld dat digitaliseringsprojecten vaak te duur zijn en mislukken, zeker als ze afwijken van de standaard. Want standaardtoepassingen zijn nu eenmaal goedkoper dan maatwerktoepassingen. Het gevolg hiervan is dat het wantrouwen jegens dergelijke projecten toeneemt en de kansen van digitalisering onderbelicht blijven. Terwijl het ook anders kan. Een aantal overheden is recent gestart met het op kleinschalige wijze experimenteren met nieuwe technologische innovaties, onder andere in – recent opgerichte – innovatieafdelingen,³ samenwerkingsverbanden,⁴ labs,⁵ sandboxes⁶ en hackathons.⁷ Technologie wordt daar niet ontwikkeld met als doel om direct onfeilbaar te zijn en met het oog op een massale, organisatiebrede implementatie – en dus gefinancierd als duur digitaliseringsproject – maar proefondervindelijk, op kleine schaal en met het doel om een oplossing te bieden voor een specifiek maatschappelijk probleem. De ontwikkeling wordt vaak ter hand genomen door kleinere bedrijven, start-ups en minder bekende IT-architecten. Pas als een kleine bouwsteen technisch werkt en zijn (maatschappelijke) waarde heeft bewezen, wordt deze doorontwikkeld en opgeschaald. De code wordt veelal open source ter beschikking gesteld en de lessen van de ontwikkeling worden breed gedeeld.

Mooie voorbeelden hiervan zijn Mijn Zorg Log van het Zorginstituut Nederland (ZIN)⁸ en de digitale datakluis van het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB).⁹ Beide applicaties zijn voor een relatief beperkt bedrag ontwikkeld en getest. Nu deze hun werking en waarde hebben bewezen, wordt de technologie verder ontwikkeld en uitgerold.

5.6 **Obstakel 6: Nog niet opgelost juridisch vraagstuk; wie is eigenaar van data?**

Voor gedigitaliseerd maatwerk zijn juiste, bruikbare en transparante data nodig, alsmede helderheid over de vraag wie daarvoor verantwoordelijk is. Dat is op dit moment niet (voldoende) duidelijk.

Dat komt onder meer omdat in ons rechtssysteem niet is bepaald van wie de data zijn. Data zijn namelijk geen ‘voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke

3 Bijvoorbeeld het Innovatie- en Datalab van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, Inspectie Leefomgeving en Transport.

4 Bijvoorbeeld Digicampus (www.dedigicampus.nl/), de Dutch Blockchain Coalition (www.dutchblockchaincoalition.org) en de Nederlandse AI Coalitie (<https://nlaic.com/>).

5 Bijvoorbeeld het Digilab van de Gemeente Den Haag.

6 Bijvoorbeeld de (mooie!) Sandbox van Vlaanderen (<https://overheid.vlaanderen.be/sandbox-vlaanderen>).

7 Hackathon Regie op Gegevens van het ministerie van BZK ICTU en de Hackathon Peace, Justice and Security van de Gemeente Den Haag.

8 <https://istandaarden.nl/izo/innovaties/blockchain-mijn-zorg-log>.

9 www.cjib.nl/nieuws/cjib-presenteert-prototype-digitale-datakluis.

objecten' en derhalve niet vatbaar voor eigendom (vgl. art. 5:21 BW jo. 3:2 BW). Het gevolg is dat niemand 'eigenaar' kan zijn van data. Dat zorgt voor ondoorzichtige bevoegdheids- en verantwoordingsstructuren rondom data. Zo menen overheidsorganisaties en bedrijven dat zij volledig beslissings- en beschikkingsbevoegd zijn ten aanzien van de data die zij vergaren en verwerken. Burgers daarentegen menen dat hun persoonlijke data van hen zijn. Zij kunnen niet goed begrijpen dat data over hen – persoonsgegevens en andere gegevens – louter bij anderen berusten, zij geen (ongelimiteerd) inzicht hebben in gegevens die over hen zijn vergaard, zij die data niet (ongelimiteerd) tot hun beschikking mogen hebben en zij niet beschikken over voldoende (juridische) mogelijkheden om die data zelf te vergaren of dat kunnen afdwingen.

Hoewel er tal van wetten zijn over data, gaan zij te impliciet in op deze dilemma's en behoeften.¹⁰ Zo bevat de AVG regels over persoonsgegevens. Uitgangspunt is dat de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk is voor de verwerking van persoonsgegevens en de burger jegens die verwerkingsverantwoordelijke rechten kan uitoefenen ten aanzien van zijn 'eigen' persoonsgegevens. Dat is een vrij zwak recht, dat de burger maar lastig in staat stelt om zelf regie te voeren over zijn persoonsgegevens. Juist die regie zou kunnen bijdragen aan meer maatwerk.

Het regelen van eigendom van data kan ertoe bijdragen dat helder is wie verantwoordelijk is voor de juistheid en toegankelijkheid van data.¹¹

5.7 Obstakel 7: Nog niet opgelost juridisch vraagstuk; bevoegdheid tot het vergaren en gebruiken van data

Uitgangspunt is dat de overheid moet beschikken over een bevoegdheid tot handelen. Neemt een bestuursorgaan een gedigitaliseerd besluit, dan moet het bestuursorgaan daartoe bevoegd zijn. Doet een instantie een bindende uitspraak, dan moet ook die instantie daartoe bevoegd zijn. Dat is helder. Maar er zijn ook elementen die nog niet helder zijn.

Mag een bestuursorgaan bijvoorbeeld zomaar alle data vergaren en gebruiken waarover het zou kunnen beschikken, of mag het alleen gaan om data die het bestuursorgaan in het kader van de uitoefening van zijn taak kan en mag vergaren? Denk aan een toezichthouder, die niet alleen data gebruikt dit hij in het kader van zijn toezichthoudende taak ter beschikking heeft, maar ook data die hij van internet haalt.

¹⁰ De AVG-specialisten zullen het hier wel niet mee eens zijn, maar in de praktijk is het wel degelijk een probleem.

¹¹ Het toebedelen van het eigendom van data aan degene over wie die data gaan, zal bijvoorbeeld tot gevolg kunnen hebben dat de datapositie van de burger in de datagedreven samenleving sterk kan toenemen. Het evenwicht ten opzichte van techgiganten kan daarmee mogelijk worden hersteld.

Het wringt dat we nog niet hebben geregeld of datavergaring ontleend moet zijn aan een bestaande bevoegdheid. We hebben, met andere woorden, geen afspraak over de data die bestuursorganen mogen verzamelen, analyseren en toepassen.

Een tweede uitwas van het dilemma rondom de taakopvatting gaat over de afbakening tussen markt en overheid. Zo is actueel of rechterlijke instanties hun eigen data mogen analyseren en de analyse bij wijze van – bijvoorbeeld – voorlichting publiekelijk mogen maken, en of de markt dat (alleen/ook) mag doen. De eerste vraag in dat kader is of rechterlijke instanties daartoe bevoegd zijn en zo ja, waartoe ze bevoegd zijn. Daarnaast rijst de vraag of de markt rechterlijke uitspraken mag analyseren en op basis daarvan bijvoorbeeld de bias van rechters mag blootleggen.¹²

¹² Prins e.a. 2018.

6 Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?

Na het lezen van de vorige paragraaf kan het idee postvatten dat het niet mogelijk is om maatwerk te bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Dat is niet het geval. Technologie biedt juist tal van mogelijkheden om maatwerk te bieden in die gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Daarvoor is het wel van belang om de zojuist genoemde obstakels weg te nemen. Zij belemmeren in grote mate het vrije en creatieve nadenken over – kortgezegd – maatwerk en digitalisering.

Dit hoofdstuk gaat over het ontwikkelen, inzetten en benutten van technologie om de eerdergenoemde uitgangspunten, te weten het daadwerkelijk centraal stellen van de burger, transparant overheidshandelen en het herkennen en onderkennen van maatwerkgevalLEN, te bereiken.

In paragraaf 6.1 zal ik een aantal voorbeelden geven van de wijze waarop technologie kan bijdragen aan het daadwerkelijk centraal stellen van de burger, zowel in geval van geschilbeslechting als in overheidscommunicatie.

Ik zal daarna, in paragraaf 6.2, een aantal mogelijkheden schetsen waarop technologie kan bijdragen aan transparant overheidshandelen.

In paragraaf 6.3 ga ik tot slot in op de mogelijkheid om maatwerkgevalLEN digitaal – dat wil zeggen met behulp van de inzet van technologie – te identificeren.

6.1 De burger centraal stellen

Maatwerk begint met het – in alle opzichten – centraal stellen van de burger.¹ Hoewel er wordt geëxperimenteerd met het centraal stellen van de burger, worden opvattingen hierover (nog) vooral neergelegd in publicaties,² wetenschappelijke onderzoeken, rapporten³ en evaluaties.⁴ Dat is prachtig, maar papier is geduldig en laat zich (gemakkelijk) in lades opbergen.

1 Michiel Scheltema pleit daar al jaren voor, zie Scheltema 2018.

2 <https://blogbestuursrecht.nl/aandacht-voor-burgerperspectief/>.

3 Nationale ombudsman 2019a.

4 Nationale ombudsman 2017.

6.1.1 Technologie ontwerpen vanuit een burgergeoriënteerde opzet

In mijn optiek moeten we het daarom wat radicaler aanpakken dan we nu gewend zijn. Dat begint met het ontwerpen van technologie vanuit een burgergeoriënteerde opzet. Niet de data, de (stappen van de) procedure, het beoogde geautomatiseerde (keten)besluit, de publiekrechtelijke bevoegdheid of technologie dienen centraal te staan, maar de burger. Want is het niet wonderlijk dat vrijwel ieder proces en iedere vorm van communicatie momenteel wordt ontwikkeld zonder dat daar een burger aan te pas komt? Hoewel de IT-ontwikkelaars zelf ook burgers zijn, is het kennelijk in een werkgeoriënteerde omgeving lastig om te bepalen hoe burgers de devices van de overheid ervaren en een inschatting te maken van hun doenvermogen. Op dit vlak moet het roer dus om.

We kunnen ons in dit opzicht laten inspireren door de Online Dispute Resolution-tool (ODR-tool) van het Civil Resolution Tribunal van British Columbia. De ODR-tool stelt burgers in staat op een gedigitaliseerde wijze geschillen met andere burgers en de overheid aan de orde te stellen. De ODR-tool is wettelijk verplicht en voorziet in een gedigitaliseerde vorm van informatieverstrekking, onderhandeling, mediation en rechtspraak. Meer dan 80% van de burgers ervaart deze ODR-tool als positief (!), laagdrempelig en effectief.

Shannon Salter, de voorzitter van het Civil Resolution Tribunal, heeft tijdens een lezing bij de Raad van State in september 2019 de werking van het Civil Resolution Tribunal en het succes van de ODR-tool toegelicht. Shannon Salter vertelde – en dat deed ze eerder al in een interview⁵ – dat zij de eerste versie van de ODR-tool uitsluitend met juristen had ontwikkeld. Dat was geen succes; los van het feit dat het jargon en de tool op geen enkele wijze aansloten bij de belevingswereld en de behoefte van de burger, waren de juristen veel te genuanceerd. Iedere uitzondering in het recht en de rechtspraak diende in de tool te landen, ook als dat ten koste ging van het gemak van de tool en er slechts een handvol mensen door werd bereikt.

Uit het interview met Shannon Salter:

‘With respect, none of these do much to increase access to justice for everyday people. Rather, they take antiquated systems, built primarily by and for justice actors, and literally encode them without doing the hard, foundational work of human-centred process design. Even if you have very little technology or capital, you can start this re-design work by simply talking to the people in line at the court registry about their experience navigating the court system.’

Zij is om die reden met deze wijze van ontwikkelen gestopt, hetgeen als zodanig al prijzenswaardig is, omdat IT-projecten soms ook nog worden voortgezet als vaststaat dat die gaan mislukken. Shannon Salter heeft vervolgens ingezet op een co-creatie van de ODR-tool met alle betrokkenen (burgers en juristen), op het

5 https://resolvedisputes.online/blog_shannon_salter.html.

formuleren van uitgangspunten voor het daadwerkelijk centraal stellen van de burger en geïnvesteerd in werknemers die de belevingswereld en het doenvermogen van burgers konden schetsen en beoordelen. Denk daarbij aan gedragsdeskundigen en socialemedia-experts.

Zelf beschrijft ze dat als volgt:

‘When we began implementing the CRT in 2014, human-centred design had not made its way into the legal technology world. We developed a user testing methodology through trial and error which, fortunately, quite closely mirrors what are now considered best practices in human-centred design. Rigorously user-testing every facet of the project and focussing on the needs of the most heavily barriered citizens has been key to our success.

As a public justice sector access to justice project, we need to make sure that the CRT works for everyone. Private sector start-ups can pick their market segment, but our market segment is every single British Columbian, no matter their circumstance. For this reason, the CRT’s interface is really a co-design project with the public.

We involve community legal advocates and members of the public at every stage, and we are constantly iterating and reiterating based on their feedback. A very short list of our key design considerations includes:

- Using plain language, ideally at a grade 6 reading level;
- Using responsive design so the CRT is seamlessly accessible on a mobile device;
- Replicating the familiar user experience people have using social media, e-commerce, or search engines;
- Making sure the system meets best practices for web accessibility and privacy.

Providing information visually, for example using video and infographics, in addition to plain language text.⁶

Het start en eindigt aldus met begrijpelijke taal, toegankelijkheid, de implementatie van good practices⁷ en het gebruik van software tools die de burger in zijn dagelijkse leven gebruikt. Dat zijn, zo vertelde Shannon Salter, onder andere Facebook, facetime, apps en de mobiele telefoon. Ze heeft gepoogd de interfaces van die programma’s in de ODR-tool in te bouwen, inclusief de mogelijkheid om te bellen. Zo is op iedere pagina van het ODR-tool een knop opgenomen, waarmee de burger kan aangeven iets niet te begrijpen of niet in het systeem te passen. Als de burger op die knop drukt, dan wordt hij gebeld door het serviceteam van de ODR-tool. En voor wie denkt dat dit tot gevolg heeft dat er een blik aan callcentermedewerkers moet worden opgetrokken: maar een paar procent van de gebruikers gebruikt deze knop. De rest kan zijn weg door de ODR-tool gemakkelijk vinden.

6 https://resolvedisputes.online/blog_shannon_salter.html.

7 Er mag kennelijk niet langer gesproken worden over ‘best’ practices, omdat het altijd beter kan. Daarom hier de term ‘good’ practices.

Het laatste succeselement van de ODR-tool is de zogenoemde ‘feedback loop’. Iedere pagina in de ODR-tool bevat een knop voor het geven van feedback. Die feedback wordt iedere drie maanden verwerkt in de ODR-tool. Dat betekent dat het software-programma waar de ODR-tool op draait, iedere drie maanden wordt doorontwikkeld. De ODR-tool is, met andere woorden, niet in beton gegoten. Dat biedt een enorme mogelijkheid om flexibel om te gaan met (veranderende of nog niet bekende) behoeften van de burger en ontwikkelingen in de rechtspraak.

Uit een ander interview met Shannon Salter:

‘Its novelty has been challenging. The legal sector is deeply sceptical towards novelty. It means that the change management component is the biggest challenge. I spent a lot of time building relationships with stakeholders to develop trust. You have to invite yourself in, and I went to hundreds of presentations and meetings. It’s important you aren’t afraid of negative feedback and difficult conversations. If you move towards people in a collaborative way, they respond to that.’⁸

Tot zover de Canadese situatie. Ook in Nederland worden overheidsdienstverlening, geschilbeslechting en de toegang tot de rechter, in situaties waarin de burger voor zichzelf opkomt, vaak als bureaucratisch ervaren. Geschillen escaleren regelmatig als juristen proberen de buikpijn van de burger om te zetten in juridische termen en juridische procedures. Laagdrempelige, alternatieve geschilbeslechting – met doorbreking van de grenzen van de rechtsmachtverdeling – zou hier een antwoord op kunnen zijn. Gestoeld op de ODR-tool van Canada zou ernaar gestreefd kunnen worden om een Nederlandse ODR-app of ICT-gestuurd systeem te ontwikkelen, waarin de burger met buikpijn zich met één druk op de knop kan melden en waar hij door een herkenbare structuur wordt geleid, zodat de buikpijn wordt geduid en de juiste hulptroepen kunnen worden ingezet. ‘Met wie heeft u ruzie? En waarover? Waar zijn jullie het niet over eens?’ In dat systeem kan een ambtenaar of (zo nodig) de rechter als break-out fungeren, als vlottrekker van een deelgeschil. ‘Hoe hoog mag die schutting zijn in deze situatie?’ ‘150 cm?’ ‘Ok, dan kunnen we weer verder.’

Het is raadzaam dat een dergelijke tool, net als iedere andere digitale overheidstool, in ieder geval voldoet aan de volgende (door de ODR-tool bewezen) uitgangspunten:

- Hanteer eenvoudig taal, afgestemd op het taalgebruik dat de burger in zijn privéleven gebruikt.
- Gebruik naast taal ook andere communicatie- en informatiemiddelen, zoals video’s, beeldmateriaal, enzovoort.
- Kies applicaties die naadloos aansluiten bij devices die de burger in zijn privéleven gebruikt, zoals zijn tablet en mobiele telefoon, en de programma’s die de burger in zijn privéleven gebruikt, zoals Facebook, internetbankieren, Instagram en facetime.

8 www.clocktimizer.com/interview-shannon-salter-chair-crt/.

- Zorg voor een ‘stop knop’ of ‘ik pas niet in het systeem knop’ en zorg dat er dan onmiddellijk waardevol menselijk contact ontstaat, bijvoorbeeld door de burger te bellen, te chatten of te mailen.
- Organiseer de feedback in het softwareprogramma zelf, bij voorkeur na iedere stap in een programma en op een zeer laagdrempelige wijze. Zorg dat waardevolle feedback wordt verzameld, gericht op het verbeteren van de beleving van en aansluiting op de wereld van de burger.

Deze, en andere, eisen zouden kunnen worden opgenomen in een zogenaamd Programma van Eisen voor Maatwerk. Dat Programma van Eisen voor Maatwerk kan vervolgens worden gehanteerd bij het ontwikkelen van software en technologieën van de overheid waar de burger mee te maken krijgt. Op deze wijze wordt de vraag of voldoende maatwerk wordt geboden een standaardonderdeel van de ontwikkeling van IT-systemen. Parallel daaraan moeten we gewoon beginnen en door middel van experimenten good practices ontwikkelen.

6.1.2 SSI; een eerste stap naar gedigitaliseerd maatwerk

Goede overheidsdienstverlening begint met een burger die herkenbaar en kenbaar is en kan worden aangesproken bij zijn naam. Self Sovereign Identity (SSI) faciliteert dat. SSI is een digitale applicatie die door de burger zelf wordt beheerd. Het is een identificatiemiddel, authenticatiemiddel en digitale kluis in één, met daarin (persoons)gegevens van en attestaties⁹ over de burger. Het is een soort digitaal paspoort, aangevuld met documenten, data en informatie van en over de burger, zoals diploma's, medische gegevens enzovoort, alsmede met attestaties over bijvoorbeeld zijn leeftijd en inkomen. Hoewel zowel private als publieke partijen een SSI kunnen ontwikkelen en aanbieden, is de burger de enige die zeggenschap heeft over zijn SSI. Door de koppeling van zijn SSI aan andere digitale applicaties kunnen – louter met toestemming van de burger – persoonlijke data tussen de applicaties worden uitgewisseld. Ook kan de burger instellingen, bedrijven of overheden tijdelijk toegang verlenen tot zijn SSI. Zo kan de burger een medisch specialist voor korte tijd toegang geven tot zijn SSI, bijvoorbeeld om gezondheidsdata, verzameld met technische applicaties, ‘uit te lezen’.

9 Attestaties zijn bewijzen van een stelling. Zo kan de burger stellen dat hij ouder is dan 18 jaar. Bewijs van die stelling kan hij leveren door het tonen van zijn identiteitsbewijs, maar dat wordt inmiddels als een overload aan bewijs ervaren. Om die reden wordt gezocht naar andere manieren om die stelling te bewijzen, bijvoorbeeld door de gemeente waar de burger woonachtig is te laten verklaren dat de burger daadwerkelijk ouder is dan 18 jaar. In die situatie is het ‘ja’ van de gemeente – als betrouwbare overheidspartij – voldoende bewijs van de stelling van de burger dat hij ouder is dan 18 jaar. Deze vorm van bewijsvoering wordt attesteren genoemd.

Voorbeelden van werkende SSI's zijn Trustchain,¹⁰ gericht op identificatie en attestatie, IRMA, gericht op het vergaren en beheren van attestaties¹¹ en MijnOverheid.nl, gericht op de opslag en verzameling van persoonsgegevens.¹²

Het programma Regie op Gegevens van het ministerie van BZK¹³ voorziet daarnaast in een conceptuele uitwerking van SSI. Het programma stoelt op het uitgangspunt dat de burger inzage moet kunnen hebben in al zijn (persoons)gegevens, inzage moet kunnen hebben in de uitwisseling van die gegevens en de mogelijkheid moet hebben om zelf regie te voeren op die gegevens, onder andere door te bepalen wie welke gegevens mag krijgen. Hij kan binnen het programma zelf zijn toestemming voor de uitwisseling van die (persoons)gegevens managen.

SSI faciliteert maatwerk en biedt transparantie op – onder andere – het gebied van uitwisseling van persoonsgegevens; het stelt de burger in staat zelf te bepalen wie kennis neemt van zijn persoonsgegevens of attestaties, wanneer en hoe lang. Het doel is aldus de burger de regie op zijn persoonsgegevens terug te geven. Met behulp van zijn SSI kan de burger vervolgens tal van wettelijke rechten uitoefenen en plichten naleven, zoals stemmen of zijn belastingaangifte doen. Op termijn zou SSI zelfs de voorkeuren van de burger op het gebied van overheidscommunicatie kunnen bevatten, bijvoorbeeld door door de burger aan te laten geven op welke wijze hij door de overheid wil worden benaderd (waarover straks meer). Want pas als de burger begrijpt wat er gebeurt, kan hij zelf regie voeren.

Bij dit alles past wel de kanttekening dat SSI vooral behulpzaam is bij begunstigend overheidshandelen en -besluiten. Bij belastend overheidshandelen – opsporing en vervolging, fraudeonderzoeken, enzovoort – zal de burger niet snel bereid zijn de overheid toegang te verlenen tot zijn SSI. Wel is het denkbaar dat informatie over belastend overheidshandelen na verloop van tijd beschikbaar wordt gesteld aan (de SSI van) de burger. Dat gebeurt op dit moment al in Estland, door dergelijke informatie toe te voegen aan het EstID van de Estlanders.

6.1.3 *Eén gepersonaliseerde, digitale ontmoetingsplaats voor overheidsdienstverlening*

Er is een betere ontmoetingsplaats voor overheid en burger nodig. Was dat voorheen het stadhuis, nu zien we de behoefte ontstaan aan één digitale ontmoetingsplaats. Die behoefte wordt versterkt door het feit dat iedere overheidsorganisatie een eigen website heeft, waardoor de burger zijn weg niet goed meer kan vinden. Bovendien zijn de websites momenteel vaak niet gericht op een dialoog of interactie, terwijl de burger daar wel behoefte aan heeft.

¹⁰ www.tudelft.nl/2018/tu-delft/tu-delft-bouwt-mee-aan-een-digitale-identiteit-voor-op-de-telefoon/ en <https://youtu.be/-RTMEQKdon8>.

¹¹ <https://privacybydesign.foundation/irma-uitleg/>.

¹² www.mijnoverheid.nl, tabbladen 'Identiteit, Financiën, Werk, Gezondheid, Wonen, Vervoer, Onderwijs'.

¹³ www.digitaleoverheid.nl/overzicht-van-alle-onderwerpen/gegevens/regie-op-gegevens/vraag-en-antwoord/wat-doet-het-programma-regie-op-gegevens/.

Denkbaar is dat wordt aangesloten bij Overheid.nl, of wordt voorzien in een soortgelijk platform, waarop de burger inlogt met zijn SSI, waarin zijn gegevens en data leidend zijn, waarop alle overheidsdienstverlening kan worden afgenomen en waarop alle burgerplichten kunnen worden nageleefd. Een omgeving die is afgestemd op de leefwijze van de burger, zoals een gepersonaliseerde website waarop bijvoorbeeld een categorie ‘hondenbelasting’ is opgenomen op het moment dat de burger een hond heeft, en waarop zijn taken en activiteiten voor die burger worden ‘klaargezet’. En waar een aftellende digitale klok de burger bijvoorbeeld actief herinnert aan het verstrijken van een bewaartermijn. Daarmee wordt de centrale, digitale ontmoetingsplaats een gepersonaliseerd dashboard voor zijn relatie met de overheid.

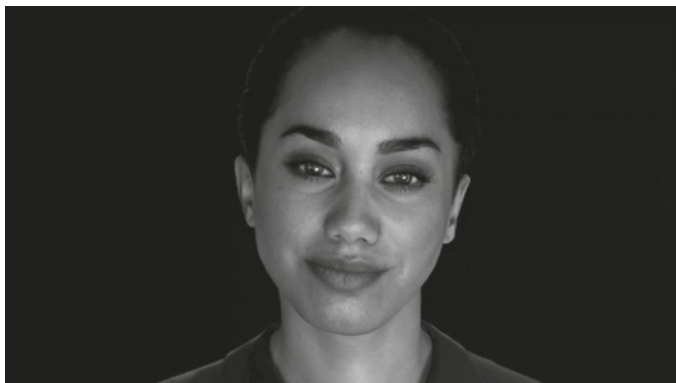
Op dat dashboard kan de burger tevens aangeven op welke wijze hij wil dat de overheid met hem communiceert. Daartoe zou een aantal ‘communicatiecategorieën’ kunnen worden ontwikkeld, met verschillende kleuren of nummers. Iedere categorie – ik stel mij er drie à vier voor – vertegenwoordigt een wijze waarop de overheid met de burger communiceert. Denkbaar is bijvoorbeeld een categorie voor de visueel ingestelde burger. Heeft die categorie de voorkeur van de burger, dan communiceert en informeert de overheid deze burger door middel van beeldmateriaal en filmpjes via Instagram of YouTube. Taal wordt in deze categorie zo veel mogelijk vermeden. Aan de andere kant van dit spectrum bevindt zich een categorie voor de burger die juist alle denkbare informatie – op schrift – wil ontvangen. Die is bijvoorbeeld geschikt voor juristen en accountants. Heeft die categorie de voorkeur van de burger, dan ontvangt die burger uitvoerige brieven, met toelichtingen met links naar – bijvoorbeeld – wetten.overheid.nl voor de toepasselijke wetgeving en rechtspraak.nl voor de toepasselijke rechtspraak. De tussencategorie is de zogenoemde ‘klare’ taal-categorie, waarin in begrijpelijke taal met de burger wordt gecommuniceerd.¹⁴

6.1.4 Zo nodig: menselijke tussenkomst organiseren

Burgers willen als een mens en met respect worden behandeld. Dat kan worden bereikt door de mens centraal te stellen, in plaats van zijn data, en door een menselijke ‘touch and feel’ aan applicaties toe te voegen, die aansluiten bij de beleveniswereld van de burger. Als we er – bijvoorbeeld – daadwerkelijk naartoe bewegen dat Alexa ons privéleven gaat organiseren – door tafels in restaurants te reserveren, vliegtickets te boeken, digitale berichten te sturen en een taxi te bellen – dan moet het mogelijk zijn om Alexa ook opdracht te geven belastingaangifte te doen.

Vooralsnog is de technologie echter nog niet zover dat de mens volledig kan worden vervangen, hoewel dat in de toekomst niet ondenkbaar is. Een mooi voorbeeld is de Soul Machine, die ervoor zorgt dat AI – bijvoorbeeld een chat bot – een menselijk gezicht krijgt en zo – via de computer – met mensen communiceert.

¹⁴ Overigens is mijn inschatting dat het ‘klare’-taalniveau van Shannon Salter verschilt van dat in Nederland. Het is goed om daar nader onderzoek naar te doen.



'Soul Machines' digital humanoid Lia shows lifelike expressions that would be hard for a physical robot to match. (Courtesy of Soul Machines)

Zolang menselijke tussenkomst echter nog geen volwaardig digitaal alternatief kent, moet het voor burgers mogelijk zijn om in een digitale omgeving aan te geven dat er behoefte is aan menselijke tussenkomst, waarna er menselijk contact tot stand komt, in persoon, telefonisch of via online communicatie. Ook inspraak en hoorzittingen moeten, totdat er een volwaardig alternatief is en voor zover daar behoefte aan is, steeds live worden aangeboden. Daarnaast kan worden geëxperimenteerd met de inzet van online communicatie, via – bijvoorbeeld – chat, facetime of skype. Opvallend in dit verband is dat Shannon Salter aangaf dat nog geen 5% van de burgers behoefte had aan contact in persoon. De rest van de burgers was tevreden met of gaf zelfs de voorkeur aan online communicatie, facetime of skype.

6.2 Transparant overheidshandelen

6.2.1 Meer inzicht in data, technologie en uitkomst

Het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel verlangen dat de overheid in alle onderdelen van haar gedigitaliseerde en datagedreven handelen transparant handelt. Transparant overheidshandelen betekent onder meer dat burgers over informatie moeten kunnen beschikken die zij nodig hebben om te kunnen beoordelen of zij eerlijk worden behandeld – ook ten opzichte van anderen – en om de juiste keuzes te kunnen maken. Dat vergt onder andere transparantie van:

- de (herkomst, aard en omvang van de) vergaarde en gebruikte data;
- de (kenmerken van de) technologie en de (geautomatiseerde) procedure; en
- de (weerslag van de) uitkomst.

Als het gaat om besluitvorming, zal de burger als gevolg van de overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak zowel inzicht moeten krijgen in de data – maatwerkgegevens – als in hetgeen het geautomatiseerde programma heeft gegenereerd (de outputkant).

Van Male en andere pleiten, terecht, ook voor het transparant bekendmaken/publiceren van de in te zetten technologie. Sommige bestuursorganen doen dit al. Zo was

de software van het AERIUS-programma uit eigener beweging openbaar gemaakt op de website AERIUS.nl. Daarmee was het mogelijk om die software te controleren en te testen. Het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak hier in haar uitspraak niet expliciet op in is gegaan, zou erop kunnen duiden dat de Afdeling meent dat de AERIUS-software terecht en op de juiste wijze openbaar is gemaakt.

Technologie kan op de volgende manieren transparant worden gemaakt:¹⁵

1. de broncode van de technologie wordt als openbare bron aan eenieder, of aan de burger die rechtsbescherming zoekt, ter beschikking gesteld;¹⁶
2. de applicatie – het programma – dat op de technologie draait, wordt aan eenieder ter beschikking gesteld,¹⁷ zodat de burger kan experimenteren met de invoer in het door de overheid gebruikte programma en zodoende kan onderzoeken of de uitkomst op de juiste manier is bepaald; en
3. de stappen, aannames en uitgangspunten die aan de technologie ten grondslag liggen, worden in begrijpelijke taal aan de burgers ter beschikking gesteld.

Van belang is te beseffen dat deze wijzen van openbaarmaking momentopnamen zijn. Dat is geen probleem als de technologie eenmalig is geprogrammeerd en nadien niet meer wordt gewijzigd. We zien echter dat zelflerende AI-programma's een grote vlucht nemen. Die programma's veranderen constant op basis van de input die zij verwerken en de output die zij generen. Het is lastig om dan transparant te zijn, omdat nieuwe versies dan steeds opnieuw openbaar zouden moeten worden gemaakt. Ik zou die eis – gelet op de eerder besproken beginselen – niettemin ook aan dergelijke programma's (willen) verbinden. Alleen op die wijze kan (in retrospectief) worden nagegaan welke (versie van de) technologie in een specifiek, individueel, geval is toegepast.

Dit zou mijns inziens op verschillende wijzen kunnen. De eerste, belangrijke stap is om de technologie een unieke identiteit mee te geven. Het is helaas nog niet zo ver dat processen en dingen een eigen digitale identiteit – een Assit ID – hebben, vergelijkbaar met de zojuist besproken SSI voor individuen. Daar wordt wel hard aan gewerkt. Een proces of ding krijgt in die situatie een Digital Twin en is als gevolg daarvan steeds 'volgbaar' in de digitale wereld. Op die wijze kan ook de ontwikkeling en toepassing van – bijvoorbeeld – een zelflerend AI-programma worden gevolgd. Dat zal een revolutie in transparantie tot gevolg (kunnen) hebben. Op dit moment werkt het alleen nog niet. Om die reden moet op zoek worden gegaan naar een andere manier om processen en technologie te 'fotograferen'. Dat kan – zo verzekeren IT-architecten en technici – door de gebruikte technologie (de software) periodiek te hashen en deze hash te loggen. Een hash is een unieke code, die (eenzijdig) terug te leiden is naar data of software. Door dit periodiek te doen, ontstaat een film van de ontwikkeling van de technologie en is het mogelijk om – in

¹⁵ Zie ook <https://ibestuur.nl/weblog/smart-contracts-in-het-bestuursrecht>.

¹⁶ Artikel: Rechter VS maakt broncode DNA-software openbaar in belang van rechtszaak (22-102-107).

¹⁷ Zoals bij AERIUS.

retrospectief – na te gaan welke ‘versie’ van de technologie in een individueel geval is gebruikt. Er zijn wel wat uitdagingen die overwonnen moeten worden om deze werkwijze succesvol te laten zijn. Zo moet worden nagedacht over de vraag wat er precies in retrospectief te raadplegen moet zijn. Een tijdstempel en een hash geven weliswaar een foto, maar nog niet de mogelijkheid om terug te reizen in de tijd en de onderliggende technologie opnieuw te raadplegen. Om dat te kunnen doen zijn er twee opties denkbaar. De eerste is om van iedere foto ook het origineel van de technologie te bewaren. Concreet zou dit betekenen dat we miljoenen – steeds evoluerende – versies van de technologie moeten gaan bewaren, zodat die technologie – nadat de juiste versie is getraceerd – in de toekomst kan worden getoetst. Dat lijkt niet haalbaar vanwege de capaciteit die dat vergt. Een andere manier is om de technologie op de foto te reproduceren. Er worden in deze variant niet steeds versies van de technologie bewaard, maar de technologie wordt – louter indien dat nodig is – nagemaakt aan de hand van de kenmerken in de hash. Op die wijze wordt inzichtelijk welke versie van de technologie op het voor het individu relevante tijdstip is gebruikt. Na reproductie kan die technologie dan worden getoetst door de rechter, deskundigen, toezichthouders en de burger.

Net als de technologie kunnen ook de data een unieke identiteit krijgen en – op de zojuist beschreven wijze – worden bewaard en gereproduceerd. Dat is ook een oplossing bij het gebruik van grote Big Data-sets. Op die wijze kan altijd achteraf worden herleid welk data-onderdeel uitmaakte van de Big Data-set en op welk moment welke data zijn gebruikt in een Big Data-analyse.

Naast de data en de technologie moet ook het ‘product’ van de ingezette technologie transparant zijn. Dat ‘product’ is een digitaal gegeven. Het kan een geautomatiseerd besluit zijn, maar ook een gegeven ter kwalificatie of classificatie van de burger. Digitale gegevens verspreiden zich snel, veel sneller dan analoge gegevens. Zo worden door de Belastingdienst vastgestelde digitale inkomensgegevens op digitale wijze aan honderden andere organisaties verstrekt. In mijn optiek vereist transparant overheidshandelen ook dat de burger inzicht moet kunnen krijgen in de reis die digitale gegevens maken nadat ze door het daartoe bevoegde bestuursorgaan zijn vastgesteld. Dat kan op twee manieren gebeuren. Ten eerste op generiek niveau. Zo zou door middel van een digitale gegevenslandschapskaart voor iedere burger in Nederland inzichtelijk kunnen worden gemaakt waar een digitaal gegeven naartoe reist. Op die manier wordt de reikwijdte van de vaststelling van een digitaal gegeven zichtbaar. Ten tweede moet de burger bij de vaststelling en bekendmaking van een digitaal gegeven worden geïnformeerd over het feit dat het vastgestelde digitale gegeven automatisch naar andere bestuursorganen reist en vervolgens door die bestuursorganen wordt gebruikt bij de vaststelling van nieuwe digitale gegevens, alsmede over de mate waarin die bestuursorganen gebonden zijn aan dat digitale gegeven. Op die manier kan de burger beter inschatten of hij rechtsmiddelen moet aanwenden tegen de vaststelling van het (eerste) digitale gegeven. Zo wordt voorkomen dat een verkeerd vastgesteld digitaal gegeven automatisch doorwerkt in tal van andere digitale gegevens en besluiten. De informatie over de reis van het digitale gegeven kan worden opgenomen in de rechtsmiddelenclausule als bedoeld in artikel 3:45 Awb.

Overigens valt het in zijn algemeenheid op dat de rechtsmiddelenclausule vrijwel altijd is gestandaardiseerd. Maatwerk vereist mijns inziens ook dat de rechtsmiddelenvoorlichting geïndividualiseerd wordt, zodat de burger weet wat hij in zijn geval moet doen.

Tot slot brengt transparant overheidshandelen met zich mee dat de burger recht heeft op reconstructie en reproductie van een digitaal vervaardigd gegeven. *Reconstructie* betekent dat het bestuursorgaan de burger schetst op welke wijze het digitale gegeven tot stand is gekomen. Welke data zijn gebruikt? Van wie waren die data afkomstig? Welke technologie is gebruikt? Welke geautomatiseerde stappen zijn er gezet? Enzovoort. *Reproductie* betekent dat het bestuursorgaan of de burger het digitale gegeven opnieuw produceren, met dezelfde data en technologie, zodat kan worden gecontroleerd of de uitkomst hetzelfde is als het oorspronkelijke digitale gegeven.

6.2.2 Meer beïnvloedingsmogelijkheden van data, technologie en uitkomst

Naast gebrek aan transparantie ervaren burgers ook een gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheden van ‘hun’ data, de technologie, de digitale procedure en de uitkomst daarvan. Digitale (persoons)gegevens zijn vaak in beton gegoten, automatische (besluitvormings)programma’s niet inzichtelijk en – als ze dat wel zijn – niet te beïnvloeden. Dat moet veranderen.

Zo zou de burger in ieder geval de gelegenheid moeten worden geboden om rechtstreeks en actueel inzage te krijgen in de data en de stappen van automatische (besluitvormings)programma’s, de mogelijkheid moeten worden geboden om – bijvoorbeeld – correcties door te voeren en de procedure (tijdelijk) te stoppen door op de eerdergenoemde (rode) stopknop te drukken. Wil dit geen wassen neus zijn, dan is het ook nodig om de burger tijdig te informeren over de start van de digitale procedure. Dat kan bijvoorbeeld door een bericht klaar te zetten in zijn berichtenbox over het tijdstip waarop het geautomatiseerde besluitvormingsproces start, of door de burger zelf te laten bepalen wanneer dat proces van start gaat. Een mooi voorbeeld is de eerdergenoemde EstID, waarmee de Estlanders kunnen inloggen op het E-Governmentsysteem en hun belangen en procedures kunnen beheren via hun persoonlijke dashboard. Zij kunnen daar tevens zien wanneer welke overheidsinstantie hun gegevens heeft gebruikt en wat de uitkomst daarvan is geweest. Op deze manier krijgen burgers meer regie op hun gegevens en op de stappen van automatische (besluitvormings)programma’s.

6.3 Technologie ter identificatie en garantie van maatwerk

Zoals aangegeven leeft de opvatting dat digitalisering en maatwerk niet samengaan. Ik kan die redenering tot op zekere hoogte volgen, maar heb de afgelopen periode tegelijkertijd zoveel mooie toepassingen van technologie gezien, dat ik me niet kan voorstellen dat er geen technologie kan worden ontwikkeld om maatwerkgevalLEN in de digitale procedure te identificeren.

6.3.1 *AI ontwikkelen voor het identificeren van maatwerkgevallen*

Zo moet het doenbaar zijn om algoritmen en zelflerende AI-programma's te ontwikkelen om maatwerkgevallen te analyseren, te identificeren en van de standaardprocedure af te scheiden. Zo zal een algoritme voor automatische besluitvorming kunnen onderzoeken of de kenmerken die volgens de wet- en regelgeving aanwezig moeten zijn,¹⁸ ook daadwerkelijk aanwezig zijn bij de desbetreffende aanvrager. En het zal tevens kunnen onderzoeken of het gebrek aan of afwezigheid van die kenmerken moet leiden tot afwijzing van de aanvraag. Het moet in die situatie ook mogelijk zijn om kenmerken die níet bij de ontwikkeling van het algoritme zijn betrokken – dus andere dan de kenmerken om te komen tot een negatief of positief besluit – te identificeren.¹⁹ Aangenomen mag worden dat een aanvrager met dergelijke kenmerken niet in het systeem past. Dat kan of komen omdat bepaalde kenmerken ten onrechte niet in het systeem zijn verdisconteerd, of omdat de aanvrager een 'bijzonder geval' is ten aanzien van wie toepassing van de standaardregels niet is gerechtvaardigd. Een dergelijk geval zouden we dan kunnen kwalificeren als maatwerkgeval. Komt na onderzoek vast te staan dat de burger daadwerkelijk niet in aanmerking komt voor het besluit dat hij heeft aangevraagd, dan zou hij – op basis van de dan bekende gegevens en de uitgevoerde analyse – kunnen worden geïnformeerd over en verwezen naar de aanspraak waar hij wél recht op zou kunnen hebben.

Het is daarnaast wenselijk om in de technologie een mogelijkheid in te bouwen waarmee de burger zelf kan aangeven c.q. aanvinken dat hij een maatwerkgeval is. Om die route niet té gemakkelijk te maken, zou de burger gevraagd kunnen worden aan te geven waarom hij denkt dat hij een bijzonder geval is. We hebben in de praktijk gezien dat burgers goed in staat zijn om zelf hun afwijkingen ten opzichte van de referentiegroep aan te geven, zij het niet altijd in juridische taal of op schrift.

De vraag is vervolgens wat er met geïdentificeerde maatwerkgevallen moet gebeuren. Bij gebrek aan een technologische oplossing zou er steeds menselijke tussenkomst moeten worden georganiseerd. Het maatwerkgeval wordt in dat geval uit de digitale procedure gelift en door een ambtenaar beoordeeld. Het is dan wel zaak dat deze ambtenaar goed op de hoogte is van de uitgangspunten en uitkomsten van het digitale systeem, zodat hij kan beoordelen of daadwerkelijk sprake is van een bijzonder geval en kan beoordelen hoe dit bijzondere geval moet worden beoordeeld ten opzichte van de referentiegroep.

6.3.2 *Het incorporeren van rechten en waarborgen in de technologie*

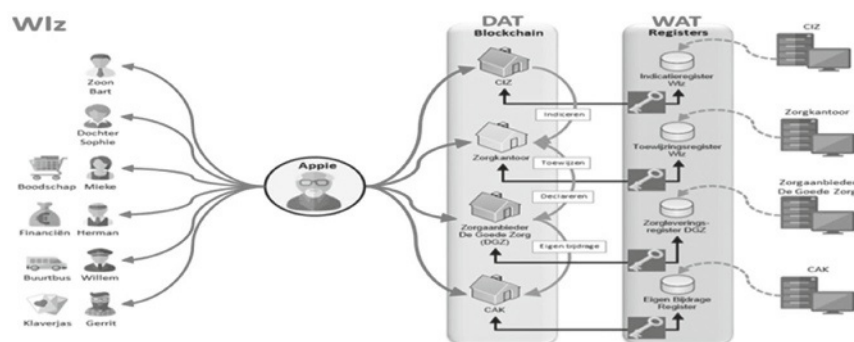
In haar ongevraagde advies heeft de Afdeling Advisering van de Raad van State de wetgever onder meer opgeroepen bestuursorganen actief te ondersteunen in de operationalisering van de in de AVG neergelegde rechten en waarborgen, in het bijzonder het recht op inzage en correctie. Ook in mijn optiek moet ernaar gestreefd worden (wettelijke) rechten en waarborgen voor burgers zo veel mogelijk in de technologie te incorporeren. Dat vergt allereerst het in kaart brengen van die rechten en

¹⁸ Zie de stappen 7-9 van Van Male 2018.

¹⁹ Zie de stappen 10-11 van Van Male 2018.

waarborgen in het specifieke geval. Is sprake van de verwerking van persoonsgegevens, dan vloeit uit de AVG (inderdaad) het recht op correctie, inzage en vergetelheid voort. Vervolgens moeten die rechten en waarborgen worden omgezet naar een lijst met juridische eisen. Dat moet gebeuren vóórdat de technologie wordt ontwikkeld, en niet daarna. Dat brengt met zich dat juristen direct bij de start van een ontwikkeltraject moeten worden betrokken. En dat gebeurt nog veel te weinig. Het ZIN deed dat gelukkig wel, evenals het CJIB. Het ZIN besloot, zoals eerder in dit preadvies al vermeld, over te gaan tot het ontwikkelen van blockchaintechnologie in het sociaal domein. Doel van dit project was om de waarde van blockchaintechnologie voor de zorg te onderzoeken. Vanaf de start heeft het ZIN zijn eigen medewerkers, de IT-architect en de juristen in één ruimte gezet. Het heeft vervolgens een aantal weken geduurd voordat de betrokkenen dezelfde taal spraken. Toen ze elkaar ‘verstonden’, is een ontwikkeltraject gestart, waarbij is gepoogd iedere juridische eis die van toepassing was op de inzet van de blockchaintechnologie in deze specifieke context – het registreren van afzonderlijke zorgverleningsactiviteiten van gemeente, zorg-hulpverleners, professionals en sociaal betrokkenen op grond van de Wmo, Wlz en Zvw aan één specifieke burger – in de blockchaintechnologie te incorporeren. De eisen uit de AVG, de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en de Archiefwet bleken zich daar prima voor te lenen. Het resultaat was een zeer gebruiksvriendelijke applicatie voor de burger en de zojuist genoemde actoren, waarin de burger zijn toestemming voor het verwerken van zijn gegevens ten aanzien van iedere afzonderlijke registratie van de zorgverleningsactiviteiten kan beheren en zijn rechten op inzage, correctie en vergetelheid kan uitoefenen. De overige actoren konden in diezelfde applicatie hun wettelijke plichten naleven, zoals het bekendmaken van een gemeentelijke indicatie voor sociale zorgverlening (een besluit op grond van – onder meer – de Wmo), het registreren en factureren van de verleende zorg en het naleven van de dossierplicht en bewaartermijnen.

Mijn zorglog



DATUM	NAAM	LOG	WIE ZIET WAT? Pas hieronder aan            
-------	------	-----	--

Het resultaat was een applicatie waarin vrijwel iedere aan de orde zijnde juridische eis was ingebouwd.

Dat bewijst dat het doenbaar is om rechten en waarborgen in de technologie te incorporeren, mits de juridische eisen tijdig in kaart worden gebracht en het streven erop is gericht om die eisen in de technologie in te bouwen.

7 Preadvies: Adviezen en maatregelen

In het voorgaande heb ik getracht een venster op de wereld van de technologie te bieden en die te verbinden met de bestuursrechtelijke wereld. Naar mijn overtuiging kan technologie een belangrijke bijdrage leveren aan het bieden van maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving. Het is dan wel van belang enkele obstakels weg te nemen en een aantal concrete acties en maatregelen te nemen, zoals ten minste te volgende:

- Investeer in en ontwikkel een Programma van Eisen voor Maatwerk, bijvoorbeeld gebaseerd op of ontleend aan het ODR-programma in Canada.
- Blijf de ontwikkeling van een SSI volgen, omdat dit burgers in staat stelt hun identiteit digitaal te beheren, inclusief de voor maatwerk relevante afzonderlijke elementen en kenmerken van die identiteit.
- Geef data en technologie een unieke identiteit of uniek kenmerk, zodat deze in retrospectief kunnen worden gereconstrueerd en gereproduceerd.
- Ontwikkel een algoritme voor het identificeren van maatwerk.
- Begin klein, experimenteer, deel de uitkomsten en schaal dan pas op.
- Leid juristen verder op, onder andere op het gebied van de kenmerken van maatwerk, de gereedschappen die zij voor maatwerk kunnen inzetten en de wijze waarop zij relevant kunnen zijn in IT-ontwikkeltrajecten. Dat laatste kan bijvoorbeeld door deel te nemen aan de cursussen zoals Coding for Lawyers. In die cursus leren juristen denken als en werken met IT-architecten.
- Lees de bijlage, dan wordt duidelijk welke technologieën (binnenkort) hun intrede doen in het bestuursrecht.

Mijn voorstel is deze en andere – door de leden van de VAR tijdens de jaarvergadering in te brengen – acties en maatregelen in 2020 ter hand te nemen, bijvoorbeeld door een werkgroep, bestaande uit bestuursrechtjuristen en (andere) leden van de VAR. Dat brengt het bieden van maatwerk in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving hopelijk weer een stap dichterbij.

Tot zover dit preadvies, dat ik graag – mede aan de hand van onderstaande stellingen – met de leden van de VAR bespreek tijdens de jaarvergadering op 22 mei 2020.

8 Stellingen

1. Als we tot uitgangspunt nemen dat digitalisering en datagedrevenheid niet zullen afnemen of stoppen, dan moeten we nú nadenken over de vraag hoe binnen die context maatwerk kan worden geboden.
2. Technologie kan een belangrijke bijdrage leveren aan het bieden van maatwerk.

9 Beschrijving van een aantal technologieën

Een goede juridische analyse van de inzet van technologie in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving kan niet zonder gedegen kennis van die technologie. Hieronder is een schets opgenomen van de meest ingezette technologieën.

9.1 Digitale platforms

Een digitaal platform is een online verzamel- en ontmoetingsplaats, waar de bedrijven of overheden en gebruikers elkaar via één portaal kunnen ontmoeten en met elkaar kunnen communiceren, functionaliteiten kunnen gebruiken, diensten kunnen afnemen en data kunnen raadplegen. Een platform is ofwel van een bedrijf of overheid zélf (platformbedrijf). Voorbeelden zijn Uber, Facebook, Booking en Marktplaats. Daarnaast spreken we van een platform als het wordt gebruikt als (intern) concentratiepunt, bijvoorbeeld van diverse IT-toepassingen, zoals een SAAS-platform. Tot slot worden platforms ingezet als samenwerkingsverbanden tussen verschillende bedrijven en overheden. Het platform is dan een organisatievorm en vormt zo het knooppunt van samenwerking tussen de aangesloten bedrijven en overheden. Het platform integreert op die wijze technologische, economische en sociale elementen.

9.2 Blockchain en Smart Contracts

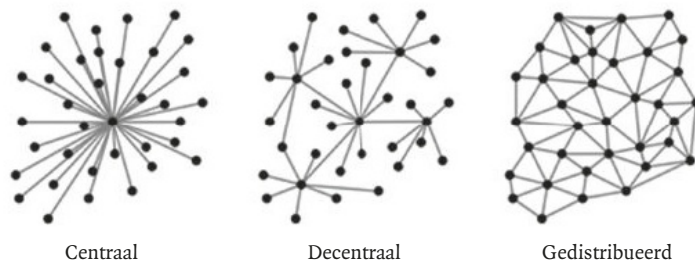
9.2.1 Blockchain¹

Blockchain is een zogenoemde distributed ledger technology. Het is in de basis een register waarin de geschiedenis van alle door het netwerk vertrouwde transacties met daarin bijvoorbeeld gegevens of betalingen worden bijgehouden. Eén of meer transacties worden in een block gezet; dit block wordt aan de blockchain toegevoegd. Ieder block wordt voorzien van een unieke code (header). In deze header wordt verwezen naar de header van het vorige block. Als gevolg daarvan worden alle blocks aan elkaar gekoppeld en ontstaat een chain; de blockchain.

Men vergelijkt blockchaintechnologie vaak met een grootboek. In het grootboek worden de eerdergenoemde transacties geregistreerd. Iedere gekoppelde computer, ‘node’, bevat een identiek exemplaar van het grootboek. Het grootboek wordt tussen

¹ Zie voor meer uitleg: Whitepaper ‘Juridische aspecten van blockchain’, te downloaden op www.pelsrijcken.nl.

de nodes gedistribueerd. De kracht van de blockchaintechnologie is de betrouwbaarheid van de geregistreerde transacties; als transacties ongeautoriseerd worden gewijzigd, zullen de andere exemplaren van het grootboek deze wijzigingen herkennen en een foutmelding geven. Dit zorgt ervoor dat als er maar genoeg nodes deel uitmaken van een blockchain-netwerk, het vrijwel onmogelijk is om informatie in een blockchain (eenzijdig) te wijzigen. Dit zorgt voor onveranderlijkheid ('immutability'),² integriteit en onweerlegbaarheid (niemand kan claimen dat een transactie niet heeft plaatsgevonden).



Figuur 1 Een visuele weergaven van een centraal, een decentraal en een gedistribueerd systeem, zoals blockchain. Ieder puntje vertegenwoordigt een afzonderlijke node (bron: Paul Baran – On distributed communications, 1964)

Er zijn verschillende typen blockchains. Er wordt onderscheid gemaakt tussen openbare (public) en gesloten (privat) blockchains enerzijds en tussen permissioned en permissionless blockchains anderzijds.

Een openbare blockchain is voor iedereen zichtbaar. Iedereen kan op die wijze de transacties op de blockchain zien en controleren. In een gesloten blockchain is dat niet zo. Die blockchain is alleen zichtbaar voor degenen die zijn toegelaten. Een permissionless blockchain is een blockchain waaraan iedereen kan deelnemen door de software te installeren en zijn node via internet met het blockchainnetwerk te verbinden. Op zo'n blockchain vindt geen identificatie en authenticatie van deelnemers plaats. Een deelnemer heeft, met andere woorden, geen toestemming nodig om deel uit te maken van het netwerk. Aan een permissioned blockchain kan niet iedereen zonder meer deelnemen, ook al is hij openbaar. Om deel te nemen is een toegangsaanvraag en goedkeuring vereist. Bovendien kunnen de toebedeelde lees- en schrijfrechten per gebruiker en zelfs per transactie verschillen.

² Dit dient genuanceerd te worden tot: 'kan niet eenzijdig teruggedraaid worden'. Als er algemeen consensus is tussen alle nodes dat iets teruggedraaid dient te worden, dan kan dat wel degelijk. Niet zozeer door het oude, onjuiste block, te verwijderen of te overschrijven, maar door met elkaar een nieuwe (juiste) waarheid in een nieuw block vast te leggen.

Blockchain eenvoudig uitgelegd

Stel, er bestaat een grote kluis, zoals die vroeger bij banken in de kelder aanwezig was. Die kluis bestaat nu niet fysiek, maar digitaal. Om in de kluis te kunnen kijken, moet men beschikken over een sleutel, in dit geval een digitale sleutel. Er zijn in dat kader twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is dat iedereen die een sleutel wil krijgen, een sleutel krijgt. Het enige wat iemand daarvoor moet doen, is zich als gebruiker van het systeem registreren. De tweede mogelijkheid is dat alleen geselecteerde partijen een sleutel krijgen.

De sleutel geeft partijen toegang tot de kluis. Als zij de kluis openen, ziet iedere sleutelhouder een afschrift van hetzelfde notitieboekje. In dat notitieboekje kan per regel informatie worden genoteerd. Die informatie kan versleuteld zijn en dan alleen worden ontsleuteld door partijen die daartoe op grond van hun sleutel zijn geautoriseerd. Doen zij dat, dan zien zij per regel leesbare informatie. Die informatie kan bestaan uit de registratie van een transactie tussen sleutelhoudende partijen (zoals bij Bitcoin), of uit gegevens die voor de sleutelhoudende partijen relevant is. Naast de informatie die tussen partijen wordt gedeeld, bevat de regel in het notitieboekje ook andere informatie, waaronder de verwijzing naar de voorgaande regel met informatie (een header). Op deze wijze worden de regels met informatie onlosmakelijk met elkaar verbonden en ontstaat er een ketting van informatieblokken. Er wordt alleen informatie aan het notitieboekje toegevoegd, als dat gebeurt volgende regels die vooraf zijn vastgesteld c.q. geprogrammeerd, dan wel als partijen daarover overeenstemming bereiken.

Het notitieboekje wordt vervolgens naar iedere computer in het netwerk gedistribueerd. Zo heeft iedere sleutelhoudende partij een afschrift van het notitieboekje op zijn computer staan. Die computer noemen we een node. Aanpassing van het notitieboekje gebeurt synchroon. Het ongemerkt aanpassen van het notitieboekje op één van de nodes is daarom niet mogelijk, omdat de computers een afwijking tussen de verschillende notitieboekjes zullen vaststellen.

De kracht van het voorgaande is dat iedere sleutelhoudende partij op hetzelfde moment naar dezelfde informatie kijkt. Of die informatie juist is, staat ter beoordeling van de sleutelhoudende partijen. Zij kunnen dat zelf vaststellen, of ter verificatie van de informatie in het notitieboekje een externe bron gebruiken. We noemen dat een oracle (zie hierna).

9.2.2 Smart contracts³

Een smart contract wordt vaak in één adem genoemd met blockchain. Dat komt omdat een smart contract veelal gebruikmaakt van data die in een blockchain worden geregistreerd. Een smart contract is een programmeercode waarin een handeling afhankelijk is gemaakt van het voltrekken van één of meer gebeurtenissen. Een smart contract bestaat in de kern altijd uit een als/dan-constructie. Het is een deterministisch computerprogramma: gegeven een bepaalde input en bepaalde

3 DBC 2017.

beginwaarden – geregistreerd in de blockchain – zal het altijd dezelfde output genereren. De werking is anders gezegd volledig voorspelbaar. Een smart contract is dus eigenlijk niet ‘slim’; het voert uit wat het is opgedragen, enig ‘nadenken’ of proactiviteit komt er niet bij kijken. Alle regels zijn voorgeprogrammeerd. Anders dan de term doet vermoeden wordt met een smart contract bovendien niet noodzakelijk een contract of een andere rechtshandeling gecreëerd of uitgevoerd. Hoe een smart contract juridisch moet worden geduid hangt helemaal af van de specifieke toepassing.⁴ Smart contracts kunnen aldus processen automatiseren met behulp van blockchain. Smart contracts kunnen bijvoorbeeld ook zonder menselijke tussenkomst zorgen voor ‘communicatie’ tussen machines (machine-2-machine).

9.2.3 Oracles

Om te kunnen vaststellen of aan de voorwaarden voor de uitvoering van een smart contract is voldaan, zal veelal input van buiten de blockchain nodig zijn. Bijvoorbeeld de bevestiging dat een bepaalde handeling is uitgevoerd of dat een besluit is genomen (‘als de cliënt heeft bevestigd dat de zorg is geleverd, dan wordt de betaling in werking gezet’). Een blockchain is ‘doof en blind’: de blockchainsoftware kan niet zelfstandig informatie van buiten ophalen. Hier komen zogenoemde orakels of in het Engels ‘oracles’ in beeld. Oracles kunnen input leveren aan een smart contract; ze kunnen (feitelijke) informatie, oordelen en beslissingen die van belang zijn voor de executie van een smart contract – maar die daar zelf geen onderdeel van uit maken – in de blockchain brengen. Achter een oracle kan bijvoorbeeld een externe informatiebron schuilgaan, zoals een database of register van een vertrouwd instituut of een hardware oracle zoals een IoT-apparaat of sensor (machine-2-machine). Maar het kan ook gaan om een partij of een persoon, zoals een beslissingsbevoegde of verslag leggende notaris of ambtenaar. De partijen die gebruikmaken van het smart contract accepteren op voorhand de informatie of het oordeel van het oracle en de betekenis daarvan voor de uitvoering van het smart contract.

9.3 AI

Artificial Intelligence (AI) wordt gezien als een van de belangrijkste technologische ontwikkelingen van deze tijd. AI is een verzamelterm voor technologieën die een (rudimentaire) vorm van cognitie bezitten en waarmee de makers in feite getracht hebben om een deel van het menselijk brein na te bootsen.

AI en een algoritme zijn niet per definitie gelijk. Een algoritme is een wiskundige formule. In programmeertaal is het een instructie, een stukje code, om een probleem om te lossen. Het algoritme doet niet meer en minder dan de geprogrammeerde instructie uitvoeren. Het leert dus niet zelf. We spreken pas van AI, als het algoritme op basis van gegevens of signalen uit zijn omgeving zelfstandig beslissingen neemt én daarvan leert. AI is, met andere woorden, een zelflerend algoritme.

4 DBC 2017.

De eerste en meest basale vorm van AI bevindt zich in het reactieve stadium. Dergelijke technologie heeft een lerend vermogen ten aanzien van beperkte input en beperkt zich om die reden vaak tot het uitvoeren van één specifieke taak. Over andere input kan dergelijke technologie zich geen oordeel vormen en die wordt door dergelijke technologie dan ook vaak genegeerd.

Hoger op de AI-ladder staat technologie die zich aan de hand van een variëteit aan ervaringen een beeld van de werkelijkheid tracht te vormen en op basis van dit beeld handelt. Na iedere ervaring wordt het beeld van de werkelijkheid bijgesteld en uiteindelijk geoptimaliseerd. Dergelijke technologie gaat op die manier zelfstandig een interactie aan met de omgeving. In deze stadia wordt veelal gebruikgemaakt van een vorm van machine learning. Technologie die gebruikmaakt van machine learning is in staat om zich los van specifieke voorgeprogrammeerde beslisbomen te ontwikkelen en maakt daarvoor gebruik van zelflerende algoritmes. Deze algoritmes zijn in staat zelfstandig patronen in datasets te vinden en te onderscheiden, deze datasets op waarde te schatten en voorspellende modellen te ontwikkelen zonder tussenkomst van menselijke besluitvorming.

Voordat zelflerende algoritmes een niveau bereiken dat vergelijkbaar of beter is dan het niveau van de mens, dient een algoritme een ontwikkeling door te maken. Voor de ontwikkeling van een zelflerend algoritme zijn drie methodes te onderscheiden. Dit zijn supervised learning, unsupervised learning en reinforcement learning. Supervised learning is de methode waarbij het algoritme vooraf gekwalificeerde data gebruikt om zichzelf te ontwikkelen. Bij unsupervised learning is de inputdata niet vooraf geclassificeerd. De opdracht aan het algoritme is om zelf patronen in de inputdata te vinden en hier conclusies aan te verbinden. Bij reinforcement learning zijn de inputdata dynamisch. De toestand van een veranderende omgeving vormt de input op basis waarvan het algoritme zich ontwikkelt. De input wordt dan ook niet aangeleverd door de bouwer van het algoritme, maar het algoritme baseert zich op de ervaringen die het opdoet. Deze methode wordt onder meer toegepast bij het ontwikkelen van zelfrijdende auto's.

Deep learning is een vorm van machine learning die eveneens vooraf geprogrammeerde regels nodig heeft om conclusies te trekken over de data die het algoritme analyseert, zij het in mindere mate dan de hiervoor beschreven vormen van machine learning. Een algoritme dat gebruikmaakt van deep learning is in staat om zelf verbanden te leggen tussen de data die het analyseert en op basis daarvan conclusies te trekken. Deep learning vertoont overeenkomsten met het menselijk brein. Het voordeel is dat deep learning meer dan andere vormen van machine learning in staat is om verbanden te leggen tussen data die niet door de mens waren voorzien. Een belangrijk nadeel is dat vaak niet duidelijk is hoe deep learning tot zijn output komt.

9.4 Digital Twins

Een digital twin is een digitale weergave van een fysiek ding of systeem met behulp van een dynamisch softwaremodel. Digital twins worden gebruikt om de omstandigheden in de echte wereld te analyseren en te simuleren, op veranderingen te

reageren, operaties te verbeteren en waarde toe te voegen. Digital twins van fysieke activa in combinatie met digitale representaties van bijvoorbeeld faciliteiten, mensen, bedrijven en processen zullen een steeds gedetailleerdere digitale weergave van de echte wereld mogelijk maken voor simulatie, analyse en controle. Zijn we bijvoorbeeld in staat een mandarijn een digital twin te geven, dan is het ook mogelijk die specifieke, unieke mandarijn te volgen van de boom tot de consument.

9.5 IOT

Bij het Internet of Things (IOT), zijn de gedigitaliseerde 'dingen', zoals machines, auto's, lantaarnpalen, enzovoort, online. Met behulp van sensoren wordt informatie over die dingen online bijgehouden en in contact gebracht met andere dingen die online zijn. Sommige sensoren meten alleen, sommige verzamelen en analyseren data en andere geven opdrachten aan andere IOT-onderdelen. Met internet verbonden dingen worden veelal 'smart' genoemd.

9.6 Applicatielaag

Het gebruik van de zojuist genoemde technologieën wordt veelal ondersteund door een applicatie, zoals een website, database of app. Een dergelijke applicatielaag vergemakkelijkt het gebruik. Zo kan een gebruiker bijvoorbeeld in een app zien waar hij of zij gegevens kan invoeren, die vervolgens zichtbaar worden in de app voor anderen die leesrechten hebben.

Literatuur

BZK 2019

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Maatwerk met de Awb*, Den Haag 2019.

DBC 2017

Dutch Blockchain Coalition, *Smart Contracts als specifieke toepassing van de blockchaintechnologie*, 2017.

Van Eck 2018

M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018.

Elzakkers e.a. 2016

A.E. Elzakkers en S. van Heukelom-Verhage, 'Wie beschermt de homo digitalis binnen de trias 2.0?', *NJB* 2016/22.

Van Ettekovén 2018

B.J. van Ettekovén, 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big Data tijdperk', in: B.A. Beijen e.a., *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht* (Serie Staat en Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Ettekovén 2019

B.J. van Ettekovén, 'Digitaal procederen bij de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen, A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Gerards e.a. 2019

J.H. Gerards en A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijke Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019.

HLEG 2019a

High Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Statement on artificial intelligence, robotics and 'autonomous' systems*, Brussel: Europese Commissie 2019.

HLEG 2019b

High Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Brussel: Europese Commissie 2019.

IEEE Standards Association 2016

IEEE Standards Association, *Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Wellbeing with Artificial Intelligence and Autonomous Systems*, Brussel 2016.

Lokin 2018

M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar wetgeven*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Van Male 2018

R. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden', in: B.A. Beijen e.a., *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht* (Serie Staat en Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Nationale ombudsman 2017

Nationale Ombudsman, *Onderzoek naar knelpunten voor burgers bij MijnOverheid*, 2017/098.

Nationale ombudsman 2019a

Nationale Ombudsman, *Houd het simpel: Onderzoek naar de gebruiksvriendelijkheid van digitale formuleren van de overheid*, 2019/046.

Nationale ombudsman 2019b

Nationale Ombudsman, *Behoorlijkheidswijzer*, 2019.

Prins e.a. 2018

C. Prins en B.J. van Ettekoven, *Data analysis, artificial intelligence and the judiciary system*, in: V. Mak e.a. (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

Raad van State 2018

Raad van State, *Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen*, Den Haag 2018.

Rathenau 2015

Rathenau Instituut, *De datagedreven samenleving*, Den Haag 2015.

Rathenau 2017

Rathenau Instituut, *Opwaarderen; Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag 2017.

Rathenau 2018

Rathenau Instituut, *Waardevol digitaliseren*, Den Haag 2018.

Scheltema 2018

M. Scheltema, 'Wetgeving in een responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 120-131.

Schuyt 2014

C. Schuyt, 'Rationaliteit en irrationaliteit in het bestuursrecht onder invloed van versnelde digitalisering', *NTB* 2014/31.

Vetzo 2018

M.J. Vetzo, J.H. Gerards, R. Nehmelman, *Algoritmen en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Weill e.a. 2004

P. Weill en J.W. Ross, *IT Governance: How Top Performers Manage IT Decision Rights for Superior Results*, Boston: Harvard Business School Press 2004.

Widlak e.a. 2018

A. Widlak en R. Peters, *De digitale kooi*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2018.

WRR 2011

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

WRR 2012

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Vertrouwen in burgers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012.

WRR 2016

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

WRR 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2017.

Zwenne e.a. 2016

G.J. Zwenne en A.H.J. Schmidt, *Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?* (VAR-reeks, nr. 146), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Bestuur en ereleden

Mw. prof. mr. drs. W. den Ouden (voorzitter)
Mr. L.H. von Meijenfeldt (secretaris)
Mw.mr. N.N. Bontje (penningmeester)
Mr. dr. R.J. Koopman
Prof. mr. T. Barkhuysen
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar
Mr. T.C. Borman
Mw. mr. S.A. van der Does
Prof. mr. dr. K.J. de Graaf
Mw. mr. dr. B.J. van de Griend
Mw. mr. J. van der Jagt
Prof. mr. dr. R. Ortlep
Mr. R. Osterwald
Mw. mr. dr. H.G. Sevenster
Mr. R.C. Stam

De ereleden van de vereniging zijn:
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, Uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeen- komsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van adminis- tratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuurs- bevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)

LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordering	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechts- bescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiters drs. C.J.N. Verstedden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. IJssink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)

z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)

126	mr. B.J. van Ettekovén mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)
142	prof. mr. R.J.N. Schlössels mr. dr. Y.E. Schuurmans mr. dr. R.J. Koopman mr. drs. D.A. Verburg	Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?	(2009)
144	mr. J.C.A. de Poorter prof. mr. G.T.J.M. Jurgens mr. H.J.M. Besselink	De toegang tot de rechter beperkt	(2010)
146	mr. dr. M.M. Groothuis prof. mr. J.E.J. Prins dr. mr. C.J.M. Schuyt	De digitale overheid	(2011)
148	prof. mr. M.J. Jacobs prof. dr. H.E. Bröring prof. dr. C.W. Backes mr. dr. M.R.T. Pauwels	Tijd voor verandering	(2012)

150	prof. mr. F.J. van Ommeren mr. P.J. Huisman mr. G.A. van der Veen mr. K.J. de Graaf	Het besluit voorbij	(2013)
152	mr. dr. C.L.G.F.H. Albers mr. dr. M.L. van Emmerik mr. C.M. Saris mr. drs. F.J.P.M. Haas	Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?	(2014)
VAR 75 jaar	Ben Schueler & Rob Widdershoven (red.)	Europeanisering van het algemeen bestuursrecht	(2014)
154	prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. dr. R. Ortlepp mr. dr. A. Tollenaar	Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter	(2015)
156	prof. mr. J.H. Gerards prof. mr. M.W. Scheltema dr. A.R. Neerhof	Hybride bestuursrecht	(2016)
158	W.J.M. Voermans R.J.B. Schutgens A.C.M. Meuwese	Algemene regels in het bestuursrecht	(2017)
160	L.J.A. Damen C.N.J. Kortmann R.F.B. van Zutphen	Vertrouwen in de overheid	(2018)
162	J.E.M. Polak T.N. Sanders B.J.P.G. Roozendaal A.M. Reneman	De toekomst van de formele rechtskracht	(2019)