

# MASTER'S THESIS

**De vicieuze cirkel doorbroken door het evenredigheidsbeginsel?**

**Een onderzoek naar het evenredigheidsbeginsel ten behoeve van maatwerk in het gedigitaliseerde primaire besluitvormingsproces**

Bukman, M.

**Award date:**  
2022

**Awarding institution:**  
Department of Public Law

[Link to publication](#)

## **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

## **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 22. Sep. 2023

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



# De vicieuze cirkel doorbroken door het evenredigheidsbeginsel?

*Een onderzoek naar het evenredigheidsbeginsel ten behoeve van maatwerk in het (deels) gedigitaliseerde of met digitalisering te ondersteunen primaire besluitvormingsproces*



De vicieuze cirkel van digitalisering in het bestuursrecht

Naam: Machteld Bukman

Studentnummer: 838563991

Begeleider: Mw. mr. dr. B. Aarrass

Examinator: Mw. mr. dr. C.L.G.F.H. Albers

Aantal woorden: 13.998

Datum inleveren: 10 juli 2022

# Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding</b> .....	<b>4</b>
1.1 Aanleiding.....	4
1.2 Opbouw en deelvragen .....	6
1.3 Afbakening.....	8
1.4 Onderzoeksmethode.....	9
<b>2. Responsieve rechtsstaat, maatwerk en digitalisering</b> .....	<b>10</b>
2.1 Inleiding .....	10
2.2 Responsieve rechtsstaat.....	10
2.2.1 <i>Ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat</i> .....	10
2.2.2 <i>Theorie Nonet en Selznick</i> .....	11
2.2.3 <i>Streven naar maatwerk</i> .....	12
2.2.4 <i>Nadelen responsiviteit en maatwerk</i> .....	13
2.3 Digitalisering.....	13
2.3.1 <i>Soorten algoritmen</i> .....	13
2.3.2 <i>Effecten van digitalisering voor het bieden van maatwerk</i> .....	14
2.4 Conclusie .....	15
<b>3. Evenredigheidsbeginsel en maatwerk</b> .....	<b>16</b>
3.1 Inleiding .....	16
3.2 Het evenredigheidsbeginsel .....	16
3.3 Mogelijkheden voor maatwerk .....	17
3.3.1 <i>Discretionaire bevoegdheden</i> .....	17
3.3.2 <i>Beleidsregels</i> .....	18
3.3.3 <i>Gebonden bevoegdheden</i> .....	19
3.4 Knelpunten digitalisering voor het bieden van maatwerk.....	20
3.4.1 <i>Standaardisering</i> .....	20
3.4.2 <i>Het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen</i> .....	21
3.4.3 <i>Kwetsbaar voor fouten en verschrijvingen</i> .....	22
3.4.4 <i>Ondoorzichtigheid</i> .....	22
3.4.5 <i>Beleidsregels en algoritmen</i> .....	23
3.5 Conclusie .....	23
<b>4. Rechtspraak ABRvS en CRvB over het evenredigheidsbeginsel</b> .....	<b>25</b>
4.1 Inleiding .....	25
4.2 Ontwikkelingen in de rechtspraak.....	25

4.2.1 Intensieve toetsing .....	25
4.2.2 Wijziging jurisprudentie beleidsregels.....	26
4.2.3 Exceptieve toetsing algemeen verbindende voorschriften.....	27
4.3 Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.....	27
4.4 Conclusie .....	28
<b>5. Nieuw toetsingskader evenredigheidsbeginsel .....</b>	<b>30</b>
5.1 Inleiding .....	30
5.2 Uitspraak Harderwijk .....	30
5.3 Knelpunten digitalisering.....	33
5.3.1 Standaardisering .....	33
5.3.2 Ondoorzichtigheid en het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen .....	34
5.3.3 Beleidsregels en algoritmen .....	34
5.4 Conclusie .....	35
<b>6. Aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb .....</b>	<b>37</b>
6.1 Inleiding .....	37
6.1 Voorstel Scheltema .....	37
6.2 Knelpunten digitalisering.....	38
6.2.1 Standaardisering .....	38
6.2.2 Ondoorzichtigheid en het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen .....	39
6.2.3 Kritiek en nadelen .....	40
6.3 Conclusie .....	41
<b>7. Slotbeschouwing .....</b>	<b>43</b>
7.1 Inleiding .....	43
7.2 Conclusie .....	43
7.3 Aanbevelingen.....	45
7.4 Antwoord op de onderzoeksvraag .....	46
<b>Literatuurlijst .....</b>	<b>48</b>
<b>Parlementaire stukken .....</b>	<b>54</b>
<b>Jurisprudentie .....</b>	<b>54</b>

# 1. Inleiding

## 1.1 Aanleiding

Digitalisering en maatwerk zijn twee zeer actuele thema's in het bestuursrecht die tegengesteld aan elkaar lijken te zijn. Digitalisering leidt vaak tot standaardisering en geautomatiseerde besluitvorming. Maatwerk vraagt juist om flexibiliteit en het hanteren van de menselijke maat.<sup>1</sup> Mede in reactie op de steeds verdergaande digitalisering van de overheid is er in het bestuursrecht de laatste jaren een toenemende roep om meer rekening te houden met de gewone burger en om meer maatwerk te bieden.<sup>2</sup> Het streven naar meer maatwerk leidt echter tot verfijnde regels, waardoor de uitvoering complexer wordt. Die complexiteit resulteert dan weer in verdere digitalisering en standaardisering, waardoor het nog moeilijker wordt om maatwerk te leveren. De Raad van State (RvS) constateert dan ook in een ongevraagd advies over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen dat er een vicieuze cirkel dreigt, waarbij maatwerk steeds verder wordt ondermijnd.<sup>3</sup>

Net als de samenleving in zijn geheel, is ook de overheid steeds verder aan het digitaliseren. Niet alleen de dienstverlening van de overheid aan burgers wordt geautomatiseerd, maar ook de besluitvorming door bestuursorganen vindt steeds meer plaats met behulp van software zonder menselijke tussenkomst.<sup>4</sup> Dit heeft als voordeel dat bestuursorganen sneller, nauwkeuriger en efficiënter kunnen werken. Met name de grote uitvoeringsorganisaties die massaal besluiten moeten nemen, zoals de Belastingdienst, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen en de Sociale Verzekeringsbank -ook wel 'beschikkingsfabrieken' genoemd- kunnen niet functioneren zonder (deels) geautomatiseerde besluitvorming.<sup>5</sup> Aan de andere kant zijn er ook negatieve gevolgen. De Nationale Ombudsman heeft meerdere malen gewezen op de knelpunten en problemen die kunnen ontstaan voor burgers als gevolg van digitalisering van de overheid.<sup>6</sup> De RvS constateert in haar advies dat door digitalisering ook het functioneren van de overheid verandert, waardoor de rechtsstatelijke positie en de rechtsbescherming van de burger in de knel komen.<sup>7</sup>

In de literatuur wordt gepleit voor een meer 'responsieve rechtsstaat' die meer rekening houdt met de burger<sup>8</sup> en ook de politiek heeft steeds meer aandacht voor maatwerk in het

---

<sup>1</sup> Raad van State 2018, p. 3.

<sup>2</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 7.

<sup>3</sup> Raad van State 2018, p. 5.

<sup>4</sup> Raad van State 2018, p. 2.

<sup>5</sup> Raad van State 2018, p. 7.

<sup>6</sup> Nationale Ombudsman 2013, p. 3; Nationale Ombudsman, *Jaarverslag* 2015, p. 7; Nationale Ombudsman 2017, p. 7-8.

<sup>7</sup> Raad van State 2018, p. 6.

<sup>8</sup> Scheltema, *NTB* 2019/24, p. 248. De term 'responsief recht' is terug te voeren op de theorie van de Amerikaanse rechtssociologen Nonet en Selznick. Dit komt later nog aan de orde.

bestuursrecht. Recentelijk is het thema maatwerk nog verder in een stroomversnelling gekomen door de toeslagenaffaire en wordt meer dan ooit de noodzaak gevoeld om bij het overheidsbeleid rekening te houden met de gewone burger.<sup>9</sup> Met name het evenredigheidsbeginsel wordt in onderzoek en literatuur genoemd als middel om maatwerk te leveren en te komen tot een meer responsief bestuursrecht.<sup>10</sup>

Advocaten-generaal Widdershoven en Wattel hebben in een conclusie van 7 juli 2021 voor een intensievere toetsing van het evenredigheidsbeginsel gepleit in lijn met het evenredigheidsbeginsel zoals door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) toegepast.<sup>11</sup> Inmiddels is uitspraak gedaan in de belangrijkste van de drie zaken waarvoor deze conclusie was gevraagd. In het vervolg van dit onderzoek staat deze uitspraak (Harderwijk) centraal.<sup>12</sup> Daarnaast is er in de literatuur door Scheltema een voorstel gedaan voor een aanvullende codificatie van het evenredigheidsbeginsel in de Awb, waardoor bestuursorganen ook bij wetsbepalingen van dwingend recht verplicht zijn om een uitzondering te maken als er sprake is van onevenredige gevolgen.<sup>13</sup>

Zoals uit het vervolg van deze scriptie zal blijken, is het op dit moment (nog) niet goed mogelijk om in een volledig gedigitaliseerd primair besluitvormingsproces door middel van het evenredigheidsbeginsel maatwerk te bieden.<sup>14</sup> Er kunnen echter ook vormen van digitalisering worden ingezet bij het aanvragen en voorbereiden van besluiten die een belangenafweging vergen<sup>15</sup> en in dat geval kan het evenredigheidsbeginsel wel een rol spelen. Ervan uitgaande dat digitalisering steeds meer zal toenemen, wil ik onderzoeken in hoeverre het in Harderwijk geïntroduceerde toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel en het voorstel van Scheltema mogelijkheden bieden voor bestuursorganen om maatwerk te leveren in een primair besluitvormingsproces dat (in

---

<sup>9</sup> Kortmann, *NTB* 2021/59, p. 123.

<sup>10</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 35-36; Scheltema, *NTB* 2019/24, p. 248.

<sup>11</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3. De conclusie van 7 juli 2021 behoort tot een serie van vier conclusies over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. In een conclusie van 16 februari 2021 wordt ingegaan op de toetsing van lagere wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel (Concl. A-G P.J. Wattel 16 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:516, bij 202006547/2/A2), in twee conclusies van 18 mei 2022 wordt ingegaan op de toetsing van beleidsregels en wetgeving in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel (Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440, bij 202006602/2/V2 en 202006606/2/V2; Concl. A-G G. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, bij 202100115/2/A2 en 202006816/2/A2. Deze laatste conclusie is ook van belang voor dit onderzoek en komt in hoofdstuk 6 aan de orde.

<sup>12</sup> Van de drie zaken waarvoor de conclusie was gevraagd is ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*) de belangrijkste, omdat daarin het nieuwe toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel wordt geïntroduceerd.

<sup>13</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018, p. 127-128.

<sup>14</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 14. Van Male 2018, p. 280-281, 284. Van Heukelom-Verhage stelt echter dat de opvatting dat digitalisering van maatwerkbeslissingen niet mogelijk is, te eenzijdig is en dat er technologisch veel mogelijkheden zijn om maatwerk toch mogelijk te maken. Zie Van Heukelom-Verhage 2020, p. 207-220.

<sup>15</sup> Van Male 2018, p. 272, 280, 283.

de toekomst) in meer of mindere mate is gedigitaliseerd of wordt ondersteund door digitalisering. De onderzoeksvraag luidt:

*In hoeverre bieden het nieuwe toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel en/of aanvullende codificatie van het evenredigheidsbeginsel in de Awb meer mogelijkheden om maatwerk te leveren in een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund primair besluitvormingsproces ten opzichte van de eerdere toetsing en de huidige codificatie?*

## **1.2 Opbouw en deelvragen**

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag worden achtereenvolgens de hieronder vermelde deelvragen besproken. In hoofdstuk twee worden de volgende vragen beantwoord:

- *Wat is de achtergrond en betekenis van de begrippen ‘maatwerk’ en ‘responsieve rechtsstaat’ en hoe hangen beide begrippen met elkaar samen?*
- *Wat houdt digitalisering of het met digitalisering ondersteunen van een primair besluitvormingsproces in en welke effecten daarvan zijn van belang voor het bieden van maatwerk door bestuursorganen?*

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de begrippen ‘maatwerk’ en ‘responsieve rechtsstaat’ en komt aan de orde hoe beide begrippen zich tot elkaar verhouden. Ook wordt op hoofdlijnen beschreven wat digitalisering en het met digitalisering ondersteunen van een primair besluitvormingsproces inhoudt en welke effecten daarvan van belang zijn voor het bieden van maatwerk door bestuursorganen.

In hoofdstuk drie worden de volgende vragen beantwoord:

- *Wat houdt het evenredigheidsbeginsel in, hoe wordt het getoetst door de bestuursrechter en welke mogelijkheden biedt het evenredigheidsbeginsel bestuursorganen om maatwerk te leveren in het primaire besluitvormingsproces bij discretionaire bevoegdheden, het toepassen van beleidsregels en bij gebonden bevoegdheden?*
- *Welke specifieke knelpunten levert digitalisering en het met digitalisering ondersteunen van een primair besluitvormingsproces op voor het bieden van maatwerk?*

In dit hoofdstuk wordt de inhoud van het evenredigheidsbeginsel op hoofdlijnen geschetst. Daarna wordt nader ingegaan op de toetsing ervan vóór de uitspraak Harderwijk en de mogelijkheden die het evenredigheidsbeginsel biedt voor bestuursorganen om maatwerk te leveren in een primair

besluitvormingsproces. Ten slotte worden de specifieke knelpunten besproken die digitalisering en het met digitalisering ondersteunen van een primair besluitvormingsproces oplevert voor het bieden van maatwerk.

In hoofdstuk vier worden de volgende vragen beantwoord:

- *Op welke wijze is de evenredigheidstoetsing vanaf 2015 tot aan de uitspraak Harderwijk door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) toegepast?*
- *Op welke wijze wordt het Europese evenredigheidsbeginsel getoetst door het HvJ EU?*

In dit hoofdstuk wordt op basis van de literatuur beschreven op welke wijze de evenredigheidstoetsing door de ABRvS en de CRvB is toegepast vanaf 2015 tot aan de uitspraak Harderwijk.<sup>16</sup> Daarnaast wordt geschetst hoe het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst door het HvJ EU.

In hoofdstuk vijf worden de volgende vragen beantwoord:

- *Wat behelst het nieuwe toetsingskader en in hoeverre wordt daarin de conclusie van advocaten-generaal Widdershoven en Wattel gevolgd?*
- *In hoeverre komt het nieuwe toetsingskader tegemoet aan de knelpunten die digitalisering en het met digitalisering ondersteunen van een primair besluitvormingsproces oplevert voor het bieden van maatwerk door bestuursorganen ten opzichte van de eerdere toetsing van het evenredigheidsbeginsel?*

In dit hoofdstuk wordt de uitspraak Harderwijk besproken en in hoeverre daarin de conclusie is overgenomen van advocaten-generaal Widdershoven en Wattel. Vervolgens wordt nagegaan of dit nieuwe toetsingskader voor bestuursorganen meer aanknopingspunten biedt voor het leveren van maatwerk in een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces dan de eerdere toetsing van het evenredigheidsbeginsel.

In hoofdstuk zes worden de volgende vragen beantwoord:

- *Wat houdt het voorstel van Scheltema in voor een aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb?*

---

<sup>16</sup> In de afbakening komt aan de orde waarom is gekozen voor rechtspraak van de ABRvS en de CRvB in de periode vanaf 2015 tot aan de uitspraak Harderwijk en op basis van welke bronnen (zie noot 17).



- *In hoeverre komt een aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb tegemoet aan de knelpunten die een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces oplevert voor het bieden van maatwerk door bestuursorganen ten opzichte van de huidige codificatie?*

Hier wordt het voorstel van Scheltema voor een aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb beschreven. Ook met betrekking tot dit voorstel wordt getoetst of deze aanvullende codificatie meer aanknopingspunten oplevert voor bestuursorganen om maatwerk te bieden dan de huidige codificatie. Ten slotte wordt in hoofdstuk zeven afgesloten met een samenvattende conclusie van de uitkomsten van het onderzoek.

### **1.3 Afbakening**

Dit onderzoek concentreert zich op de toepassing van het evenredigheidsbeginsel door bestuursorganen als middel om meer maatwerk te bieden in een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces. Vanwege de beperkte omvang van het onderzoek wordt gefocust op de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in een primair besluitvormingsproces en wordt niet ingegaan op de bezwaar- en beroepsfase.

In veel literatuur wordt het begrip maatwerk behandeld vanuit een specifiek beleidsterrein. Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van een meer algemene omschrijving die in literatuur en onderzoek is terug te vinden. Vaak wordt maatwerk daarin omschreven als oplossingen, regels of beschikkingen die recht doen aan de omstandigheden en belangen van de individuele burger.<sup>17</sup>

In literatuur en onderzoeken wordt verder onderscheid gemaakt tussen procedurele en materiële aspecten van maatwerk. Maatwerk in procedurele zin betreft bijvoorbeeld de inrichting van de procedure van besluitvorming. Maatwerk in materiële zin betreft de ruimte om bij de uitkomst en rechtsgevolgen van een besluit rekening te houden met de rechtspositie van de individuele burger. Omdat maatwerk in procedurele zin vaak ook leidt tot meer maatwerk bij de rechtsgevolgen van een besluit, hangen deze beide aspecten met elkaar samen.<sup>18</sup> Mijn onderzoek richt zich op de toepassing van het evenredigheidsbeginsel en betreft met name maatwerk in materiële zin met betrekking tot de rechtsgevolgen van een besluit voor de individuele burger. Hoewel procedurele en materiële aspecten met elkaar samenhangen, zou het te ver voeren om ook de procedurele aspecten te behandelen. Deze komen daarom alleen aan bod als de bespreking daarvan noodzakelijk is om de materiële aspecten goed te kunnen duiden. Ten slotte wordt voor dit onderzoek uitgegaan van volledig of deels gedigitaliseerde besluitvorming die leidt tot een besluit in

---

<sup>17</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 8. Zie ook Van Heukelom-Verhage 2020, p. 198.

<sup>18</sup> Schuurmans e.a. 2020, p. 4-5.

de zin van artikel 1:3 Awb in een primair besluitvormingsproces. Onder deels gedigitaliseerde besluitvorming versta ik ook een met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces.

Omdat in de literatuur wordt beschreven dat er in rechtspraak van de ABRvS en de CRvB vanaf omstreeks 2015 al een ontwikkeling lijkt te zijn richting meer maatwerk, wordt op basis van de literatuur jurisprudentie besproken van de ABRvS en de CRvB vanaf 2015.<sup>19</sup> Aangezien de bestraffende bestuurlijke sanctie vanwege een wettelijke verplichting al langer indringend wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel,<sup>20</sup> wordt vanwege de beperkte omvang van het onderzoek niet afzonderlijk ingegaan op de rechterlijke toetsing van de bestraffende bestuurlijke sanctie.

#### **1.4 Onderzoeksmethode**

Om de achtergrond van de onderzoeksvraag te schetsen wordt gebruik gemaakt van het advies van de RvS met betrekking tot de effecten van digitalisering en publicaties van andere adviesorganen over digitalisering in het bestuursrecht. Voor de beantwoording van de verschillende deelvragen wordt verder wetenschappelijke literatuur gebruikt, waarin wordt gepleit voor een responsieve rechtsstaat en literatuur over digitalisering van de overheid. Daarnaast worden diverse onderzoeken over digitalisering en maatwerk in het bestuursrecht gebruikt.

De bespreking van het evenredigheidsbeginsel is gebaseerd op handboeken en wetenschappelijke literatuur over het evenredigheidsbeginsel. Verder wordt gebruik gemaakt van wetenschappelijke literatuur over de evenredigheidstoetsing door de ABRvS en de CRvB vanaf 2015 en de uitleg van het evenredigheidsbeginsel door het HvJ EU. Bij de bespreking van de uitspraak Harderwijk wordt ook de conclusie van advocaten-generaal Widdershoven en Wattel betrokken en wetenschappelijke literatuur over de uitspraak. Ten slotte komt literatuur van Scheltema over zijn voorstel voor een aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb aan de orde en wetenschappelijke literatuur van anderen over dit voorstel.

De gebruikte bronnen worden in eerste instantie verzameld via de sneeuwbalmethode en daarna aangevuld door systematisch te zoeken op relevante zoektermen in databases zoals Kluwer Navigator, Sdu Opmaat, BJu Tijdschriften en Legal Intelligence. De gevonden bronnen worden geselecteerd op basis van het wetenschappelijk karakter, actualiteit, aantal trefwoorden en de mate waarin ze aansluiten op de beantwoording van de deelvragen en de onderzoeksvraag.

---

<sup>19</sup> Kegge, *JBplus* 2018, afl. 4, p. 11-15, 18; Ortlep & Zorg, *AA* 2018, p. 25; Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 43.

<sup>20</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 43.

## 2. Responsieve rechtsstaat, maatwerk en digitalisering

### 2.1 Inleiding

De overheid heeft als taak om het algemeen belang te behartigen en algemene normen te stellen. Het bestuursrecht reguleert handhaving en uitvoering van die algemene normen en dient zo het algemeen belang. Daarnaast heeft het bestuursrecht echter ook als doel om de rechten van het individu te waarborgen. In het bestuursrecht moet daarom steeds worden afgewogen in welke gevallen de algemene norm voorgaat en wanneer het individuele belang om meer maatwerk vraagt. Hoe de afweging tussen algemene regels en maatwerk uitvalt wordt beïnvloed door verschillende ontwikkelingen in de maatschappij en het bestuursrecht. Uit het vervolg van dit hoofdstuk blijkt dat de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat nauw verbonden is met het begrip maatwerk. Daarnaast heeft ook digitalisering in het bestuursrecht de nodige effecten op het kunnen bieden van maatwerk.<sup>21</sup> Om die reden bespreek ik hieronder dan ook eerst de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat en de samenhang met maatwerk. Daarna bespreek ik wat (gedeeltelijke) digitalisering van het primaire besluitvormingsproces inhoudt en wat de effecten daarvan zijn voor het bieden van maatwerk door bestuursorganen.

### 2.2 Responsieve rechtsstaat

#### 2.2.1 Ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat

In de literatuur wordt al enige tijd gepleit voor een meer responsieve rechtsstaat. Zo is erop gewezen dat de wetgever en de overheid een onrealistisch beeld hebben van de burger. Zij gaan uit van een 'triple A burger' die zich alert, argwanend en assertief opstelt in relatie tot de overheid.<sup>22</sup> In 2017 heeft de Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in een rapport echter al geconstateerd dat 'normale' mensen onder invloed van de omstandigheden niet altijd even alert en goed georganiseerd zijn en daarom een beperkt 'doenvermogen' hebben om zich op de juiste manier op te stellen richting de overheid.<sup>23</sup> Scheltema heeft dan ook gepleit voor een responsieve rechtsstaat in plaats van een bureaucratische rechtsstaat. In een bureaucratische rechtsstaat staan volgens Scheltema formele procedures en algemene regels voorop en in een responsieve rechtsstaat ervaart de burger dat het uiteindelijk om hem gaat en dat de rechtsstaat is geïnteresseerd in zijn belangen en standpunten. In een initiatief als 'Prettig contact met de overheid'<sup>24</sup> ziet hij een eerste ontwikkeling richting een meer responsief bestuursrecht. Door een telefoontje bij ontvangst van een

---

<sup>21</sup> Schuurmans e.a. 2020, p. 2-3.

<sup>22</sup> Damen 2018, p. 90.

<sup>23</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017, p. 153-154.

<sup>24</sup> Het project 'Prettig contact met de overheid' verkent de mogelijkheden en effecten van informele interventies bij aanvragen, klachten en bezwaren.

bezwaarschrift en een betere communicatie bij het vervolg van de procedure, ervaart de burger dat de rechtsstaat in hem en zijn argumenten is geïnteresseerd.<sup>25</sup> Allewijn brengt de ontwikkeling naar een meer responsief bestuursrecht in verband met de theorie van Nonet en Selznick.<sup>26</sup> Deze Amerikaanse rechtssociologen hebben een model beschreven om ontwikkelingen in het recht en de rechtspraak te kunnen analyseren.<sup>27</sup> Aan de hand van dit model kan de ontwikkeling naar een meer responsief bestuursrecht nader worden beschreven en verklaard. Hierna volgt een korte bespreking van de theorie op deze punten.

### 2.2.2 Theorie Nonet en Selznick

Nonet en Selznick onderscheiden drie chronologisch en ideologisch op elkaar volgende typen recht, namelijk repressief recht, autonoom recht en responsief recht. In het repressieve recht is het recht vooral een instrument voor de politieke elite om macht uit te oefenen. De weerstand die dit systeem oproept, leidt vervolgens tot een autonome rechtsorde. Daarin is het recht een middel om machtsmisbruik tegen te gaan. Het autonome recht legt de nadruk op rechtmatigheid en vooral het rechtszekerheids- en het rechtsgelijkheidsbeginsel zijn belangrijk. De autonome rechtsorde kan ook weerstand oproepen doordat het strikt toepassen van de regels in de praktijk niet als rechtvaardig wordt ervaren. Door digitalisering van het bestuursrecht kan dit probleem nog worden vergroot, omdat het door de met digitalisering gepaard gaande standaardisering steeds lastiger wordt om uitzonderingen te maken voor de individuele burger.

Als gevolg van de weerstand tegen de autonome rechtsorde ontstaat dan de responsieve rechtsorde, waarin er meer naar de belangen van het individu wordt gekeken en er rekening wordt gehouden met de gewone burger. Het responsieve recht heeft meer aandacht voor maatschappelijke behoeften en streeft naar oplossingen die vanuit maatschappelijk en individueel perspectief als rechtvaardig kunnen worden gezien.<sup>28</sup> Het begrip responsieve rechtsstaat wordt in de literatuur op verschillende wijzen omschreven. Scheltema plaatst het begrip tegenover de bureaucratische rechtsstaat. Allewijn en ook anderen leggen het verband met de theorie van Nonet en Selznick om op die manier de ontwikkeling naar meer responsiviteit beter te kunnen analyseren en verklaren.<sup>29</sup> Weer anderen brengen responsiviteit en de responsieve rechtsstaat in verband met al bestaande waarden en beginselen, zoals het concept of beginsel van de dienende overheid.<sup>30</sup> Sommigen zien het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor een responsief bestuursrecht.<sup>31</sup> Dit wijst

---

<sup>25</sup> Scheltema, *NTB* 2015/37, p. 288.

<sup>26</sup> Allewijn, *NTB* 2016/29, p. 222-223. Zie ook Van den Berge 2020, p. 11.

<sup>27</sup> Allewijn, *NTB* 2016/29, p. 222.

<sup>28</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 16-17; Doornbos 2019, p. 568.

<sup>29</sup> Allewijn, *NTB* 2016/29, p. 222-223. Zie ook Van den Berge 2020, p. 11.

<sup>30</sup> Damen 2019, p. 115.

<sup>31</sup> Ippel, *NTB* 2020/73, p. 189-190.

erop dat het concept van een meer dienstbare en responsieve rechtsstaat niet nieuw is. Het concept van de responsieve rechtsstaat kan gezien worden als een interpretatie van of rechtsopvatting over het al bestaande concept van de democratische rechtsstaat, met als onderdeel daarvan de dienende functie van de overheid.<sup>32</sup>

Het begrip responsieve rechtsstaat wordt niet alleen op verschillende wijzen omschreven, maar er worden daarnaast ook de meest uiteenlopende voorstellen gedaan om invulling te geven aan het begrip.<sup>33</sup> Gemeenschappelijk kenmerk is wel dat er in de responsieve rechtsstaat meer aandacht is voor de behoeften van de samenleving en het individu. Om deze reden wordt maatwerk vaak nauw in verband gebracht met de responsieve rechtsstaat.

### *2.2.3 Streven naar maatwerk*

Het streven naar meer maatwerk wordt in de literatuur genoemd als kenmerk van een responsieve rechtsstaat. Maatwerk wordt dan gezien als een instrument om gestalte te geven aan responsiviteit.<sup>34</sup> Ook wordt wel gesteld dat het streven naar meer maatwerk juist heeft geleid tot het idee van de responsieve rechtsstaat.<sup>35</sup> Schlössels noemt maatwerk als één van de belangrijke vuistregels voor een dienende overheid.<sup>36</sup> Het is daarom misschien eerder zo dat het streven naar maatwerk voortkomt uit het al bestaande beginsel van een dienende overheid en dat de term responsieve rechtsstaat pas later door onder anderen Scheltema in verbinding is gebracht met het streven naar meer maatwerk. Zeker is dat het streven naar meer maatwerk goed past in de hierboven beschreven ontwikkeling naar responsief recht.<sup>37</sup> Ook in samenhang met een andere ontwikkeling in het bestuursrecht, namelijk digitalisering, is de laatste jaren de roep om meer maatwerk in het bestuursrecht steeds sterker geworden.<sup>38</sup> De Nationale Ombudsman pleit in een rapport uit 2015 over de Belastingdienst al voor meer maatwerk en ook uit volgende rapporten blijkt dat niet alle burgers mee kunnen in de ontwikkeling naar een digitale overheid en er steeds meer knelpunten ontstaan.<sup>39</sup> Uit het al genoemde rapport van de WRR, komt daarnaast duidelijk naar voren dat de overheid een meer realistisch burgerperspectief zou moeten hanteren en meer rekening moet houden met de burger zoals die echt bestaat.<sup>40</sup>

---

<sup>32</sup> Peters, *NTB* 2021/135, p. 296.

<sup>33</sup> Van den Berge 2020, p. 11.

<sup>34</sup> Ippel, *NTB* 2021/142, p. 335.

<sup>35</sup> Peters, *NTB* 2020/131, p. 294.

<sup>36</sup> Schlössels, *Gst.* 2010, 102, p. 6.

<sup>37</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 1.

<sup>38</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 10.

<sup>39</sup> Nationale Ombudsman 2015, p. 11; Nationale Ombudsman 2017, p. 3.

<sup>40</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017, p. 153-154.

#### 2.2.4 Nadelen responsiviteit en maatwerk

In de literatuur wordt gewezen op het risico dat een grotere aandacht voor de individuele omstandigheden leidt tot afname van het gewicht van het rechtszekerheids- en rechtsgelijkheidsbeginsel en tot een toename van willekeur. Hoe minder de nadruk ligt op algemene regels, hoe minder de burger weet waar hij aan toe is en hoe groter het risico is op willekeur.<sup>41</sup> Wanneer het bestuur meer ruimte krijgt om bij het beleid rekening te houden met de wensen en belangen van de burger, komt er meer macht te liggen bij het niet rechtstreeks door de burgers gekozen en gelegitimeerde bestuur.<sup>42</sup> Een voorbeeld daarvan is het bekende 'keukentafelgesprek' in het kader van de Wmo 2015.<sup>43</sup> Gemeenten passen de Wmo en de praktijk van het keukentafelgesprek op verschillende wijzen toe, waardoor hulpbehoevende burgers voor de uitkomst mede afhankelijk zijn van de welwillendheid van de betreffende ambtenaar. Deze praktijk kan dus leiden tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Burgers die minder goed voor zichzelf kunnen opkomen, zullen minder goed in staat zijn om hun eigen belangen te behartigen.<sup>44</sup>

Vaak wordt er ook op gewezen dat maatwerk op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en ongelijke gevallen ongelijk in de mate dat zij verschillen. Maatwerk hoeft echter niet te betekenen dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden. Algemene regels kunnen voor burgers in een afwijkende situatie namelijk ongelijk uitpakken. Als een geval in onderscheidende mate afwijkt van andere gevallen, dan kan een dergelijk geval ook juist om maatwerk vragen indien goed kan worden vastgesteld en gemotiveerd waardoor het betreffende geval afwijkend is.<sup>45</sup>

## 2.3 Digitalisering

### 2.3.1 Soorten algoritmen

Niet alleen de dienstverlening aan burgers wordt steeds meer gedigitaliseerd, maar ook de besluitvorming. De grote uitvoeringsorganisaties die massaal besluiten moeten nemen kunnen niet functioneren zonder (deels) gedigitaliseerde besluitvorming. Digitalisering van een primair besluitvormingsproces houdt in dat besluiten worden genomen met behulp van algoritmen. Op basis van ingevoerde gegevens komt een computer door middel van software tot een bepaalde uitkomst. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen deels gedigitaliseerde besluitvorming die ondersteuning biedt aan een mens bij het nemen van een besluit en volledig gedigitaliseerde besluitvorming,

---

<sup>41</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 19.

<sup>42</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 22.

<sup>43</sup> Wet maatschappelijke ondersteuning 2015. Het 'keukentafelgesprek' is een gesprek met degene die om zorg vraagt met als doel om te bepalen welke zorg en ondersteuning minimaal vereist is voor zelfredzaamheid.

<sup>44</sup> Doornbos 2019, p. 574-576.

<sup>45</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 30.

waarbij een besluit zonder menselijke tussenkomst wordt genomen. Bij deels gedigitaliseerde besluitvorming kan ook worden gedacht aan ondersteuning bij het nemen van een besluit dat een belangenafweging vergt, bijvoorbeeld bij het via een webformulier aanvragen van een besluit,<sup>46</sup> het analyseren van dossiers, het formuleren van rechtsvragen, het ordenen van feiten en het doen van voorstellen voor een te nemen besluit.<sup>47</sup> De uitvoer van een algoritme wordt dan meegenomen in een menselijk besluitvormingsproces.

Daarnaast kan een onderverdeling gemaakt worden in regel-gebaseerde of *rule based* algoritmen en zelflerende algoritmen, ofwel *case based* algoritmen.<sup>48</sup> Regel-gebaseerde algoritmen zijn gebaseerd op een vertaling van een proces of regelgeving in een beslisboom en zelflerende algoritmen kunnen op basis van een aantal casussen ook zelf leren en voorspellingen doen over nieuwe gevallen.<sup>49</sup> Afhankelijk van de wijze van training, kan weer een onderscheid gemaakt worden tussen verschillende soorten zelflerende algoritmen.<sup>50</sup> Voor dit onderzoek ga ik uit van deels of volledig gedigitaliseerde besluitvorming, of besluitvorming die wordt ondersteund door digitalisering en die leidt tot een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb in een primair besluitvormingsproces.

### 2.3.2 Effecten van digitalisering voor het bieden van maatwerk

De RvS constateert in haar advies dat digitalisering vaak leidt tot standaardisering van besluiten en uitvoering, waardoor het moeilijker wordt om maatwerk te bieden.<sup>51</sup> Vaak wordt gedacht dat digitalisering van de besluitvorming meer ruimte biedt voor oneindige mogelijkheden en dus voor maatwerk. Digitalisering leidt echter juist tot meer standaardisatie.<sup>52</sup> Digitalisering van de besluitvorming vraagt om een hoge mate van precisie, omdat een algoritme alleen exact kan vaststellen of een situatie wel of niet onder een regel valt.<sup>53</sup> (Deels) gedigitaliseerde besluitvorming moet de werkelijkheid dus terugbrengen tot exacte waarden, maar de complexe werkelijkheid is tot op heden nog niet volledig in algoritmen te vangen en dit zal naar mijn mening ook in de toekomst niet mogelijk zijn. Tegelijkertijd is er steeds vaker sprake van besluiten die bijna volledig geautomatiseerd worden genomen. Bij geen of weinig menselijke tussenkomst wordt de kans vergroot dat geen rekening wordt gehouden met alle relevante feiten en individuele omstandigheden. Om die reden adviseert de RvS om maatwerk en menselijke heroverweging in de

---

<sup>46</sup> Van Male 2018, p. 272.

<sup>47</sup> Van Male 2018, p. 280.

<sup>48</sup> Kulk & Van Deursen 2020, p. 3.

<sup>49</sup> Wolswinkel, AA 2019, p. 780.

<sup>50</sup> Kulk & Van Deursen 2020, p. 32-35.

<sup>51</sup> Raad van State 2018, p. 3.

<sup>52</sup> Raad van State 2018, p. 21.

<sup>53</sup> Raad van State 2018, p. 5.

bezwaarfase van geautomatiseerde besluiten te bevorderen.<sup>54</sup> Voor een (deels) gedigitaliseerd primair besluitvormingsproces dat voorafgaat aan de bezwaarfase is dit echter geen oplossing.<sup>55</sup>

## 2.4 Conclusie

In de literatuur wordt al langer gepleit voor een meer responsieve rechtsstaat. Aan de hand van de theorie van de Amerikaanse rechtssociologen Nonet en Selznick kan de ontwikkeling naar een meer responsieve rechtsstaat worden beschreven en geanalyseerd. Het concept van de responsieve rechtsstaat kan gezien worden als een interpretatie van of rechtsopvatting over het al bestaande concept van de democratische rechtsstaat, met als onderdeel daarvan de dienende functie van de overheid. Maatwerk wordt gezien als een middel om gestalte te geven aan responsiviteit, maar ook kan worden gesteld dat juist het streven naar meer maatwerk heeft geleid tot het idee van de responsieve rechtsstaat.

De keerzijde van een meer responsief bestuursrecht en het streven naar meer maatwerk is dat dit kan leiden tot afname van het gewicht van het rechtszekerheids- en rechtsgelijkheidsbeginsel en tot een toename van willekeur. Ook wordt er vaak op gewezen dat maatwerk op gespannen voet kan staan met het gelijkheidsbeginsel.

(Gedeeltelijke) digitalisering van een primair besluitvormingsproces houdt in dat besluiten worden genomen op basis van of met ondersteuning van algoritmen. Vaak wordt gedacht dat digitalisering van de besluitvorming meer ruimte biedt voor oneindige mogelijkheden en dus voor maatwerk. Digitalisering leidt echter juist tot meer standaardisatie, zoals in het volgende hoofdstuk nog uitgebreider wordt toegelicht.

---

<sup>54</sup> Raad van State 2018, p. 3.

<sup>55</sup> In de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) is wel een verbod op geautomatiseerde besluitvorming zonder menselijke tussenkomst opgenomen (artikel 22 lid 1 AVG), maar uitzonderingen met een wettelijke grondslag zijn toegestaan. In artikel 40 Uitvoeringswet AVG is een dergelijke zeer algemene uitzondering gemaakt. Omdat dit onderzoek niet over de AVG gaat, ga ik hier niet verder in op de AVG.



### 3. Evenredigheidsbeginsel en maatwerk

#### 3.1 Inleiding

Om te kunnen beoordelen of een andere toetsing of codificatie van het evenredigheidsbeginsel meer mogelijkheden voor maatwerk zou kunnen bieden in een (deels) gedigitaliseerd primair besluitvormingsproces, bespreek ik in dit hoofdstuk wat het evenredigheidsbeginsel inhoudt. Daarna beschrijf ik welke mogelijkheden bestuursorganen met de huidige codificatie hebben om aan de hand van het evenredigheidsbeginsel maatwerk te bieden bij achtereenvolgens discretionaire bevoegdheden, het toepassen van beleidsregels en bij gebonden bevoegdheden. Daarbij ga ik uit van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel voorafgaand aan de uitspraak Harderwijk. Ten slotte beschrijf ik de belangrijkste knelpunten die (gedeeltelijke) digitalisering oplevert voor het bieden van maatwerk.

#### 3.2 Het evenredigheidsbeginsel

In wettelijke bepalingen wordt aan bestuursorganen vaak een zekere beslissingsruimte toegekend om zelf te bepalen of en op welke wijze een bepaalde bevoegdheid wordt uitgeoefend. Er kan sprake zijn van beoordelingsruimte, waarbij het bestuursorgaan invulling kan geven aan vage en open normen. Het bestuursorgaan heeft dan de vrijheid om te beoordelen of is voldaan aan een bepaalde voorwaarde. Daarnaast kan er ook sprake zijn van beleidsruimte. Het bestuursorgaan heeft dan de vrijheid om te bepalen of en hoe het van een aan haar toegekende bevoegdheid gebruik zal maken.<sup>56</sup> Als er sprake is van beoordelingsruimte of beleidsruimte, dan beschikt het bestuursorgaan dus over een discretionaire of niet-gebonden bevoegdheid om in concrete gevallen in meer of mindere mate zelf te bepalen of en hoe een bevoegdheid wordt uitgeoefend.<sup>57</sup> Als het bestuursorgaan geen beoordelingsruimte of beleidsruimte krijgt toegekend, is er daarentegen sprake van gebonden bevoegdheden.

Voor de totstandkoming van de Awb in 1994 toetste de Hoge Raad de discretionaire bevoegdheid van het bestuur aan het verbod van willekeur. Het verbod van willekeur is ontwikkeld in jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>58</sup> en houdt in dat een beslissing van een bestuursorgaan vernietigd wordt als het bestuursorgaan bij de afweging van de bij de beslissing betrokken belangen in redelijkheid niet tot die beslissing had kunnen komen. In dat geval is sprake van een onredelijke afweging van belangen, of een onjuiste kwalificatie van feiten, ofwel een 'daad van willekeur.' Op die manier toetst de rechter of er sprake is geweest van een rechtmatige afweging, maar wordt de

---

<sup>56</sup> Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 288.

<sup>57</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 41.

<sup>58</sup> HR 25 februari 1949, ECLI:NL:PHR:1949:AG1963, NJ 1949/558 (*Doetinchemse Woonruimtevoordering*).

beleidsvrijheid van het bestuur niet aangetast en wordt geen oordeel gegeven welk besluit wel evenredig zou zijn. De gedachte hierachter is dat de rechter in verband met de machtenscheiding, de trias politica, niet in de plaats van het bestuur mag bepalen wat een evenredig besluit zou zijn. De rechter toetst daarom alleen terughoudend, ofwel marginaal.<sup>59</sup>

Bij de totstandkoming van de Awb is in artikel 3:4 lid 1 Awb opgenomen dat een bestuursorgaan de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen af moet wegen, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.<sup>60</sup> Op basis van dit artikel geldt voor het bestuursorgaan een verplichting om de betrokken belangen af te wegen. In artikel 3:4 lid 2 Awb is vervolgens bepaald dat de uitkomst van een belangenafweging evenwichtig moet zijn: “de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.” Dit artikel is een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel en is bedoeld als een gedragsregel die met name is gericht tot het bestuursorgaan.<sup>61</sup>

Na de codificatie van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb is er discussie ontstaan over de vraag of de rechter op grond van dit artikel indringender zou moeten toetsen of een besluit evenredig is dan op grond van het verbod van willekeur.<sup>62</sup> De ABRvS heeft in de uitspraak *Kwantumhal Venlo*<sup>63</sup> echter bepaald dat de wetgever niet heeft beoogd een meer intensieve toetsing door de rechter te laten plaatsvinden dan op grond van het verbod van willekeur.<sup>64</sup>

### **3.3 Mogelijkheden voor maatwerk**

#### *3.3.1 Discretionaire bevoegdheden*

Als het bestuursorgaan over discretionaire bevoegdheden beschikt om zelf te bepalen of en hoe een bevoegdheid wordt uitgeoefend, biedt artikel 3:4 lid 2 Awb het bestuursorgaan een aanknopingspunt om op zoek te gaan naar een oplossing die aansluit bij alle verschillende belangen en zo maatwerk te bieden. Op grond van het evenredigheidsbeginsel moeten de individuele omstandigheden worden meegenomen in de belangenafweging, maar dit betekent niet dat het individuele belang altijd voorrang moet krijgen.<sup>65</sup> De rechter toetst of het bestuursorgaan aan de verplichting van artikel 3:4 lid 2 Awb heeft voldaan en bepaalt zo dus hoe er invulling gegeven moet worden aan het beginsel. De feitenvaststelling door een bestuursorgaan voorafgaand aan het nemen van een besluit wordt door de bestuursrechter altijd vol getoetst. Alleen bij de kwalificatie van de vastgestelde feiten door

---

<sup>59</sup> Schlössels & Zijlstra 2017/307.

<sup>60</sup> Bijvoorbeeld op grond van het specialiteitsbeginsel.

<sup>61</sup> Schlössels & Zijlstra 2017/309.

<sup>62</sup> Gerards 2007, p. 107-108.

<sup>63</sup> ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF153 (*Kwantumhal Venlo*).

<sup>64</sup> Schlössels & Zijlstra 2017/308.

<sup>65</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 41-42.

het bestuursorgaan speelt de vraag of de rechter vol of terughoudend moet toetsten aan het evenredigheidsbeginsel. Als sprake is van beslissingsruimte, dan toetst de rechter de kwalificatie van de feiten terughoudend.<sup>66</sup>

De laatste jaren is er sprake van een opmars van het evenredigheidsbeginsel en lijkt de rechter indringender te gaan toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. In eerste instantie op het terrein van de bestuurlijke bestraffende sancties en daarna ook als sprake is van niet bestraffende, maar wel ingrijpende bestuurlijke sancties.<sup>67</sup> Ook is er onder invloed van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel een discussie ontstaan over een iets andere toetsing. Advocaten-generaal Widdershoven en Wattel hebben in een conclusie uit 2021 gepleit voor een toetsing in lijn met het evenredigheidsbeginsel zoals door het HvJ EU toegepast.<sup>68</sup> Deze wijze van toetsing komt later nog uitgebreid aan bod.

### 3.3.2 Beleidsregels

Het bestuursorgaan kan beleidsregels opstellen om de discretionaire ruimte die het heeft in te vullen. In artikel 4:84 Awb is opgenomen dat het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel handelt, maar het artikel bevat wel een zogenaamde inherente afwijkingsbevoegdheid. Als het volgen van de beleidsregel voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, dan kan ervan worden afgeweken. In 2016 heeft de ABRvS een uitspraak gedaan, waarin is bepaald dat ook omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregels al zijn voorzien en daarin zijn verdisconteerd, kunnen leiden tot een afwijking.<sup>69</sup>

Er zijn geen wettelijke regels die uitdrukkelijk bepalen in hoeverre de discretionaire bevoegdheid mag worden ingevuld met beleidsregels. Beleidsregels zijn vaak nodig om de uitvoering van wet- en regelgeving goed te kunnen regelen en hebben daarnaast de nodige voordelen met het oog op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Omdat wet- en regelgeving vaak te globaal is om de uitvoering voldoende vorm te geven, kunnen beleidsregels voor aanvullende normstelling zorgen. Wel moet ervoor worden gewaakt dat de discretionaire bevoegdheden helemaal worden dichtgeregeld met beleidsregels.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Kegge, *JBplus* 2018, afl. 4, p. 8-9.

<sup>67</sup> Barkhuysen, *NJB* 2018/445, p. 603.

<sup>68</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3, r.o. 8.2.1.

<sup>69</sup> ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3.

<sup>70</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 54, 56.

### 3.3.3 Gebonden bevoegdheden

In tegenstelling tot de eerder besproken discretionaire bevoegdheden schrijven gebonden bevoegdheden voor hoe een bevoegdheid moet worden uitgeoefend en laten geen ruimte voor een belangenafweging.<sup>71</sup> Als er in een wettelijke regeling sprake is van een gebonden bevoegdheid voor het bestuursorgaan, dan is artikel 3:4 Awb dus niet van toepassing. Het bestuursorgaan lijkt dan weinig mogelijkheden te hebben voor maatwerk. Het is echter ten eerste niet altijd duidelijk of er sprake is van een gebonden bevoegdheid<sup>72</sup> en ten tweede is er ook bij gebonden bevoegdheden nog een zekere mate van interpretatie nodig. Soms kan ook op grond van een in de regeling opgenomen hardheidsclausule een uitzondering worden gemaakt in het geval er sprake is van onevenredige gevolgen.

Een andere mogelijkheid is een uitzondering op grond van algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Als de wet geen ruimte laat voor uitzonderingen en het blijkt dat toepassing ervan in bepaalde gevallen toch tot onevenredige uitkomsten leidt, dan moet een uitzondering mogelijk blijven.<sup>73</sup> In die gevallen is het bestuursorgaan onder omstandigheden verplicht om een beginsel van behoorlijk bestuur na te leven. De algemene rechtsbeginselen worden dan contra legem toegepast, wat inhoudt dat in overeenstemming met de rechtsbeginselen moet worden gehandeld, ook al gaat dit tegen de wettelijke bepaling in. In dat geval hoeft de wettelijke bepaling in die specifieke situatie niet te worden toegepast.<sup>74</sup> In het Harmonisatiewetarrest is echter bepaald dat er alleen ruimte is voor een uitzondering contra legem bij omstandigheden die bij de vaststelling van de wet niet waren voorzien en niet zijn verdisconteerd in de regeling.<sup>75</sup> Zou dit wel het geval zijn, dan moet ervan worden uitgegaan dat het de wil van de wetgever is om het wettelijk voorschrift zo toe te passen. Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw staat dan in de weg aan rechterlijke toetsing van een formele wet aan het algemene rechtsbeginsel van evenredigheid.<sup>76</sup> Later in dit onderzoek komt nog aan de orde dat er ook kritiek is op deze zienswijze.

Een andere manier om bij gebonden bevoegdheden toch maatwerk toe te passen is via het exceptief toetsen van het wettelijk kader. Een belanghebbende kan in een procedure tegen een

---

<sup>71</sup> *Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 67 (MvT).*

<sup>72</sup> In de toeslagenaffaire heeft de ABRvS bepaald dat artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) anders dan eerder bepaald, wel discretionaire ruimte biedt bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. Zie ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.12.

<sup>73</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 47-49.

<sup>74</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 36. In de Doorbraakarresten heeft de Hoge Raad bepaald dat een bestuursorgaan in dat geval de toepassing van een wettelijke bepaling in die specifieke situatie buiten toepassing mag laten. Het gaat dan met name om gevallen die bij de vaststelling van de wet niet voorzienbaar waren.

<sup>75</sup> HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewetarrest*).

<sup>76</sup> Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 423. In artikel 120 Gw is bepaald dat de rechter niet mag beoordelen of een wet of verdrag inhoudelijk in strijd is met de Grondwet en volgens de Grondwet tot stand is gekomen.

besluit aanvoeren dat het wettelijk kader zelf onrechtmatig is en de regeling exceptief laten toetsen. Als het gaat om een wet in formele zin, dan kan de wet in verband met het toetsingsverbod alleen worden getoetst aan hoger recht, zoals het Unierecht of internationale verdragen. Als het niet gaat om een wet in formele zin, dan kan de regelgeving ook worden getoetst aan de Awb, andere formele wetten en de algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel. Als het wettelijk kader volgens de rechter onrechtmatig is, dan zal de rechter het onverbindend verklaren of buiten toepassing laten in dat betreffende geval.<sup>77</sup> Exceptieve toetsing wordt echter alleen toegepast door de rechter en biedt bestuursorganen dus geen mogelijkheid om maatwerk te leveren.

### **3.4 Knelpunten digitalisering voor het bieden van maatwerk**

#### *3.4.1 Standaardisering*

Zoals hierboven beschreven zijn er verschillende manieren voor bestuursorganen om maatwerk te leveren in een primair besluitvormingsproces door toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Daarbij zal wel een belangenafweging moeten worden gemaakt door het bestuursorgaan. Het is echter met de huidige stand van de techniek (nog) niet mogelijk dat met volledig gedigitaliseerde besluitvorming op dezelfde wijze een belangenafweging kan worden gemaakt als door een mens. Alle feiten en omstandigheden van de betreffende situatie moeten worden meegewogen en het is tot op heden niet mogelijk in een algoritme alle voor het besluit van belang zijnde gegevens te verwerken.<sup>78</sup> Gegevens die niet worden ingevoerd in het systeem, kunnen vervolgens ook niet in de analyse worden betrokken. Hierdoor is het nu onmogelijk om in een geheel gedigitaliseerd primair besluitvormingsproces besluiten te nemen met een discretionaire bevoegdheid en daarbij maatwerk te bieden.<sup>79</sup>

Bij een systeem, waarin algoritmen een ondersteunende rol hebben in het besluitvormingsproces zou dit naar mijn idee wel mogelijk zijn. Het systeem kan bij uitkomsten die minder makkelijk te vertalen zijn naar digitale waarden bijvoorbeeld een signaal geven, zodat de ambtenaar weet dat de uitkomst nader gecontroleerd of beoordeeld moet worden. Op die manier kan menselijke tussenkomst en maatwerk onderdeel worden van het systeem.<sup>80</sup> Ook bij de voorbereiding van discretionaire besluiten is digitalisering op verschillende wijzen in te zetten.<sup>81</sup> Van Heukelom-Verhage wijst er ook op dat er in systemen een mogelijkheid ingebouwd kan worden,

---

<sup>77</sup> Schuurmans e.a. 2020, p. 53.

<sup>78</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 13-14; Zie ook Albers, *JBPlus* 2020, afl. 1, par. 2.2.

<sup>79</sup> Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 14. Van Male 2018, p. 280-281, 284.

<sup>80</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 37-39. Een voorbeeld hiervan is het door het UWV gebruikte systeem CBBS voor de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling.

<sup>81</sup> Van Male 2018, p. 280, 283.

waarmee de burger zelf kan aangeven dat het mogelijk om een bijzonder geval gaat. Een dergelijk geval kan dan alsnog door een ambtenaar worden beoordeeld.<sup>82</sup> Wel blijft het dan afhankelijk van het initiatief van de burger zelf of de opmerkzaamheid van de ambtenaar of er wel of niet een discretionaire belangenafweging plaatsvindt.<sup>83</sup> Ook bij gedeeltelijke digitalisering blijft standaardisering een risico.

#### *3.4.2 Het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen*

Een probleem dat samenhangt met het hierboven beschreven knelpunt is dat een (deels) gedigitaliseerd systeem alleen rekening kan houden met de omstandigheden en data die zijn betrokken bij de programmering. Op grond van artikel 4:84 Awb moet het bestuursorgaan afwijken van beleidsregels als er sprake is van bijzondere omstandigheden, maar de betrokkene zal zelf een beroep moeten doen op het aanwezig zijn van bijzondere omstandigheden.<sup>84</sup> Vaak moet de aanvrager van een besluit via een aanvraag- of webformulier de nodige informatie en bewijsstukken verstrekken. In het aanvraagformulier wordt meestal alleen naar die feiten en omstandigheden gevraagd waarmee al rekening is gehouden bij het opstellen van beleidsregels. Het is dan niet goed mogelijk om specifieke informatie aan te leveren, waaruit blijkt dat er sprake is van bijzondere omstandigheden die een afwijking van het beleid vergen.<sup>85</sup>

Het opnemen van een hardheidsclausule bij (deels) gedigitaliseerde besluitvorming vormt hiervoor ook geen oplossing, omdat het systeem dan nog steeds niet die informatie tot zijn beschikking krijgt op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat moet worden afgeweken van het beleid. Daar komt nog bij dat op grond van artikel 4:7 en 4:8 Awb een belanghebbende bij het nemen van een primair besluit alleen gehoord hoeft te worden als de beslissing is gebaseerd op gegevens over feiten en belangen die de burger betreffen en die niet door hemzelf zijn verstrekt of die daarvan afwijken.<sup>86</sup> Om die reden komen bijzondere omstandigheden op grond waarvan zou moeten worden afgeweken in een primair besluitvormingsproces vaak niet boven water. Als in het systeem een mogelijkheid wordt ingebouwd, waarmee de burger zelf kan aangeven dat er bijzondere omstandigheden zijn, dan geldt ook hier weer dat het afhankelijk is van het initiatief van de burger of rekening wordt gehouden met bijzondere omstandigheden.

---

<sup>82</sup> Van Heukelom-Verhage 2020, p. 218.

<sup>83</sup> Vgl. Albers, *JBPlus* 2020, afl. 1, par. 2.2. Albers constateert dat alleen de mondige burger die voldoende daadkracht heeft om bezwaar te maken tegen een onrechtmatig besluit dat op basis van geautomatiseerde besluitvorming is genomen, een rechtmatig besluit zal krijgen.

<sup>84</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 45.

<sup>85</sup> Ook bij (deels) gedigitaliseerde besluitvorming zal het bestuursorgaan zich moeten blijven afvragen of er aanleiding is af te wijken van een door het systeem voorgesteld besluit vanwege bijvoorbeeld bijzondere omstandigheden. Zie De Poorter & Goossens, *NJB* 2019, p. 3310.

<sup>86</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 74-75.

### 3.4.3 Kwetsbaar voor fouten en verschrijvingen

De bij (deels) gedigitaliseerde besluitvorming vereiste precisie maakt de besluitvorming kwetsbaar voor verschrijvingen en fouten. Systemen van verschillende overheidsorganisaties zijn vaak aan elkaar gekoppeld, zodat latere besluiten afhankelijk zijn van de invoer voor eerdere besluiten. Een fout aan het begin van de keten werkt door in een hele keten van besluiten.<sup>87</sup> Als een bezwaar tegen het ene besluit gegrond wordt verklaard, betekent dat niet dat ook latere besluiten worden aangepast.<sup>88</sup> De bestuursrechter kan alleen het foutieve besluit vernietigen, maar kan geen opdracht geven om de fout in alle andere besluiten te corrigeren.<sup>89</sup> Bestuursorganen hebben daarnaast vaak de kennis niet om gegevens te corrigeren en de burger moet bovendien de gemaakte fout zelf bewijzen.<sup>90</sup>

### 3.4.4 Ondoorzichtigheid

Een volgend probleem is dat de technische werking van algoritmen vaak complex en ondoorzichtig is en dat alleen degene die de software heeft ontwikkeld inzicht heeft in de wijze waarop een algoritme werkt. Voor ambtenaren en burgers is het dan niet duidelijk hoe de invoer leidt tot de uitkomst. Algoritmen hebben daardoor vaak de uitwerking van een 'black box'.<sup>91</sup> Een burger kan daarom niet makkelijk controleren op basis van welke gegevens een besluit is genomen, of de gebruikte data correct zijn, welke regels zijn toegepast en of de regels ook doen waarvoor ze bedoeld zijn.<sup>92</sup> Het bestuursorgaan zal op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel moeten kunnen onderbouwen en motiveren dat alle belangen zorgvuldig zijn afgewogen.<sup>93</sup> Als het bestuursorgaan zijn besluit (mede) baseert op de uitkomst of ondersteuning van een algoritme, dan kan het bestuursorgaan minder goed inzichtelijk maken in hoeverre de betrokken belangen voldoende zijn afgewogen en of maatwerk is geleverd, waar dat op grond van het evenredigheidsbeginsel nodig is.

Digitalisering leidt daarnaast vaak tot standaard motiveringen die door het systeem worden geproduceerd. Dit werkt in de hand dat er niet snel wordt stilgestaan bij de vraag of in dit specifieke geval vanwege de individuele omstandigheden van de burger een afwijking van het beleid gerechtvaardigd is.<sup>94</sup> Vanwege de ondoorzichtigheid van (deels) gedigitaliseerde besluitvorming

---

<sup>87</sup> Raad van State 2018, p. 5-6, 11-13.

<sup>88</sup> Van Eck 2018, p. 22.

<sup>89</sup> Raad van State 2021, p. 56.

<sup>90</sup> Raad van State 2018, p. 12-13.

<sup>91</sup> Raad van State 2018, p. 7-8; Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019, p. 13.

<sup>92</sup> Raad van State 2018, p. 13. Zie ook Albers, *JBPlus* 2020, afl. 1, par. 2.2.

<sup>93</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 43-44.

<sup>94</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 73.

adviseert de RvS dan ook om het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering.<sup>95</sup>

### 3.4.5 Beleidsregels en algoritmen

Al eerder is aan de orde gekomen dat met beleidsregels de discretionaire beslissingsruimte voor het bestuursorgaan dichtgeregeld kan worden. De ruimte voor het bieden van maatwerk door toepassing van het evenredigheidsbeginsel wordt dan beperkt. Het strak volgen van een op zichzelf wel redelijke beleidsregel kan namelijk toch in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel.<sup>96</sup> Een wettelijk verbod op het invullen van de discretionaire bevoegdheid door middel van beleidsregels zou hiervoor een oplossing kunnen zijn. In een (deels) gedigitaliseerd besluitvormingsproces kan echter een vaste gedragslijn of beleidsregel in een algoritme of beslisregel zijn neergelegd.<sup>97</sup> Deze algoritmen en beslisregels vervullen juridisch gezien een rol die vergelijkbaar is met beleidsregels. Een verbod op beleidsregels is daarom in het kader van gedigitaliseerde besluitvorming niet mogelijk. Dit zou betekenen dat de grote uitvoeringsorganisaties niet meer zouden kunnen werken met algoritmen en dat is gezien de hoeveelheid besluiten die genomen moeten worden niet haalbaar.<sup>98</sup>

Daarnaast hebben algoritmen en beslisregels niet de status van recht, zoals beleidsregels dat wel hebben. Bij beleidsregels kan de rechter een oordeel geven over de vraag of er gebruik moet worden gemaakt van de inherente afwijkingmogelijkheid op grond van het evenredigheidsbeginsel. Bij algoritmen en beslisregels is dat niet goed mogelijk, ook omdat ze vaak niet genoeg transparant zijn voor de rechter. De rechter kan daarom moeilijker dan bij beleidsregels vat krijgen op de keuzes die zijn gemaakt bij het uitvoeren van het wettelijk voorschrift waarop ze zijn gebaseerd. Van Eck pleit er dan ook voor om algoritmen en beslisregels de status te geven van beleidsregels.<sup>99</sup>

## 3.5 Conclusie

Als het bestuursorgaan geen beoordelings- of beleidsruimte heeft, is er sprake van gebonden bevoegdheden. Indien het bestuursorgaan wel beoordelings- of beleidsruimte heeft, dan beschikt het bestuursorgaan over een discretionaire bevoegdheid om in meer of mindere mate zelf te bepalen

---

<sup>95</sup> Raad van State 2018, p. 2.

<sup>96</sup> Koenraad, *NTB* 2020/52, p. 123.

<sup>97</sup> Van Male 2018, p. 278. In onderzoeken en literatuur wordt beschreven dat grote bestuursorganen zoals het UWV, de Belastingdienst en de SVB bij hun besluitvorming grotendeels met geautomatiseerde systemen werken en dat die systemen gebruikmaken van geprogrammeerde beslisregels en algoritmen die fungeren als zogenaamde bedrijfsregels, waarmee uitvoeringsruimte wordt ingevuld. Zie Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 54-55; Van Eck 2018, p. 69-70; De Poorter & Goossens, *NJB* 2019, p. 3310. Op die manier kunnen algoritmen een rol spelen bij een met beleidsregels ingevulde discretionaire bevoegdheid en toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

<sup>98</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 54-55.

<sup>99</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 52; Van Eck 2018, p. 428-429.



of en hoe een bevoegdheid wordt uitgeoefend. Discretionaire bevoegdheden worden ook na de codificatie van artikel 3:4 lid 2 Awb terughoudend getoetst aan het verbod van willekeur. Toch lijkt er de laatste jaren wel sprake te zijn van een ontwikkeling richting een indringender toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast hebben advocaten-generaal Widdershoven en Wattel gepleit voor een toetsing in lijn met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.

Bij gebonden bevoegdheden van bestuursorganen kan soms op grond van een hardheidsclausule een uitzondering worden gemaakt, of door middel van contra legem toepassing van algemene rechtsbeginselen en het exceptief toetsen van het wettelijk kader. De belangrijkste knelpunten door digitalisering voor het bieden van maatwerk zijn: standaardisering, het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen, kwetsbaarheid voor fouten en verschrijvingen, ondoorzichtigheid van algoritmen en de met beleidsregels vergelijkbare rol die algoritmen vervullen.

## 4. Rechtspraak ABRvS en CRvB over het evenredigheidsbeginsel

### 4.1 Inleiding

In de zaak Harderwijk is door de ABRvS een nieuw toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel geïntroduceerd. Om deze uitspraak beter te kunnen duiden, bespreek ik in dit hoofdstuk op basis van de literatuur verschillende ontwikkelingen in de jurisprudentie van de ABRvS en de CRvB over het evenredigheidsbeginsel in de periode vanaf 2015 tot aan de uitspraak Harderwijk. Daarnaast geef ik een beschrijving van de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast door het HvJ EU in zaken, waarin EU-regelgeving wordt getoetst op evenredigheid.

### 4.2 Ontwikkelingen in de rechtspraak

#### 4.2.1 Intensieve toetsing

Eerder is al aan de orde gekomen dat als het bestuursorgaan discretionaire bevoegdheden heeft, de rechter dan terughoudend toetst. Vanaf ongeveer 2015 wordt in de literatuur echter wel een zekere intensivering van deze terughoudende toetsing door de ABRvS en de CRvB gesignaleerd.<sup>100</sup> Er lijkt sprake te zijn van een ontwikkeling naar een toetsing meer op maat, waarbij meer rekening wordt gehouden met de aard van de rechtsverhouding en de betrokken belangen.<sup>101</sup> Hieronder bespreek ik op welke wijze deze ontwikkeling vorm krijgt.

In een preadvies uit 2015 betoogt Hirsch Ballin dat het bestuur onvoldoende democratische legitimatie heeft en er sprake zou zijn van een rechtsvrije sfeer voor het bestuur zonder controle door de rechter.<sup>102</sup> In reactie op deze kritiek wijst de ABRvS in haar jaarverslag van 2015 op een aantal uitspraken, waarbij wel degelijk een meer indringende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt. Voorbeelden hiervan zijn een uitspraak over het alcoholslotprogramma<sup>103</sup> en over de gaswinning in Groningen.<sup>104</sup> Ondanks dat hier sprake is van beoordelings- of beleidsruimte voor het bestuur, moet volgens de ABRvS wel toetsing aan de eisen van het recht plaatsvinden, waaronder aan de eisen van evenredigheid en deugdelijke motivering.<sup>105</sup> In de uitspraak over de gaswinning in Groningen wordt de intensieve toetsing verbonden aan de grondrechten die in het geding zijn.<sup>106</sup> De aard en schaal van de met de gaswinning gepaard gaande gevolgen zijn zodanig dat de grondrechten op leven, privacy en het ongestoord genot van het

---

<sup>100</sup> Kegge, *JBplus* 2018, afl. 4, p. 11-15, 18; Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 43; Barkhuysen, *NJB* 2018/445, p. 603.

<sup>101</sup> Ortlep & Zorg, *AA* 2018, p. 25.

<sup>102</sup> Hirsch Ballin 2015, p. 26-27.

<sup>103</sup> ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*).

<sup>104</sup> ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning Groningen*).

<sup>105</sup> Raad van State 2016, p. 65-67.

<sup>106</sup> Kegge, *JBplus* 2018, afl. 4, p. 12.

eigendom in het geding komen.<sup>107</sup> Daarnaast kan gewezen worden op de meer recente uitspraken in de toeslagenaffaire, waarin is bepaald dat het bestuursorgaan meer ruimte heeft voor een belangenafweging bij het vaststellen van een recht op kinderopvangtoeslag en bij vaststelling van de hoogte van het terug te vorderen bedrag.<sup>108</sup> De ABRvS komt hierin terug op eerdere jurisprudentie gezien de ernst en de omvang van de financiële gevolgen van deze eerdere jurisprudentie.<sup>109</sup>

#### 4.2.2 Wijziging jurisprudentie beleidsregels

In 2016 heeft de ABRvS voor een nieuwe koers gekozen in de jurisprudentie over beleidsregels.<sup>110</sup> Het bestuursorgaan moet volgens artikel 4:84 Awb in lijn met de beleidsregels handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbende(n) gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen. In de rechtspraak was van bijzondere omstandigheden alleen sprake als het ging om omstandigheden waarmee bij het opstellen van de beleidsregel geen rekening was of kon worden gehouden en die geacht werden al te zijn verdisconteerd in de beleidsregel. In de praktijk bleek echter dat vooraf vaak niet is te voorzien of bepaalde omstandigheden waarmee wel rekening is gehouden bij het opstellen van de beleidsregels, tot onevenredige gevolgen leiden. De ABRvS heeft daarom bepaald dat het bestuursorgaan alle omstandigheden van het geval moet meenemen. Omstandigheden kunnen niet meer buiten beschouwing worden gelaten alleen vanwege het feit dat er bij het opstellen van de beleidsregel al rekening mee is gehouden, of omdat ze geacht worden in de beleidsregel te zijn verdisconteerd.<sup>111</sup>

Voor het bestuursorgaan betekent dit dat het alle belangen moet inventariseren en afwegen tegen het belang dat wordt gediend met de beleidsregel. Dit biedt meer kansen voor het leveren van maatwerk door het bestuursorgaan en lijkt dus voordelig voor de individuele burger. Het betekent echter ook dat het bestuursorgaan kan afwijken van een beleidsregel ten nadele van een andere burger die juist een beroep doet op de beleidsregel. Daarnaast kan de rechter makkelijker oordelen dat er van de beleidsregel moet worden afgeweken vanwege een bijzondere omstandigheid in plaats van een oordeel te geven over de deugdelijkheid van de beleidsregel zelf. Het zou een ongewenst

---

<sup>107</sup> Huisman & Jak, *NTB* 2019/20, p. 219.

<sup>108</sup> ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen.

<sup>109</sup> Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 617.

<sup>110</sup> ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447, m.nt. H.E. Bröring. De CRvB heeft zich bij deze rechtspraak aangesloten, zie CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560; CRvB 11 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3477.

<sup>111</sup> Ortlep & Zorg, *AA* 2018, p. 25.

neveneffect zijn van de nieuwe jurisprudentielijn als blijkt dat de beleidsregel zelf hierdoor minder vaak aan een beoordeling van de rechter wordt onderworpen.<sup>112</sup>

#### 4.2.3 *Exceptieve toetsing algemeen verbindende voorschriften*

In een conclusie van 22 december 2017 heeft advocaat-generaal Widdershoven gepleit voor een meer indringende exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Hij pleit ervoor om bij exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften minder terughoudend te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.<sup>113</sup> De ABRvS en de CRvB hebben in hun uitspraken deze conclusie gevolgd.<sup>114</sup> Hieruit blijkt dat afstand wordt genomen van de eerdere jurisprudentie, waarin bij exceptieve toetsing alleen wordt getoetst aan het verbod van willekeur.<sup>115</sup> Widdershoven bepleit in zijn conclusie ook dat de rechter voor de intensieve exceptieve toetsing zou moeten aansluiten bij de Unierechtelijke toetsing van het evenredigheidsbeginsel.<sup>116</sup> In de genoemde uitspraken is deze suggestie echter nog niet gevolgd.<sup>117</sup>

In een latere conclusie van 7 juli 2021 pleiten Widdershoven en Wattel ervoor dat bij toetsing van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel in algemene zin meer wordt aangesloten bij de onderverdeling in drie aspecten van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.<sup>118</sup> Inmiddels heeft de ABRvS naar aanleiding van deze conclusie een nieuw toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel geïntroduceerd. Dit nieuwe toetsingskader en de conclusie komen in hoofdstuk vijf aan bod.

### 4.3 Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel

Hoewel in de literatuur wordt aangenomen dat het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel drie aspecten omvat, komt toepassing van alle drie de aspecten in dezelfde uitspraak door het HvJ EU niet vaak voor. Toch heeft het meerwaarde om deze drie aspecten te onderscheiden, omdat zo de verschillende elementen systematischer kunnen worden geanalyseerd en een vergelijking met het

---

<sup>112</sup> Tollenaar & Feenstra, *JBPlus* 2018, afl. 1, p. 11-12.

<sup>113</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, bij 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1, r.o. 8.1 en 8.5.

<sup>114</sup> CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 en ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

<sup>115</sup> Evers & de Poorter, *RegelMaat* 2021, p. 10-11. In beide uitspraken wordt echter niet de aanbeveling gevolgd dat ook bij schending van een formeel beginsel, zoals het formele zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel een algemeen verbindend voorschrift onverbindend kan worden verklaard. Wel kan een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing worden gelaten als door gebreken bij de formele beginselen de materiële rechtmatigheid niet meer kan worden beoordeeld.

<sup>116</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, bij 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1 r.o. 8.7; Widdershoven *NTB* 2018/30, p. 188.

<sup>117</sup> Evers & De Poorter, *RegelMaat* 2021, p. 16.

<sup>118</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3, r.o. 8.2.1.

Nederlandse evenredigheidsbeginsel makkelijker is te beschrijven.<sup>119</sup> De drie aspecten die in de literatuur worden onderscheiden zijn geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit, ook wel genoemd evenwichtigheid of evenredigheid in strikte zin. Een evenredig besluit moet geschikt zijn om het doel te bereiken dat wordt nagestreefd met het besluit. Er moet dus een zekere causale relatie zijn tussen de betreffende maatregel en het te bereiken doel. Op grond van de noodzakelijkheidstoets moet bij een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel worden gekozen die het minst belastend is voor de belanghebbenden. De toets op proportionaliteit houdt in dat moet worden beoordeeld of de maatregel niet onredelijk bezwarend is voor de belanghebbende in verhouding tot het te bereiken doel.<sup>120</sup> Deze toets betreft in feite de toets op evenredigheid, zoals die doorgaans door de Nederlandse bestuursrechter wordt toegepast.

Het HvJ EU toetst in sommige gevallen de geschiktheid van een maatregel ook aan de hand van een impact assessment en andere middelen om de toekomstige gevolgen van een maatregel te beoordelen. De noodzaak van een maatregel wordt ook wel beoordeeld op basis van wetenschappelijk onderzoek dat de wetgever heeft verricht met betrekking tot de maatregel en daarnaast kunnen ervaringscijfers of een effectenbeoordeling bij de beoordeling betrokken worden.<sup>121</sup> Op die manier wordt getoetst of het totstandkomingsproces van de maatregel wel voldoet aan bepaalde vereisten, zoals zorgvuldig onderzoek en motivering. Hierdoor ligt de focus niet zozeer op de inhoud van de wet of regel, maar meer op de totstandkoming ervan. Er vindt een materieel terughoudende toets plaats, maar tegelijkertijd wordt de procedure die aan de vaststelling van een wet of regel vooraf is gegaan intensiever getoetst vanuit de gedachte dat een goede procedure ook zal leiden tot een goede uitkomst van de belangenafweging.<sup>122</sup> De intensiteit van de toetsing kan verschillen en is van een groot aantal aspecten afhankelijk. Met name de aard van het aangetaste belang en de aard van de bevoegdheid lijken daarbij belangrijk te zijn.<sup>123</sup>

#### 4.4 Conclusie

In de literatuur wordt beschreven dat er vanaf ongeveer 2015 een intensivering van de terughoudende toetsing door de ABRvS en de CRvB lijkt plaats te vinden en een ontwikkeling naar een toetsing meer op maat. In 2016 heeft de ABRvS een uitspraak gedaan, waardoor makkelijker maatwerk kan worden geboden doordat omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregels al zijn voorzien, ook kunnen leiden tot een uitzondering. De keerzijde van deze nieuwe lijn is dat de

---

<sup>119</sup> Gerards 2007, p. 79.

<sup>120</sup> Prechal, Widdershoven e.a 2017, p. 178-179.

<sup>121</sup> Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 184-185.

<sup>122</sup> Aarts & Van Heusden, *NTB* 2020/72, p. 183.

<sup>123</sup> Gerards 2007, p. 96.

beleidsregel zelf mogelijk minder vaak zal worden beoordeeld door de rechter. Bij exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften zijn de CRvB en ABRvS indringender aan het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel gaan toetsen. Widdershoven en Wattel hebben daarnaast gepleit voor een meer indringende toetsing van besluitvorming in algemene zin in lijn met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.

Bij het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel worden in de literatuur drie aspecten onderscheiden: geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Het HvJ EU legt meer nadruk op toetsing van het totstandkomingsproces van de maatregel. Hierdoor lijkt een meer procedurele evenredigheidstoetsing plaats te vinden. In de uitspraak Harderwijk is naar aanleiding van de conclusie van Widdershoven en Wattel een nieuw toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel geïntroduceerd.

## 5. Nieuw toetsingskader evenredigheidsbeginsel

### 5.1 Inleiding

Het is primair aan het bestuursorgaan om de evenredigheid te waarborgen in het besluitvormingsproces.<sup>124</sup> De rechter heeft echter een sturende rol door te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel en maatwerk van het bestuur te verlangen.<sup>125</sup> De uitspraak Harderwijk heeft daarom betekenis voor de wijze waarop het bestuursorgaan het evenredigheidsbeginsel toepast in het primaire besluitvormingsproces. Hieronder bespreek ik de uitspraak en in hoeverre deze afwijkt van de conclusie van Widdershoven en Wattel. Vervolgens ga ik na in hoeverre het nieuwe toetsingskader voor bestuursorganen meer aanknopingspunten biedt voor het leveren van maatwerk in een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces dan de eerdere toetsing.

### 5.2 Uitspraak Harderwijk

Op 2 februari 2022 is uitspraak gedaan in de zaak Harderwijk. De zaak betreft een besluit van de burgemeester van Harderwijk om op grond van artikel 13b Opiumwet en het daarop gebaseerde zogenaamde ‘Damoclesbeleid’ een woning voor de duur van zes maanden te sluiten wegens in de woning aangetroffen verboden drugs. In een overzichtsuitspraak van 28 augustus 2019<sup>126</sup> is een toetsingskader voor woningsluitingen op grond van artikel 13b Opiumwet geformuleerd. Dit toetsingskader wordt in de uitspraak als basis gebruikt voor de toetsing van de evenredigheid.<sup>127</sup> Het bestreden besluit is gebaseerd op artikel 13b Opiumwet en berust op een discretionaire bevoegdheid, in dit geval ingevuld met beleidsregels in de vorm van het Damoclesbeleid. De conclusie van Widdershoven en Wattel behandelt ook de situatie dat het bestreden besluit op een gebonden bevoegdheid berust, die ofwel haar grondslag vindt in een algemeen verbindend voorschrift niet zijnde een wet in formele zin, ofwel in een wet in formele zin. Deze situaties komen in de uitspraak niet aan de orde. Wel wordt benoemd dat in toekomstige zaken ook de andere in de conclusie genoemde situaties zeker nog aan bod zullen komen.<sup>128</sup>

De conclusie wordt gevolgd in die zin dat de ABRvS erkent dat niet langer aan het verbod van willekeur moet worden getoetst of het bestuursorgaan in redelijkheid wel tot het besluit heeft kunnen komen, maar bij voorkeur rechtstreeks aan artikel 3:4 lid 2 Awb.<sup>129</sup> Verder onderschrijft de

---

<sup>124</sup> Barkhuysen, *NJB* 2022, p. 539.

<sup>125</sup> Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 250.

<sup>126</sup> ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, *Gst.* 2019/177, m.nt. A. Schreijenberg (*Overzichtsuitspraak art. 13b Opiumwet*).

<sup>127</sup> Stijnen, *Gst.* 2022/27, p. 149.

<sup>128</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 7.1.

<sup>129</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 7.6.

ABRvS dat de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid een rol kunnen spelen bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Niet bij elk besluit hoeft echter een toets op alle drie de aspecten aan de orde te komen. Bij exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels waarop het bestreden besluit berust, kan de geschiktheid al aan de orde komen en dit aspect hoeft dan niet nogmaals te worden getoetst. De noodzakelijkheid speelt bij de toetsing van een belastend besluit vaak wel een rol, maar bij een begunstigend besluit niet. De bestuursrechter zal daarom van geval tot geval moeten bepalen of de drie aspecten bij de toetsing uitdrukkelijk moeten worden benoemd en betrokken.<sup>130</sup> Ook de in de conclusie genoemde oriëntatiepunten voor de intensiteit van de toetsing worden overgenomen. Factoren die een rol spelen, zijn de aard en mate van beleidsruimte, de aard en het gewicht van het doel dat het besluit dient en in welke mate belangen van betrokkenen worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen ernstiger zijn, of een ernstiger inbreuk gemaakt wordt op fundamentele rechten, zal de bestuursrechter intensiever toetsen.

Ook bepaalt de ABRvS dat toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van zoveel factoren afhangt, dat het om een glijdende schaal gaat. Alle intensiteiten op een glijdende schaal tussen vol en terughoudend moeten kunnen worden toegepast.<sup>131</sup> In de conclusie wordt een toetsing voorgesteld volgens een in navolging van het Amerikaanse *Supreme Court* in drieën verdeelde glijdende schaal.<sup>132</sup> In de uitspraak wordt deze aanbeveling niet gevolgd. Aangezien in de conclusie zelf wordt aangegeven dat het om een traploze schaal zou moeten gaan, past daar naar mijn mening inderdaad niet bij dat er vervolgens toch maar drie intensiteiten worden gehanteerd.

In de uitspraak wordt verder bepaald dat als het bestreden besluit berust op een discretionaire bevoegdheid die is ingevuld met beleidsregels, de bestuursrechter al dan niet uitdrukkelijk ook de evenredigheid van de beleidsregel toetst. Als de beleidsregel zelf niet onrechtmatig is, dan toetst de bestuursrechter het besluit aan de norm van artikel 4:84 Awb, waarbij dezelfde maatstaven gelden als bij toetsing van een besluit rechtstreeks aan artikel 3:4 lid 2 Awb. Zoals al in eerdere jurisprudentie bepaald, worden onder bijzondere omstandigheden ook de al in de beleidsregel verdisconteerde omstandigheden begrepen.<sup>133</sup>

De belangrijkste uitkomst is dat de toetsing niet meer via het verbod van willekeur plaatsvindt, maar bij voorkeur rechtstreeks aan de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb. Daarbij wordt per geval beoordeeld of de aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit bij de toetsing

---

<sup>130</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 7.8.

<sup>131</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 7.9 en 7.10.

<sup>132</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3, r.o. 8.3.3.

<sup>133</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 7.11.



moeten worden betrokken. De toetsing van de geschiktheid van de maatregel is in deze uitspraak echter niet terug te zien, omdat aan de hand van het toetsingskader voor woningsluitingen in de overzichtsuitspraak van 28 augustus 2019<sup>134</sup> alleen wordt getoetst of de woningsluiting noodzakelijk en evenredig is.<sup>135</sup>

Hoewel de toetsing van de geschiktheid niet is terug te zien, wordt wel beoordeeld of zorgvuldig onderzoek is verricht naar de noodzaak van de woningsluiting, of alle betrokken belangen zijn meegewogen en of de uitkomst evenwichtig is. Bij de op grond van artikel 4:84 Awb te maken belangenafweging zijn door de burgemeester bij zijn besluit tot woningsluiting volgens de ABRvS niet alle relevante omstandigheden betrokken.<sup>136</sup> De burgemeester heeft bij zijn besluit namelijk niet genoeg stilgestaan bij de belangen van de huurder en zijn gedeeltelijk minderjarige kinderen. Ook is niet bij het besluit betrokken of het gezin na de woningsluiting nog wel kan terugkeren naar de woning als de woningcorporatie de huurovereenkomst ontbindt en het gezin mogelijk op een ‘zwarte lijst’ van de woningcorporatie wordt geplaatst. Bij een nieuw besluit moet de burgemeester dit alsnog betrekken en beoordelen of de gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de woningsluiting. Ook moet daarbij worden betrokken of de noodzaak van de woningsluiting nog aanwezig is, omdat de woning tot nu toe niet gesloten is geweest.<sup>137</sup> Daarmee lijkt een intensievere beoordeling van de gevolgen van de woningsluiting plaats te vinden dan in eerdere rechtspraak.<sup>138</sup>

In rechtspraak van de ABRvS van na de uitspraak Harderwijk wordt verwezen naar het nieuwe toetsingskader en worden de aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit beoordeeld. Het gaat daarbij om met Harderwijk vergelijkbare zaken over woningsluitingen, maar bijvoorbeeld ook om zaken over het aanwijzen van een locatie voor een ondergrondse afvalcontainer.<sup>139</sup> In rechtspraak van de CRvB is het nieuwe toetsingskader voornamelijk niet terug te zien. In één zaak wordt wel een beroep gedaan op de uitspraak Harderwijk, maar het beroep daarop

---

<sup>134</sup> ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, *Gst.* 2019/177, m.nt. A. Schreijenberg (*Overzichtsuitspraak art. 13b Opiumwet*).

<sup>135</sup> De geschiktheid lijkt hier al te volgen uit de formele wet waarop het besluit steunt. Zie Stijnen, *Gst.* 2022/27, p. 149-150.

<sup>136</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 11.3. Zie ook Stijnen, *Gst.* 2022/27, p. 151.

<sup>137</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 11.3 en 13.

<sup>138</sup> Stijnen, *Gst.* 2022/27, p. 152.

<sup>139</sup> ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:553; ABRvS 16 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:752; ABRvS 25 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:899; ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1136; ABRvS 25 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1482; ABRvS 25 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1479. Gezocht is in Kluwer Navigator op het zoekwoord “evenredigheidsbeginsel” over de periode 22 februari 2022 t/m 30 mei 2022. Dit leverde elf uitspraken op, waarin werd verwezen naar de uitspraak Harderwijk. Een selectie hiervan is hier vermeld.

is volgens de CRVB in casu niet van toepassing.<sup>140</sup> Hieronder zal ik beschrijven in hoeverre het nieuwe toetsingskader tegemoet komt aan de al eerder geconstateerde knelpunten.

### 5.3 Knelpunten digitalisering

#### 5.3.1 Standaardisering

In de literatuur wordt geconstateerd dat de beoordeling van de aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit leidt tot een relatief feitelijke beoordeling, terwijl daarmee geen waardeoordeel over de belangenafweging wordt gegeven.<sup>141</sup> Het bestuur wordt gedwongen om goed te verantwoorden hoe het tot zijn besluit is gekomen op grond van de drie genoemde aspecten.<sup>142</sup> De nadruk ligt op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de onderbouwing van het besluit. De toets aan geschiktheid en noodzakelijkheid leidt tot een nauwkeuriger beoordeling van de evenredigheid en vergroot de transparantie en inzichtelijkheid van de toetsing. Daarnaast is de meerwaarde van een dergelijke toets dat de rechter toch niet te veel in de beslissingsvrijheid van het bestuursorgaan treedt.<sup>143</sup> De rechter kan het bestuursorgaan op deze wijze aanzetten tot het bieden van meer maatwerk in een deels gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces. De nadruk op de zorgvuldigheid en motivering sluit bovendien aan bij het advies van de RvS om het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering.

Hoewel er al een ontwikkeling gaande was naar een intensivering van de terughoudende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zou de introductie van dit nieuwe toetsingskader een verdere impuls kunnen geven aan de evenredigheidstoetsing. Het bestuursorgaan kan goed aansluiten op dit toetsingskader door in navolging van de wijze waarop het HvJ soms toetst een besluit-effectenrapportage te maken op de punten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit, zodat beter kan worden nagegaan wat de gevolgen voor de belanghebbenden zijn. Voor bestuursorganen die massaal besluiten nemen, zal dit waarschijnlijk alleen haalbaar zijn in de bezwaarfase.<sup>144</sup> Onderdeel van een dergelijke besluit-effectenrapportage kan zijn dat bestuursorganen de ondersteunende algoritmen en beslisregels in de testfase en op geregelde momenten daarna onderwerpen aan een Algorithm Impact Assessment, met als doel om de risico's

---

<sup>140</sup> CRvB 13 april 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:828. Gezocht is in Kluwer Navigator op het zoekwoord "evenredigheidsbeginsel" over de periode 22 februari 2022 t/m 30 mei 2022. Dit leverde één uitspraak op, waarin wordt verwezen naar de uitspraak Harderwijk.

<sup>141</sup> Gerards 2007, p. 112.

<sup>142</sup> Huisman & Jak, *Gst.* 2021/45, p. 254, 259.

<sup>143</sup> Huisman & Jak, *NTB* 2019/20, p. 218.

<sup>144</sup> Barkhuysen, *NJB* 2022, p. 539.

te identificeren en te ondervangen. Overwogen kan worden om een dergelijke impact assessment verplicht te stellen.<sup>145</sup>

### *5.3.2 Ondoorzichtigheid en het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen*

In paragraaf 3.4.4 is al aan de orde gekomen dat een burger vanwege ondoorzichtigheid van algoritmen minder makkelijk de uitkomst van een besluit kan controleren<sup>146</sup> en het bestuursorgaan ook minder goed kan onderbouwen of de belangen wel voldoende zijn afgewogen.<sup>147</sup> Ondersteuning door algoritmen leidt er verder vaak toe dat er niet snel wordt stilgestaan bij de vraag of vanwege de individuele omstandigheden en belangen van de burger een afwijking van beleid zou moeten plaatsvinden.<sup>148</sup> Met het nieuwe toetsingskader wordt aan de hand van een onderverdeling in drie aspecten de transparantie en inzichtelijkheid van de rechterlijke toetsing vergroot. Ook het bestuursorgaan wordt op die manier gedwongen om de te maken belangenafweging en de toets aan het evenredigheidsbeginsel transparanter en beter te motiveren. Hierdoor kan een betere rechterlijke controle plaatsvinden, waardoor ook weer eerder aan het licht komt of er bij het besluit sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel.<sup>149</sup> Met name bij een deels gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces is transparantie essentieel en noodzakelijk om een rechterlijke controle van het evenredigheidsbeginsel mogelijk te maken.<sup>150</sup>

Doordat het bestuursorgaan gedwongen wordt om zorgvuldiger en beter te motiveren, zal het bestuursorgaan bovendien eerder stilstaan bij de vraag of er sprake is van bijzondere omstandigheden, waarvoor een uitzondering gerechtvaardigd is. Zeker als in het proces ook een mogelijkheid wordt ingebouwd, waarmee de burger zelf kan aangeven dat het om een bijzonder geval gaat, zullen dergelijke gevallen door het bestuursorgaan in de fase van de primaire besluitvorming eerder kunnen worden gesignaleerd.

### *5.3.3 Beleidsregels en algoritmen*

In de uitspraak Harderwijk wordt bepaald dat als het besluit (mede) op een beleidsregel berust, de rechter al dan niet uitdrukkelijk, ook de evenredigheid van de beleidsregel toetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb. De consequentie kan zijn dat de beleidsregel zelf onrechtmatig wordt bevonden.<sup>151</sup> Een dergelijk meer algemeen oordeel over de beleidsregel heeft betekenis voor meer mensen dan alleen

---

<sup>145</sup> De Poorter & Goossens, *NJB* 2019, p. 3310; Raad van State 2021, p. 78.

<sup>146</sup> Raad van State 2018, p. 13.

<sup>147</sup> Raad van State 2018, p. 11.

<sup>148</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 73.

<sup>149</sup> Huisman & Jak, *NTB* 2019/20, p. 218; Huisman & Jak, *Gst.* 2021/45, p. 259.

<sup>150</sup> De Poorter & Goossens, *NJB* 2019, p. 3307.

<sup>151</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*), r.o. 7.11.

voor de belanghebbende die in bezwaar of beroep gaat. Als de bestuursrechter in een individueel geval bepaalt dat er een uitzondering moet worden gemaakt op grond van het evenredigheidsbeginsel, dan geldt dit alleen voor een individuele burger. De individuele burger moet dan eerst zelf aantonen dat er sprake is van bijzondere omstandigheden en een uitzondering in rechte afdwingen. Een meer algemeen oordeel over de onrechtmatigheid van een beleidsregel heeft een breder effect, waarvan burgers ook kunnen profiteren zonder dat zij eerst een procedure hoeven te starten.<sup>152</sup> Ook is de kwaliteit van het bestuur gebaat bij een beoordeling van de beleidsregel op een meer abstract niveau.<sup>153</sup>

In een deels gedigitaliseerd besluitvormingsproces kunnen vaste gedragslijnen in algoritmen en beslisregels worden neergelegd. Zij vervullen juridisch gezien dan een rol die vergelijkbaar is met beleidsregels. In een procedure tegen een besluit dat mede met behulp van een algoritme tot stand is gekomen, zou daarom ook een meer indringende toetsing van het algoritme aan de orde moeten komen. Nu in de nieuwe uitspraak expliciet is vastgelegd dat als het besluit (mede) op een beleidsregel berust de rechter ook de evenredigheid van de beleidsregel toetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb, zou het een logische volgende stap zijn om ook het achterliggende algoritme meer indringend te toetsen. Aan de hand van het nieuwe toetsingskader kan ook het algoritme getoetst worden op geschiktheid, noodzakelijkheid en in hoeverre de uitwerking van het algoritme evenredig is. Hierbij kan ook de rechtmatigheid worden getoetst. In concrete gevallen kan het algoritme dan buiten toepassing worden gelaten.

## 5.4 Conclusie

In de uitspraak Harderwijk wordt een nieuw toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel geïntroduceerd en wordt bij voorkeur rechtstreeks getoetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb in plaats van aan het verbod van willekeur. Door toetsing aan de drie aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit ontstaat een bredere en meer gestructureerde toetsing met de nadruk op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de onderbouwing van de motivering. De toetsing is daardoor transparanter en lijkt daadwerkelijk intensiever te zijn dan de eerdere toetsing aan het verbod van willekeur. Het toetsingskader past goed in de ontwikkeling naar een intensivering van de evenredigheidstoetsing en naar een toetsing meer op maat die al eerder ingezet lijkt te zijn.

Bestuursorganen kunnen goed inspelen op het toetsingskader door een besluit-effectenrapportage te maken op de drie genoemde aspecten. Daarnaast kunnen ondersteunende algoritmen worden onderworpen aan een Algorithm Impact Assessment. Het deels gedigitaliseerde

---

<sup>152</sup> Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 255.

<sup>153</sup> Tollenaar & Feenstra, *JBPlus* 2018, afl. 1, p. 11-12.

primaire besluitvormingsproces kan daardoor op meer gestructureerde wijze en intensiever worden getoetst, zonder dat de rechter te veel in de beslissingsvrijheid van het bestuursorgaan treedt. Het bestuursorgaan wordt door deze wijze van toetsing ook gedwongen om zorgvuldig onderzoek te doen en transparanter te motiveren, zodat de rechter de evenredigheidstoetsing makkelijker kan controleren. Het nieuwe toetsingskader lijkt ook aan te zetten tot een intensievere exceptieve toetsing van beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel. De rechter zou ook het achterliggende algoritme met bijstand van een deskundige op dat gebied meer indringend kunnen toetsen. Het nieuwe toetsingskader sluit aan bij het advies van de RvS om het zorgvuldigheds- en motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren bij gedigitaliseerde besluitvorming en past ook goed bij de wijze waarop het HvJ EU soms de geschiktheid toetst.

## 6. Aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb

### 6.1 Inleiding

Om te kunnen beoordelen of een aanvullende codificatie tegemoet kan komen aan de eerdergenoemde knelpunten voor maatwerk bij het (deels) gedigitaliseerde of met digitalisering ondersteunde besluitvormingsproces, bespreek ik in dit hoofdstuk het voorstel van Scheltema en ga ik na in hoeverre dit meer aanknopingspunten biedt voor het leveren van maatwerk dan de huidige codificatie.

### 6.1 Voorstel Scheltema

In paragraaf 3.3.3 is beschreven dat artikel 3:4 Awb niet van toepassing is bij gebonden bevoegdheden. Daarnaast geldt dat een *lex specialis* voorgaat op een *lex generalis*. Gebonden bevoegdheden in sectorspecifieke wetgeving gaan volgens die conflictregel voor op een algemene regeling in de Awb. Het evenredigheidsbeginsel kan dan alleen als algemeen rechtsbeginsel contra legem worden toegepast. Volgens het Harmonisatiewetarrest<sup>154</sup> kan dit bovendien alleen bij omstandigheden die bij de vaststelling van de wet niet voorzien waren en niet zijn verdisconteerd. Bij wel voorziene en verdisconteerde omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat het de wil van de wetgever is om het wettelijk voorschrift zo toe te passen en kan niet worden afgeweken.<sup>155</sup> Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw staat dan in de weg aan toetsing van een bijzondere wet aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>156</sup>

Scheltema stelt echter dat artikel 3:4 lid 2 Awb wel van toepassing is bij gebonden bevoegdheden, ook als het gaat om wetten in formele zin.<sup>157</sup> De redenering dat de wetgever een regeling zo bedoeld moet hebben, ook al leidt dit tot schrijnende consequenties, gaat volgens hem om verschillende redenen niet meer op. Door de steeds complexere samenleving kan de wetgever namelijk steeds minder goed overzien welke verschillende gevallen onder een regeling vallen en wat de effecten ervan zijn. Omdat de wetgever niet gewild kan hebben wat hij niet kan overzien, is het onjuist om ervan uit te gaan dat de wetgever alle gevolgen heeft gewild.<sup>158</sup>

In zijn conclusie van 18 mei 2022 over de toetsing van wetgeving in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel wijst advocaat-generaal Snijders er echter op dat de rechter ervan uit moet gaan dat een wettelijke regel op normale wijze tot stand is gekomen en berust op een behoorlijke

---

<sup>154</sup> HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewetarrest*).

<sup>155</sup> Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 251.

<sup>156</sup> Bröring, De Graaf e.a. 2019, p. 423.

<sup>157</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 48.

<sup>158</sup> Scheltema 2021, p. 4-8. Scheltema heeft nog meer argumenten om te stellen dat artikel 3:4 lid 2 Awb wel van toepassing is bij gebonden bevoegdheden. Zie hiervoor Scheltema 2021. Het voert echter te ver om al deze argumenten hier te behandelen.

afweging van gevallen. De rechter kan niet zomaar concluderen dat de wetgever een uitkomst niet zal hebben gewild of voorzien. De rechter zal daarvoor argumenten moeten hebben die zijn ontleend aan de wet of de wetsgeschiedenis, of aan de bijzonderheden van het geval. De ruimte voor contra legem toepassing van rechtsbeginselen is daardoor relatief beperkt.<sup>159</sup>

Hoewel Scheltema van mening is dat artikel 3:4 lid 2 Awb ook voor gebonden bevoegdheden geldt,<sup>160</sup> heeft hij een voorstel gedaan voor een aanvullende codificatie.<sup>161</sup> Volgens hem is een algemene bepaling nodig die maatwerk voorschrijft als dat noodzakelijk is voor een meer responsieve overheid. Een dergelijke bepaling kan voorkomen dat een wet een niet-voorzien en niet-aanvaardbare uitwerking heeft.<sup>162</sup> Hij stelt voor om in een aanvullend artikel 3:4a Awb het volgende vast te leggen:

*“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.”*

## **6.2 Knelpunten digitalisering**

### *6.2.1 Standaardisering*

Zoals beschreven in paragraaf 3.4.1 is standaardisering één van de belemmeringen om maatwerk te bieden bij het (deels) gedigitaliseerde of met digitalisering ondersteunde besluitvormingsproces. Met de aanvullende codificatie van Scheltema zou de werking van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden bevoegdheden in wettelijke regelingen kunnen worden versterkt, waardoor er voor het bestuursorgaan meer mogelijkheden ontstaan om maatwerk te bieden.<sup>163</sup> In de toeslagenaffaire heeft de ABRvS bepaald dat artikel 26 Awir toch discretionaire ruimte biedt bij de vaststelling van het

---

<sup>159</sup> Concl. A-G G. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, bij 202100115/2/A2 en 202006816/2/A2, r.o. 7.7.

<sup>160</sup> Volgens Zijlstra is de visie van Scheltema dat artikel 3:4 lid 2 Awb ook geldt bij door de wetgever in een wet in formele zin voorgeschreven gebonden bevoegdheden echter in strijd met de lex specialis-regel en gaat artikel 3:4 lid 2 Awb niet voor op een gebonden bevoegdheid in een bijzondere wet. Ook zou het in strijd zijn met de lex posterior-regel dat een latere wet voor een eerdere wet zoals de Awb gaat. Zie Zijlstra 2021, p. 4.

<sup>161</sup> Inmiddels is een nieuw artikel 13b Awir ingevoerd dat dezelfde strekking heeft als artikel 3:4 Awb. In de tekst en in de toelichting is aangegeven dat de Belastingdienst geen ruimte heeft om belangen af te wegen als uit de voorschriften blijkt hoe moet worden gehandeld, maar er geldt een uitzondering als het evenredigheidsbeginsel daar alsnog toe verplicht. Zie: *Kamerstukken II 2019/20*, 35468, nr. 3, p. 18-19 (MvT). Scheltema ziet hierin een bevestiging dat artikel 3:4 lid 2 Awb ook van toepassing is bij gebonden bevoegdheden.

<sup>162</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018, p. 127-128. Scheltema gaat ervan uit dat een goed wetgever niet de bedoeling kan hebben om regels voor te schrijven die in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel, maar wil met deze bepaling de mogelijkheid om af te wijken bij onevenredige gevolgen extra benadrukken.

<sup>163</sup> Schuurmans e.a. 2020, p. 54.

bedrag dat wordt teruggevorderd, terwijl eerder was bepaald dat hier geen ruimte voor was en dat het hele bedrag moest worden teruggevorderd.<sup>164</sup> Een dergelijke corrigerende interpretatie van formele wetgeving door de bestuursrechter, waarbij het bestuur wordt aangezet om meer maatwerk te leveren,<sup>165</sup> zou kunnen worden gezien als een signaal aan de wetgever en het bestuur dat meer maatwerk moet worden geboden.

Aangezien de wetgever het bestuursorgaan met voldoende discretionaire ruimte in staat moet stellen om maatwerk te bieden, ligt de eerste verantwoordelijkheid voor meer maatwerk in het bestuursrecht bij de wetgever.<sup>166</sup> Door met een nieuw artikel 3:4a Awb de nadruk te leggen op de mogelijkheid om af te wijken, wordt het voor het bestuursorgaan duidelijker dat er ook bij gebonden bevoegdheden een mogelijkheid is om af te wijken als de uitwerking van een wettelijke bepaling onevenredig is.<sup>167</sup> Het bestuursorgaan is bovendien beter dan de rechter in staat om de gevolgen van een bepaalde beslissing te overzien en kan daardoor beter beoordelen in welke gevallen van een strakke regel moet worden afgeweken.<sup>168</sup> De meerwaarde van het voorstel van Scheltema is dan ook dat daarmee kan worden vermeden dat de bestuursrechter achteraf een corrigerende interpretatie van formele wetgeving moet geven. Als de rechter er toch aan te pas komt, dan kan de rechter een wettelijke bepaling bij wijze van uitzondering buiten toepassing laten en hoeft geen corrigerende interpretatie te worden gegeven.<sup>169</sup>

### *6.2.2 Ondoorzichtigheid en het niet kunnen herkennen van bijzondere gevallen*

Een aanvullende codificatie in artikel 3:4a Awb leidt ertoe dat het bestuursorgaan ook bij gebonden bevoegdheden een eigen afweging moet maken of een uitzondering op zijn plaats is bij onevenredige gevolgen. Het nieuwe artikel zou het mogelijk maken dat ook omstandigheden die de wetgever al heeft voorzien, toch tot een uitzondering kunnen leiden. Dit lijkt aan te sluiten bij de nieuwe jurisprudentielijn over beleidsregels, waarbij ook de niet verdisconteerde omstandigheden kunnen leiden tot een uitzondering.<sup>170</sup> Het bestuursorgaan zal net als bij beleidsregels alle belangen moeten afwegen en moeten onderzoeken of sprake is van een uitzonderingssituatie. Daardoor zal het bestuursorgaan ook gedwongen worden om inzichtelijk te maken en te motiveren in welke gevallen wordt afgeweken van een wettelijke regeling.<sup>171</sup> Een transparante motivering bevordert vervolgens

---

<sup>164</sup> ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.12.

<sup>165</sup> ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.13.

<sup>166</sup> Raad van State 2021, p. 37.

<sup>167</sup> Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 618-619.

<sup>168</sup> Scheltema 2019, p. 27-29.

<sup>169</sup> Giezeman & Jak, *NJB* 2020/572, p. 619.

<sup>170</sup> Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 252.

<sup>171</sup> Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 254.



ook de rechterlijke controle en is met name bij (deels) gedigitaliseerde besluitvorming van wezenlijk belang.<sup>172</sup>

In het huidige recht heeft de rechter zeer beperkte mogelijkheden om de formele wet wegens strijd met het recht buiten toepassing te laten.<sup>173</sup> Volgens advocaat-generaal Snijders is er relatief meer ruimte voor *contra legem* toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij algemeen geformuleerde regels die (potentieel) op veel gevallen betrekking hebben, die niet allemaal door de wetgever kunnen zijn voorzien en die ook betrekking hebben op gevallen waarin de toepassing duidelijk minder redelijk is.<sup>174</sup> Bij (deels) gedigitaliseerde besluitvorming in de huidige complexe maatschappij kan hier sprake van zijn, omdat het daarbij vaak gaat om grote aantallen besluiten en gevallen die niet allemaal door de wetgever kunnen zijn voorzien.<sup>175</sup> Het is dan zeer van belang dat het bestuursorgaan zich afvraagt of er aanleiding is om af te wijken.<sup>176</sup> Het voorstel van Scheltema kan dan een extra signaal afgeven aan het bestuursorgaan dat deze wel de ruimte heeft om de wet zo toe te passen dat er geen onevenredige gevolgen zijn<sup>177</sup> en sluit goed aan bij de ontwikkeling naar een responsief bestuursrecht.<sup>178</sup>

### 6.2.3 Kritiek en nadelen

Er is echter ook kritiek op het voorstel van Scheltema. Het grootste risico op onevenredige uitkomsten doet zich volgens Zijlstra voor bij gevallen die de wetgever wel heeft voorzien, maar die toch onrechtvaardig uitwerken. Het risico op onrechtvaardige uitkomsten wordt dan aantoonbaar onder ogen gezien en geaccepteerd door de wetgever. Zijlstra omschrijft dit als voorwaardelijke opzet van de wetgever dat een onrechtvaardige uitkomst zich voordoet.<sup>179</sup> Voor dit probleem is het voorstel volgens Zijlstra geen oplossing. Als het gaat om niet voorziene hardheid van de wet, dan kan de rechter volgens het Harmonisatiewetarrest de wet buiten toepassing laten. Als de hardheid wel is voorzien, dan zal de Awb op grond van het Harmonisatiewetarrest het toetsingsverbod van artikel 120 Gw niet kunnen doorbreken.<sup>180</sup>

Net als de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels van artikel 4:84 Awb, biedt het voorstel van Scheltema de mogelijkheid om af te wijken in geval van bijzondere omstandigheden. Dit

---

<sup>172</sup> Huisman & Jak, *Gst.* 2021/45, p. 259.

<sup>173</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021 ECLI:NL: RVS:2021:1468, bij 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3, r.o. 9.4.3.2.

<sup>174</sup> Concl. A-G G. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL: RVS:2022:1441, bij 202100115/2/A2 en 202006816/2/A2, r.o. 7.7.

<sup>175</sup> Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 253.

<sup>176</sup> De Poorter & Goossens, *NJB* 2019, p. 3310.

<sup>177</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 51.

<sup>178</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 49.

<sup>179</sup> Zijlstra 2021, p. 2.

<sup>180</sup> Zijlstra, *NTB* 2021/60, p. 135.

biedt bestuursorganen meer mogelijkheden om maatwerk te leveren, maar het moment van normstelling komt daarmee ook meer bij de concrete toepassing van de regel te liggen. In de literatuur is wel kritiek op deze teruggred van de wetgever en het overlaten van de normstelling aan de uitvoerder. Ten eerste vermindert daardoor de democratische controle en ten tweede zal de burger vaak zelf een beroep moeten doen op maatwerk via de individuele uitzondering. Daardoor wordt het afhankelijk van de assertiviteit van de burger in hoeverre maatwerk wordt toegepast. Bovendien zal de rechter net als bij de afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels makkelijker kunnen oordelen dat vanwege een bijzondere omstandigheid een uitzondering moet worden gemaakt in plaats van via exceptieve toetsing een algemeen verbindend voorschrift zelf te toetsen. Invoering van artikel 3:4a Awb heeft als nadeel dat dit ertoe kan leiden dat de exceptieve toetsing van de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften niet of minder plaatsvindt. In dat geval zouden individuele burgers steeds opnieuw naar de rechter moeten om een beroep te doen op een uitzondering en dit is niet wenselijk. Invoering van artikel 3:4a Awb zou er dan ook niet toe moeten leiden dat de discussie over de rechtmatigheid van de wettelijke bepaling zelf uit de weg wordt gegaan.<sup>181</sup>

### **6.3 Conclusie**

Volgens Scheltema is artikel 3:4 lid 2 Awb ook van toepassing bij gebonden bevoegdheden, zelfs als het gaat om wetten in formele zin. De redenering dat de wetgever een regeling zo bedoeld moet hebben, gaat volgens hem in de huidige complexe samenleving niet meer op. Hij stelt daarom een aanvullende codificatie voor, waardoor het bestuursorgaan makkelijker maatwerk kan bieden bij gebonden bevoegdheden in wettelijke regelingen. Zo kan voorkomen worden dat de rechter achteraf een corrigerende interpretatie moet geven van formele wetgeving. De aanvullende codificatie lijkt aan te sluiten bij de jurisprudentie over beleidsregels en zet het bestuursorgaan ertoe aan om beter onderzoek te doen naar bijzondere omstandigheden en inzichtelijk te motiveren in welke gevallen een uitzondering wordt gemaakt. Dit bevordert ook de rechterlijke controle en geeft inhoud aan het advies van de RvS om het motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering.

Hoewel advocaat-generaal Snijders in zijn conclusie stelt dat er maar beperkte ruimte is voor contra legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel, lijkt daarvoor wel relatief meer ruimte te zijn in het geval er sprake is van grote aantallen besluiten die (deels) met behulp van algoritmen zijn genomen en die niet allemaal door de wetgever kunnen zijn voorzien. De aanvullende codificatie sluit daarop aan door extra te benadrukken dat het bestuursorgaan deze ruimte kan benutten en

---

<sup>181</sup> Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 49-51; Esser & Becker, *NTB* 2021/106, p. 254.

past ook goed in een responsief bestuursrecht. Het is wel de vraag of het voorstel een oplossing biedt als de wetgever bewust harde wetgeving heeft gemaakt. Nadeel van maatwerk via de uitzondering is ook dat er dan mogelijk minder aandacht komt voor de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

## **7. Slotbeschouwing**

### **7.1 Inleiding**

In dit onderzoek staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

*In hoeverre bieden het nieuwe toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel en/of aanvullende codificatie van het evenredigheidsbeginsel in de Awb meer mogelijkheden om maatwerk te leveren in een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund primair besluitvormingsproces ten opzichte van de eerdere toetsing en de huidige codificatie?*

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag is geschetst wat de achtergrond is van het begrip 'maatwerk' en hoe dit begrip samenhangt met de ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat. Daarna is beschreven welke mogelijkheden het evenredigheidsbeginsel het bestuursorgaan biedt om maatwerk te leveren en welke knelpunten een (deels) gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund primair besluitvormingsproces oplevert voor het bieden van maatwerk. Deze knelpunten hebben daarna gediend als toetsingskader. Aan de hand daarvan heb ik beoordeeld of het nieuwe toetsingskader en/of de aanvullende codificatie meer mogelijkheden bieden voor maatwerk dan de eerdere toetsing en de huidige codificatie van het evenredigheidsbeginsel.

### **7.2 Conclusie**

Het begrip maatwerk hangt nauw samen met de ontwikkeling naar een meer responsieve rechtsstaat, waarvoor in de literatuur al langer wordt gepleit. De responsieve rechtsstaat wordt wel gezien als interpretatie van of rechtsopvatting over het al bestaande concept van de democratische rechtsstaat, met als onderdeel daarvan de dienende functie van de overheid. Maatwerk is in die opvatting een middel om gestalte te geven aan responsiviteit. Ook kan worden gesteld dat het streven naar meer maatwerk juist heeft geleid tot het idee van de responsieve rechtsstaat.

Bij discretionaire bevoegdheden biedt het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb het bestuursorgaan aanknopingspunten om maatwerk te leveren, maar tot aan de uitspraak Harderwijk toetste de rechter de belangenafweging van het bestuur slechts terughoudend aan het verbod van willekeur. (Gedeeltelijke) digitalisering van het primaire besluitvormingsproces leidt daarnaast ook tot de nodige knelpunten bij het kunnen bieden van maatwerk. In de literatuur wordt gesignaleerd dat vanaf ongeveer 2015 wel een intensivering van de terughoudende toetsing door de ABRvS en de CRvB lijkt plaats te vinden en een ontwikkeling naar een toetsing meer op maat. Widdershoven en Wattel hebben daarnaast in een conclusie gepleit voor een toetsing in lijn met het Unierechtelijke

evenredigheidsbeginsel. Het HvJ EU toetst op de aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit en legt meer nadruk op toetsing van het totstandkomingsproces van de maatregel.

In de uitspraak Harderwijk is op basis van de conclusie van Widdershoven en Wattel een nieuw toetsingskader voor het evenredigheidsbeginsel geïntroduceerd. De belangrijkste uitkomst is dat bij voorkeur rechtstreeks wordt getoetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb in plaats van aan het verbod van willekeur. Ook wordt in lijn met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel getoetst aan de drie aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Hierdoor ontstaat een bredere en meer gestructureerde toetsing met de nadruk op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de onderbouwing van de motivering. De toetsing is daardoor ook transparanter en lijkt intensiever te zijn dan de eerdere toetsing aan het verbod van willekeur. Het bestuursorgaan wordt door het nieuwe toetsingskader gedwongen om transparanter en zorgvuldiger te motiveren, zodat de rechter de evenredigheidstoetsing beter kan controleren. De meerwaarde van het nieuwe toetsingskader is dat het mogelijkheden biedt om intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, zonder dat de rechter zich te veel hoeft te mengen in de beslissingsvrijheid van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan kan zo worden aangezet tot het bieden van meer maatwerk in het deels gedigitaliseerde of met digitalisering ondersteunde besluitvormingsproces. De toetsing past bovendien goed in de ontwikkeling naar een intensievere toetsing en een toetsing meer op maat die in de literatuur wordt geconstateerd.

Het nieuwe toetsingskader blijkt ook tegemoet te komen aan belangrijke knelpunten in het deels gedigitaliseerde besluitvormingsproces. Door de nadruk op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de motivering van het besluit wordt vormgegeven aan het advies van de RvS om in de context van digitalisering het zorgvuldigheds- en motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren. Het bestuursorgaan kan inspelen op het nieuwe toetsingskader door een besluit-effectenrapportage te maken op de aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Dit past ook goed bij de wijze waarop het HvJ EU soms de geschiktheid toetst met een effectenrapportage en impact assessment.

Bij gebonden bevoegdheden in de formele wet zijn er maar beperkte mogelijkheden om maatwerk te bieden in het primaire besluitvormingsproces. Het evenredigheidsbeginsel kan alleen contra legem worden toegepast bij omstandigheden die bij de vaststelling van de wet niet waren voorzien. Bij wel voorziene omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de wetgever wil dat de wet zo wordt toegepast. Scheltema wijst er echter op dat deze redenering niet meer opgaat in de huidige steeds complexere samenleving en stelt een aanvullende codificatie voor in artikel 3:4a Awb, waardoor bestuursorganen bij onevenredige gevolgen kunnen afwijken van een wettelijke regel.

Advocaat-generaal Snijders wijst er in zijn conclusie op dat er relatief meer ruimte is voor contra legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij algemeen geformuleerde regels die

potentieel op veel gevallen betrekking hebben en die niet allemaal door de wetgever kunnen zijn voorzien. Dit is bij uitstek het geval bij grote uitvoeringsorganisaties die massaal besluiten nemen met behulp van algoritmen. Het zou daarom zeker voor het (deels) gedigitaliseerde primaire besluitvormingsproces van nut zijn om met de voorgestelde codificatie een signaal aan het bestuursorgaan te geven dat er bij onevenredige gevolgen kan worden afgeweken van de formele wet.

Met de aanvullende codificatie zou het mogelijk worden dat ook omstandigheden die de wetgever al heeft voorzien bij het opstellen van een formele wet, toch tot een uitzondering leiden. Het voorstel sluit daarom ook aan bij de nieuwe jurisprudentielijn met betrekking tot beleidsregels. Het bestuursorgaan zal net als bij beleidsregels onderzoek moeten doen naar bijzondere omstandigheden en indien nodig een uitzondering moeten maken. Daarnaast zal het bestuursorgaan ook goed inzichtelijk moeten maken en motiveren in welke gevallen er dient te worden afgeweken, waardoor de rechterlijke controle wordt bevorderd en inhoud wordt gegeven aan het advies van de RvS om het motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering.

Het bestuursorgaan kan beter dan de rechter beoordelen wanneer een uitzondering moet worden gemaakt op algemene regels en wordt met het voorstel in staat gesteld om meer maatwerk te bieden. Ten slotte voorkomt het voorstel dat de rechter een corrigerende uitspraak over formele wetgeving moet doen en past het goed in een responsief bestuursrecht. Kritiek is dat het voorstel geen oplossing lijkt te bieden voor de situatie dat de wetgever bewust harde wetgeving heeft gemaakt. Daarnaast zou het er niet toe moeten leiden dat er minder aandacht komt voor de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

### **7.3 Aanbevelingen**

Om de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in een deels gedigitaliseerd of met digitalisering ondersteund besluitvormingsproces beter te kunnen waarborgen verdient het aanbeveling dat bestuursorganen in aansluiting op het nieuwe toetsingskader een besluit-effectenrapportage maken op de aspecten geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Voor bulkbesluiten zal dit niet mogelijk zijn in de primaire besluitvormingsfase en kan dit plaatsvinden in de bezwaarfase. Daarnaast is aan te raden dat het bestuursorgaan in de testfase van ondersteunende algoritmen en op geregelde momenten daarna een Algorithm Impact Assessment uitvoert. Overwogen kan worden een dergelijke impact assessment wettelijk verplicht te stellen.

Het nieuwe toetsingskader lijkt ook aan te zetten tot een intensievere exceptieve toetsing van beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel. Als het besluit mede met behulp van algoritmen tot stand is gekomen is het wenselijk dat de rechter ook het achterliggende algoritme meer

indringend toetst aan de hand van het nieuwe toetsingskader. Daarbij kan de rechter worden bijgestaan door een deskundige gespecialiseerd in data-analyse en algoritmische modellen. Door een dergelijke toetsing van een ondersteunend algoritme, wordt het bestuursorgaan gedwongen goed na te gaan of er aanleiding is om in een bepaald geval af te wijken van de uitkomst en kan de rechter meer vat krijgen op algoritmen. Het sluit ook aan op het advies van Van Eck om algoritmen de status van beleidsregels te geven.

Het is daarnaast raadzaam dat bestuursorganen zich realiseren dat er met name bij grote aantallen besluiten die met behulp van algoritmen worden genomen relatief meer ruimte en aanleiding zal zijn voor contra legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel. De aanvullende codificatie kan een extra signaal aan bestuursorganen geven dat er bij onevenredige gevolgen kan worden afgeweken van de wettelijke regeling. Wel dient ervoor gewaakt te worden dat de aanvullende codificatie er niet toe leidt dat er minder aandacht komt voor de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Ten slotte is het zowel bij het nieuwe toetsingskader als de aanvullende codificatie van belang om in het (deels) gedigitaliseerde besluitvormingsproces een mogelijkheid in te bouwen, waarmee de burger zelf kan aangeven dat het mogelijk om een bijzonder geval gaat. Hierdoor kunnen bijzondere gevallen door bestuursorganen in de fase van de primaire besluitvorming eerder worden gesignaleerd.

#### **7.4 Antwoord op de onderzoeksvraag**

Het nieuwe toetsingskader en de aanvullende codificatie bieden beiden meer mogelijkheden om maatwerk te leveren in het (deels) gedigitaliseerde of met digitalisering te ondersteunen primaire besluitvormingsproces dan de eerdere toetsing en de huidige codificatie. Zeker als in het systeem ook een mogelijkheid wordt ingebouwd om aan te geven dat het om een bijzonder geval gaat, zullen dergelijke gevallen door bestuursorganen in de fase van de primaire besluitvorming eerder kunnen worden gesignaleerd. Het nieuwe toetsingskader biedt handvatten om een indringender toetsing en een toetsing meer op maat verder vorm te geven aan de hand van een effectenbeoordeling en een impact assessment, waarbij ook ondersteunende algoritmen net als beleidsregels indringender worden getoetst.

De aanvullende codificatie zorgt ervoor dat er bij gebonden bevoegdheden in een wettelijke regeling eerder een uitzondering kan worden gemaakt. Met name bij (deels) gedigitaliseerde besluitvorming is er aanleiding om het evenredigheidsbeginsel contra legem toe te passen. Beiden bieden ook aanknopingspunten om in navolging van het advies van de RvS het zorgvuldigheids- en/of het motiveringsbeginsel verscherpt te interpreteren. Het is wel de vraag of het voorstel van Scheltema een oplossing biedt voor harde wetgeving en of het niet leidt tot een minder indringende

exceptieve toetsing. Ondanks deze kritiek, kan een aanvullende codificatie wel dienen als signaal aan bestuursorganen om meer maatwerk te leveren. In die zin vullen het nieuwe toetsingskader en de codificatie elkaar goed aan en bieden zij beiden mogelijkheden om door middel van het evenredigheidsbeginsel de vicieuze cirkel van digitalisering en standaardisering te doorbreken.



## Literatuurlijst

### **Aarts & Van Heusden, *NTB 2020/72***

J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', in *NTB 2020/72*, afl. 4, p. 181-188.

### **Albers, *JBPlus 2020*, afl. 1, p. 2-20**

C.L.G.F.H. Albers, 'Digitaal communiceren en procederen in het bestuursrecht anno 2020. Over burgerperspectief, doenvermogen en een overheid die te veel wil....', *JBPlus 2020*, afl. 1, p. 2-20.

### **Allewijn, *NTB 2016/29***

D. Allewijn, 'Het rapport "De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht." Een stap in de richting van responsieve bestuursrechtspraak?', *NTB 2016/29*, afl. 7, p. 222-227.

### **Barkhuysen, *NJB 2018/445***

T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB 2018/445*, afl. 9, p. 603.

### **Barkhuysen *NJB 2022/457***

T. Barkhuysen, 'Naar een besluit-effectenrapportage als evenredigheidsbarometer', *NJB 2022/457*, afl. 8, p. 539.

### **Van den Berge 2020**

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-61.

### **Bröring, De Graaf e.a. 2019**

H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht I*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

### **Damen 2018**

L.J.A. Damen, 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij *lost in translation*', in: *Vertrouwen in de overheid. Preadviezen* (VAR-reeks 160), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 7-103.

### **Damen 2019**

L.J.A. Damen, 'Van Awbmens naar responsieve burger?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 113-122.

#### **Doornbos 2019**

N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 567-578.

#### **Van Eck 2018**

B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (proefschrift Tilburg), 2018.

#### **Esser & Becker, NTB 2021/106**

J. Esser & R. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB 2021/106*, afl. 4, p. 249-257.

#### **Evers & De Poorter, RegelMaat 2021, p. 6-37**

G.J.M. Evers & J.C.A. de Poorter, 'Rechterlijke toetsing van regelgeving. Wat is de betekenis van recente ontwikkelingen in de rechtspraak voor de wetgevingspraktijk van de bestuurswetgever?', *RegelMaat 2021*, afl. 1, p. 6-37.

#### **Gerards 2007**

J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

#### **Giezeman & Jak, NJB 2020/572**

K. Giezeman & N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet', *NJB 2020/572*, afl. 9, p. 616-620.

#### **Van Heukelom-Verhage & Van Tienen 2019**

S. Van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk*, Den Haag: Pels Rijcken 2019.

**Van Heukelom-Verhage 2020**

S. van Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?', in: *Maatwerk in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 185-231.

**Hirsch Ballin 2015**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 9-58.

**Huisman & Jak, NTB 2019/20**

P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, afl. 5, p. 212-221.

**Huisman & Jak, Gst. 2021/45**

P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45, afl. 7521, p. 244-260.

**Ippel, NTB 2020/73**

M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/2', *NTB* 2020/73, afl. 4, p. 189-195.

**Ippel, NTB 2021/142**

M.H. Ippel, 'De ontwikkeling van beginselen van goed bestuur in het Europees bestuursrecht. Voer voor discussie over beginselen, responsiviteit en het burgerperspectief in het Nederlands bestuursrecht', *NTB* 2021/142, afl. 5, p. 333-337.

**Kegge, JBPlus 2018, afl. 4, p. 3-19**

R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over veranderende toetsingsintensiteiten en de nieuwe terminologie van de Afdeling', *JBplus* 2018, afl. 4, p. 3-19.

**Koenraad, NTB 2020/52**

L.M. Koenraad, 'De welwillende overheid. Een reactie op de voorstellen van Leo Damen in *NTB* 2020/2', *NTB* 2020/52, afl. 3, p. 121-124.

**Kortmann, NTB 2021/59**

C.N.J. Kortmann, 'Maatwerk in de wet', *NTB 2021/59*, afl. 3, p. 123-124.

**Kulk & Van Deursen 2020**

S. Kulk & S. van Deursen, *Juridische aspecten van algoritmen die besluiten nemen. Een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2020

**Van Male 2018**

R.M. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden. Verkenning van rechtsstatelijke grenzen bij het voorbereiden, nemen en bekendmaken van besluiten', in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 263-284.

**Nationale Ombudsman 2013**

Nationale Ombudsman, *De burger gaat digitaal* (Rapportnummer 2013/170), Den Haag: Nationale Ombudsman 2013.

**Nationale Ombudsman 2015**

Nationale Ombudsman, *Gevraagd: maatwerk! Een onderzoek naar de uitvoeringspraktijk bij de Belastingdienst/Toeslagen* (Rapportnummer: 2015/025), Den Haag: Nationale Ombudsman 2015.

**Nationale Ombudsman 2015**

Nationale Ombudsman, *Jaarverslag over 2015*, Den Haag: Nationale Ombudsman 2015, bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16, 34410, nr. 2*.

**Nationale Ombudsman 2017**

Nationale Ombudsman, *"Hoezo MIJNoverheid?" Onderzoek naar knelpunten voor burgers bij MijnOverheid /de Berichtenbox* (Rapportnummer: 2017/098), Den Haag: Nationale Ombudsman 2017.

**Ortlep & Zorg, AA 2018, p. 20-25**

R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *AA 2018*, afl. 1, p. 20-25.

**Peters, NTB 2020/131**

J.A.F. Peters, 'Maatwerk vereist maatwerk. Bespreking van het VAR-preadvies 'Responsief bestuursrecht' van Lukas van den Berge', *NTB 2020/131*, afl. 6, p. 294-300.

**Peters, NTB 2021/135**

J.A.F. Peters, 'De ontdekking van de burger,' *NTB 2021/135*, afl. 5, p. 295-298.

**De Poorter & Goossens, NJB 2019/2777**

J. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB 2019/2777*, afl. 44, p. 3303-3312.

**Prechal & Widdershoven 2017**

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

**Raad van State 2016**

Raad van State, *Jaarverslag over 2015*, Den Haag: Raad van State 2016.

**Raad van State 2018**

Raad van State, *Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen van de Raad van State*, bijlage bij *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557.

**Raad van State 2021**

Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2021.

**Scheltema, NTB 2015/37**

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB 2015/37*, afl. 9, p. 287-289.

**Scheltema, RegelMaat 2018, p. 120-131.**

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat 2018*, afl. 3, p. 120-131.

**Scheltema, NTB 2019/24**

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB 2019/24*, afl. 6, p. 246-253.

### **Scheltema 2021**

M. Scheltema, 'Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht', in: *Wetgeving en uitvoering. Preadviezen* (Nederlandse Vereniging voor Wetgeving), Wolf Legal Publishers 2021, p. 15-57.

### **Schlössels, Gst. 2010, 102**

R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid', *Gst.* 2010, 102, afl. 7343, p. 1-12.

### **Schlössels & Zijlstra 2017**

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Schuurmans e.a. 2020**

Y.E. Schuurmans e.a., *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport. Een juridische analyse van knelpunten bij het bieden van maatwerk* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020.

### **Schuurmans, Leijten & Esser 2020**

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020.

### **Stijnen, Gst. 2022/27**

R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (Harderwijk) en ECLI:NL:RVS:2022:335 (Waadhoeke)', *Gst.* 2022/27, afl. 7537, p. 146-152.

### **Tollenaar & Feenstra, JBPlus 2018, afl. 1, p. 3-12.**

N.W.A. Tollenaar & M. Feenstra, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBPlus* 2018, afl. 1, p. 3-12.

### **Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017**

Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (WRR rapport nr. 97), Den Haag: WRR 2017.

### **Widdershoven *NTB* 2018/30**

R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2018/30, afl. 5, p. 188-190.

### **Wolswinkel, *AA* 2019, p. 776-785**

J. Wolswinkel, 'Het algoritme van de Afdeling: de realiteit van complex bestuursrecht', *AA* 2019, afl. oktober, p. 776-785.

### **Zijlstra 2021**

S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema', in: *Wetgeving en uitvoering. Preadviezen* (Nederlandse Vereniging voor Wetgeving), Wolf Legal Publishers 2021, p. 73-81.

### **Zijlstra, *NTB* 2021/60**

S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60, afl. 3, p. 125-136.

## **Parlementaire stukken**

*Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3 (MvT).

*Kamerstukken II* 2015/16, 34410, nr. 2.

*Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557.

*Kamerstukken II* 2019/20, 35468, nr. 3 (MvT).

## **Jurisprudentie**

HR 25 februari 1949, ECLI:NL:PHR:1949:AG1963, *NJ* 1949/558 (*Doetinchemse Woonruimtevoordering*).

HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewetarrest*).

ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF153 (*Kwantumhal Venlo*).

ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*).

ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning Groningen*).

ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, *Gst.* 2019/177, m.nt. A. Schreijenberg  
(*Overzichtsuitspraak art. 13b Opiumwet*).

ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen.

ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535.

ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*).

ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:553.

ABRvS 16 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:752.

ABRvS 25 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:899.

ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1136.

ABRvS 25 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1482.

ABRvS 25 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1479.

CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560.

CRvB 11 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3477.

CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016.

CRvB 13 april 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:828.

Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, bij 201701963/3/R1  
en 201705745/2/A1.

Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij  
202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3.

Concl. A-G P.J. Wattel 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516, bij 202006547/2/A2.

Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440, bij 202006602/2/V2 en  
202006606/2/V2.

Concl. A-G G. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, bij 202100115/2/A2 en 202006816/2/A2.