

## Bijlage 3 – Voorstel evenredigheidsbeginsel

### 1. Voorstel wettekst

Artikel 3:4, tweede lid, komt te luiden:

2. 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, ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt.

### 2. Voorstel algemene toelichting

#### *Voorstel en achtergrond*

In de brief van 11 juli 2022, Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels,<sup>1</sup> heeft de minister van BZK aangekondigd dat een aanpassing van de Awb wordt gezien waardoor bij een gebonden bevoegdheid in een formele wet, door bestuur en in laatste instantie de rechter een evenredigheidstoets kan worden gedaan. In dit onderdeel van het wetsvoorstel wordt aan dat voornemen uitvoering gegeven. Daarmee wordt voor het evenredigheidsbeginsel tevens invulling gegeven aan de motie Jetten/Marijnissen.<sup>2</sup>

Het evenredigheidsbeginsel vormt een grondslag om af te wijken van een regel, als de uitkomst van de onverkorte toepassing van die regel onevenredig is in het licht van de bedoeling van het wettelijk voorschrift. Dat beginsel is neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, Awb. Dat luidt: "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". Met de voorgestelde wijziging maakt de wetgever ondubbelzinnig duidelijk dat dit beginsel van toepassing is bij alle wettelijke voorschriften, dus ook bij wetten in formele zin.

Op dit moment wordt er in de praktijk vanuit gegaan dat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij de uitvoering van formele wetten met gebonden bevoegdheden niet mogelijk is. De terughoudendheid op dat punt is gebaseerd op een uitleg van artikel 3:4, eerste lid, Awb. Die komt erop neer dat bij een gebonden bevoegdheid de formele wetgever al een afweging heeft gemaakt. Dit betekent dat de rechter in die gevallen niet aan artikel 3:4, tweede lid, Awb kan toetsen. Daardoor blijven sommige evidente onevenredigheden in stand.<sup>3</sup> Alleen bij strijd met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling of EU-rechtshandeling ziet de rechter mogelijkheden om van een formele wet af te wijken.

De regering is van oordeel dat de blokkade voor de toepassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb bij gebonden bevoegdheden in formele wetten moet worden opgeheven. De wetgever dient te zorgen voor evenredige wetten met een duidelijk omschreven doel en met ruimte voor de uitvoering om knelgevallen op te lossen.<sup>4</sup> De inventarisaties van hardheden laten zien dat er achterstallig onderhoud is. Ook voor de toekomst valt niet uit te sluiten dat een wet niet geheel aan dat ideaal voldoet. Dan is, als ultimum remedium, een veiligheidsventiel nodig, dat thans ontbreekt. Met de voorgestelde wijziging wordt daarom beoogd – met inachtneming van het voorgaande – te verzekeren dat artikel 3:4, eerste lid, Awb bij gebonden bevoegdheden in formele wetten niet langer een belemmering vormt voor de toepassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb. De regering wil met de voorgestelde wijziging van artikel 3:4, tweede lid, Awb mogelijk maken dat alle besluiten op deze manier kunnen worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, ook als deze besluiten gebaseerd zijn op een dwingende bevoegdheid in een wet in formele zin.

De regering onderschrijft de uitleg van artikel 3:4, tweede lid, Awb die de Afdeling bestuursrechtspraak bij haar uitspraak van 2 februari 2022 (drugspand Harderwijk) uiteen heeft gezet. De Afdeling heeft in deze uitspraak een kader gegeven voor de toepassing van dit beginsel bij de uitvoering van formele wetten met discretionaire bevoegdheden, lagere regelgeving met gebonden of discretionaire bevoegdheden, en beleidsregels.<sup>5</sup> Hiermee gaf de Afdeling een onderbouwing aan een ontwikkeling van intensievere toetsing van besluiten die al enige jaren in de jurisprudentie van de bestuursrechter viel waar te nemen. Met de uitspraak nam de Afdeling expliciet

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102, p.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr.15.

<sup>3</sup> Zie ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610, waarbij de Afdeling uitging van een gebonden bevoegdheid tot terugvordering in de AWIR.

<sup>4</sup> Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 11 juli 2022, Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102.

<sup>5</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk).

afstand van de “marginale toetsing” uit de Maxis en Praxis-uitspraak.<sup>6</sup> <sup>7</sup> De Afdeling merkt als de ratio van artikel 3:4, tweede lid, Awb aan het voorkomen van *onnodige* nadelige gevolgen van een besluit (dus niet het voorkomen van ieder nadeel).<sup>8</sup> De toepasselijkheid van artikel 3:4, tweede lid, Awb betekent dus niet dat een bestuursorgaan geen belastende besluiten meer kan nemen of dat gevallen waarin mensen hard geraakt worden altijd gecorrigeerd moeten worden.

De uitspraak van 2 februari 2022 had betrekking op een zaak waarin het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid had. Voorgesteld wordt om in artikel 3:4, tweede lid, Awb uitdrukkelijk te bepalen dat het tweede lid van toepassing is op alle wettelijke voorschriften, zonder uitzondering. Daarmee geeft de wijziging van artikel 3:4, tweede lid, Awb de opdracht de evenredigheidstoets uit het tweede lid ook toe te passen als de af te wegen belangen op grond van het eerste lid zijn beperkt. Voor de toepassing op andere regels dan gebonden bevoegdheden in formele wetten is dat al vaste jurisprudentie. Met de wijziging wordt buiten twijfel gesteld dat die toets ook is voorgeschreven bij gebonden bevoegdheden in formele wetten. Een alternatief om hetzelfde doel te bereiken zou zijn een wijziging van het eerste lid, door in dat lid de woorden “voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit” te wijzigen. Dan zou in het eerste lid niet langer een verbod kunnen worden gelezen om het tweede lid toe te passen bij formele wetten. Deze oplossing kent echter nadelen. Het is namelijk gewenst om bedoeling van de wetgever na wijziging van artikel 3:4, tweede lid, Awb leidend te laten zijn bij de belangenafweging en de evenredigheidstoets die daar een onderdeel van uitmaakt. Omdat het eerste lid van artikel 3:4 niet wordt gewijzigd, blijft met de woorden “voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit” een beperking van de af te wegen belangen behouden. Belangen die geen rol behoren te spelen, behoren buiten beschouwing te blijven, zo staat reeds te lezen in de oorspronkelijke memorie van toelichting bij artikel 3:4 Awb.<sup>9</sup> Dit wordt in de literatuur het specialiteitsbeginsel genoemd. Dat beginsel hangt samen met het uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende uitgangspunt dat een overheidsbevoegdheid uit een formele wet moet blijken. Het specialiteitsbeginsel beoogt de belangen die bij de uitoefening van een bevoegdheid mogen worden afgewogen te beperken tot het doel dat de wetgever met het verlenen van die bevoegdheid heeft beoogd. Zo wordt bijvoorbeeld verhinderd dat het bestuursorgaan een vergunning weigert wegens belangen die volgens de wet geen rol spelen bij overheidsinterventie. Belangen van derde-belanghebbenden of algemene belangen die niet ten grondslag liggen aan de relevante bestuursbevoegdheid, blijven buiten beschouwing. Met de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb wordt op dit punt geen wijziging beoogd. Bij de uitoefening van een bevoegdheid is daarmee de bedoeling van de wetgever leidend. Hieronder wordt verstaan: de beleidsdoelen die de wetgever met de wet wil bereiken. De regering is van oordeel dat deze in artikel 3:4, eerste lid, Awb opgenomen waarborgen noodzakelijk zijn en blijven. Zoals de Afdeling bestuursrechtspraak het bij andere wettelijke voorschriften heeft geformuleerd: De rechter heeft niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen.<sup>10</sup> Indien een besluit in het licht van de bedoeling van de wet onevenredig hard uitpakt, is dat een indicatie dat een correctie op zijn plaats kan zijn. In geval van een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin zal de rechter terughoudend zijn met deze correctie. Individuele bijzondere omstandigheden kunnen evenwel resulteren in onevenredig harde gevolgen. Dan dient een evenredigheidstoets uitkomst te kunnen bieden.

Wat betekent dit voor de toepassing van artikel 3:4 Awb? Bij het oordeel over de uitvoering van een voorschrift (het besluit waartegen beroep is ingesteld) kan de rechter het voorschrift of de beleidsregel betrekken waarop dat besluit is gebaseerd (exceptieve toetsing).<sup>11</sup> Indien toepassing van artikel 3:4 Awb tot het oordeel leidt dat sprake is van onevenredig harde gevolgen, kan de rechter een voorschrift in een individueel geval buiten toepassing laten zoals in de zaak van het BIG-register<sup>12</sup>, of ook onverbindend verklaren, zoals in de zaak van het alcoholslotprogramma<sup>13</sup>. Het voorgestelde artikel 3:4, tweede lid, Awb maakt geen verschil tussen gebonden en discretionaire bevoegdheden of tussen formele wetten en andere wettelijke voorschriften. Het karakter van formele wetten zal in de praktijk naar verwachting wel leiden tot een verschil in toetsingsintensiteit. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak hangt de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan het

<sup>6</sup> ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

<sup>7</sup> De motie Jetten/Marijnissen roept onder meer op om met voorstellen te komen voor een minder marginale toets door de bestuursrechter. Uit de Afdelingsuitspraak van 2 februari 2022 volgt dat in gevallen waarin voor het bestuursorgaan beslissruimte bestaat, van een marginale toetsing in strikte zin inmiddels geen sprake meer is.

<sup>8</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.4.

<sup>9</sup> Kamerstukken II, 1988/89, 21221, nr. 3, p. 68, PG Awb I, p. 209.

<sup>10</sup> Zie ABRvS, 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o.6.

<sup>11</sup> HR 1 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5523, m.nt. M. Scheltema NJ 230, waarin de Hoge Raad overwoog: “dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een, niet door de formele wetgever gegeven, algemeen verbindend voorschrift (...) onverbindend kan achten op de grond dat sprake is van schending van algemene rechtsbeginselen, waaronder het gelijkheidsbeginsel”.

<sup>12</sup> ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.

<sup>13</sup> ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

evenredigheidsbeginsel van veel factoren af en gaat het om een glijdende schaal waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden.<sup>14</sup> De bestuursrechter is naar het oordeel van de regering goed in staat de factor "formele wetten" daarin een plaats te geven. Bij de toets van een besluit dat is gebaseerd op een formele wet is voor de intensiteit van belang wat de wetgever met de gebonden bevoegdheid heeft beoogd, het doel waarvoor de wetgever aan het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft gegeven om het besluit te nemen. Het specialiteitsbeginsel van artikel 3:4, eerste lid, Awb beperkt het bestuursorgaan om andere belangen af te wegen dan de (algemene en bijzondere) belangen die samenhangen met het doel waarvoor een bevoegdheid is verleend. Aan de rechter komt in beginsel geen oordeel toe over dat doel, over hetgeen met de wet is beoogd. De rechter kan wel beoordelen of het gekozen middel geschikt is om dat doel te bereiken. En als dat het geval is, of er een minder ingrijpend alternatief is en of de toepassing van de formele wet in het concrete geval onevenredig is in verhouding tot de met die toepassing te dienen doelen. Indien dit aan de orde is, kan de bestuursrechter, gelet op de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb, daarbij (een onderdeel van) de wet buiten toepassing laten. Gelet op artikel 120 van de Grondwet, zoals dat thans luidt, kan de bestuursrechter daarbij niet de onverbindendheid van die wet uitspreken.

### *Staatsrechtelijke aspecten*

Tot nu toe wordt bij de uitleg van artikel 3:4 Awb verschil gemaakt tussen formele wetten en lagere regelgeving. Voor lagere regelgeving geldt het evenredigheidsbeginsel onverkort, voor formele wetten alleen als de wetgever discretionaire ruimte voor de uitvoering heeft gelaten of als sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden. Dit verschil wordt verklaard uit het verschil in democratische legitimatie tussen de formele wetgever (dat wil zeggen de regering en het parlement) en andere regelgevers. De democratische legitimatie van het parlement onderscheidt de formele wetgever van de andere partners van de trias politica, het bestuur en de rechtspraak. De gedachte is dan, kort gezegd, dat aan de bevoegdheid van de wetgever om normen te stellen door het bestuur en de rechtspraak geen afbreuk kan worden gedaan. Dit uitgangspunt komt tot uitdrukking in artikel 120 van de Grondwet, dat de rechter verbiedt te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten of deze te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen.

Er staat niet in de wettekst van artikel 3:4 dat er een verschil is in toepassing bij formele wetten en lagere regelgeving. Dat verschil komt wel tot uitdrukking in de jurisprudentie. Met de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb wordt beoogd te bepalen dat ook de toepassing van wetten in formele zin moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.

Uit staatsrechtelijk oogpunt kunnen bij de voorgestelde wijziging twee vragen worden gesteld. De eerste vraag is: kan in een formele wet als de Awb een voorschrift worden opgenomen dat het bestuur en de rechtspraak voorschrijft de uitvoering van wetten te toetsen aan het in de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel, gelet op het uit artikel 120 van de Grondwet volgend toetsingsverbod? De tweede vraag is: wat betekent het, gelet op de verhouding binnen de trias politica, om een dergelijke toets voor te schrijven?

De regering is van oordeel dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord. De wetgever is vrij om over de uitvoering van wetten regels te stellen. De Awb is daar een sprekend voorbeeld van. Alleen kan de wetgever zichzelf niet binden. Dat betekent dat in een bijzondere wet altijd kan worden bepaald dat een regel uit de Awb niet van toepassing is. De Grondwet of de trias staan niet in de weg aan het in de wet operationaliseren van geschreven of ongeschreven constitutionele normen, zolang die operationalisering verenigbaar is met die normen, dat wil onder andere zeggen dat die operationalisering niet ingaat tegen de tekst en bedoeling van de grondwettelijke bepaling. In het Harmonisatiewetarrest is in het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet een verbod gelezen om formele wetten te toetsen aan algemene beginselen van bestuur.<sup>15</sup> Het Harmonisatiewetarrest is evenwel niet van toepassing op in formele wetten opgenomen operationaliseren van dergelijke beginselen. Zo operationaliseert de Algemene wet gelijke behandeling het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet voor horizontale relaties, ook zonder dat de Grondwet aan de wetgever de opdracht voor die wet heeft gegeven (zoals wel het geval is bij bijvoorbeeld de bescherming van persoonsgegevens; artikel 10 van de Grondwet). Hetzelfde is gebeurd met enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur in afdeling 3.2 van de Awb, waaronder het in artikel 3:4, tweede lid, Awb vastgelegde evenredigheidsbeginsel. De in het

<sup>14</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.9.

<sup>15</sup> Hoge Raad 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725. Hoewel de Hoge Raad i.c. overwoog dat de Harmonisatiewet strijd opleverde met het rechtszekerheidsbeginsel, oordeelde hij: "Het onder 3.5 overwogene is doorslaggevend en noopt tot de conclusie dat, al valt niet te ontkennen dat de rechtsontwikkeling sedert het tot stand komen van de van 1983 het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten heeft doen toenemen, moet worden geoordeeld dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Gr.w zich niet (ook) tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet." De Hoge Raad zag alleen ruimte voor "het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel".

Harmonisatiewet arrest gegeven uitleg aan artikel 120 van de Grondwet staat er daarom niet aan in de weg dat de wetgever kan bepalen dat ook bij gebonden bevoegdheden in formele wetten artikel 3:4, tweede lid, Awb van toepassing is. AG Snijders erkent deze bevoegdheid in zijn conclusie van 18 mei 2022<sup>16</sup>, waar hij vaststelt dat de wetgever deze bij het huidige artikel 3:4 Awb niet heeft gebruikt. Overigens blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de eerste tranche van de Awb dat de codificatie van algemene rechtsbeginselen in een wet niet met deze beginselen gelijkgesteld kan worden en deze beginselen het karakter van hoger recht behouden.<sup>17</sup> Door operationalisering van beginselen in de wet, hoeft in veel gevallen niet meer rechtstreeks aan de ongeschreven algemene rechtsbeginselen te worden getoetst. Toepassing van het voorgestelde artikel 3:4 Awb levert dan ook geen strijd op met artikel 120 van de Grondwet en is in dat geval geen contra legem toepassing van een beginsel meer.

Voor wat betreft de tweede vraag – naar de verhouding binnen de trias politica – merkt de regering het volgende op. De wetgever is binnen de trias aangewezen om op basis van politieke keuzes regels te stellen over verschillende verdelingsvraagstukken. Bestuur en rechtspraak zijn aan de regels gebonden. Het bestuur is verantwoordelijk voor zowel beleidsvorming als uitvoering van wet en beleid. De rechtspraak toetst de beleidsvorming en de uitvoering aan het recht. Algemeen erkend is dat de rechtspraak daarbij een rechtsvormende taak heeft. De rechter kan niet volstaan met het kaal toepassen van de wet. Wel is de wet leidend, in de zin dat de rechter geen politieke keuzes mag maken of een eigen invulling mag geven aan de wet. Zoals AG Snijders zegt in zijn conclusie: “Het recht is niet de persoonlijke mening van de rechter maar hetgeen volgt uit, kort gezegd, het geheel van wetten, algemeen erkende rechtsbeginselen en de relevante juridische en maatschappelijke opvattingen in samenhang met de betrokken belangen en de gegeven context of omstandigheden.”<sup>18</sup> Dat betekent dat, hoewel de wet leidend is, de rechter bij zijn rechtsvormende taak ook acht moet slaan op onder meer rechtsbeginselen en relevante juridische en maatschappelijke opvattingen. Als het huidige artikel 3:4 Awb daaraan in de weg staat, vormt artikel 3:4 Awb dus een belemmering voor de rechter om zijn werk te doen. Het is aan de wetgever die belemmering weg te nemen. Dat betekent niet dat de rechter daarmee op de stoel van de wetgever of het bestuur komt te zitten. De wetgever geeft de rechter slechts de mogelijkheid optimaal zijn rechtsvormende taak te vervullen, zoals hij deze taak al vervult bij lagere regelgeving en bij de toepassing van hoger recht, zoals het recht van de Europese Unie en van verdragen.<sup>19</sup> Artikel 3:4 Awb schrijft bovendien nu al voor dat de evenredigheid moet worden beoordeeld in het licht van het doel van de wet. De rechter bepaalt dus niet of hij het besluit goed vindt, maar neemt de bedoeling van de wetgever als uitgangspunt en toetst een besluit aan dat uitgangspunt. De hieruit sprekende terughoudendheid waarborgt dat de rechter zijn verantwoordelijkheid neemt, maar niet treedt in de verantwoordelijkheden van de wetgever en het bestuur, de andere onderdelen van de trias. De voorgestelde wijziging van artikel 3:4 is daarom niet onconstitutioneel.

Ook de derde partij in de trias, het bestuur, is aan de wet gebonden. Daarnaast rust op bestuursorganen de taak om te zorgen dat geen onevenredige besluiten worden genomen. Uit jurisprudentie blijkt dat, waar de bestuursrechter bevoegd is tot een exceptieve toetsing, ook het bestuursorgaan daartoe is bevoegd.<sup>20</sup> Uit het gewijzigde artikel 3:4 Awb volgt dat die maatstaf ook geldt bij de uitvoering van formele wetten.<sup>21</sup>

In het algemeen worden nieuwe wetten voorbereid in samenspraak met de uitvoering. Daarbij kan al worden bezien hoe onevenredige uitkomsten kunnen worden voorkomen. Uitvoeringsorganisaties krijgen met het gewijzigde artikel 3:4 een stevigere positie bij de voorbereiding en uitvoering van wetten, bijvoorbeeld door bij geconstateerde hardheden met toepassing van artikel 3:4 te anticiperen op de aanpassing van die geconstateerde hardheden. Het ligt voor de hand dat een uitvoeringsorganisatie hierover in overleg gaat met de opdrachtgevende minister en dat zij gezamenlijk de oplossingen voor de korte en de lange termijn ontwikkelen. Dit proces wordt wel aangeduid met de term feedbackloop.

Tot slot merkt de regering op dat de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb los staat van de aangekondigde herziening van het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet.<sup>22</sup> De wijziging draagt slechts bestuursorganen op altijd artikel 3:4, tweede lid, Awb in acht te nemen. De regering

<sup>16</sup> Conclusie AG Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, r.o. 6.2.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 5, p. 8.

<sup>18</sup> Conclusie AG Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, r.o. 5.11.

<sup>19</sup> Zie over de constitutionele rol van de rechter binnen de trias ook: J.E. Esser en Y.E. Schuurmans, Gedeelte tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht, in J. Goossens e.a. (red.), Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving. Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University), Oisterwijk 2022.

<sup>20</sup> ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275, r.o. 2.2. Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 5.6.

<sup>21</sup> Behoudens in het (theoretische) geval sprake is van beperking van grondwettelijke grondrechten waarbij geen delegatie is toegestaan en de wetgever zelf zo nauwkeurig en precies mogelijk de reikwijdte van de inperking moet aangeven.

<sup>22</sup> Brief op hoofdlijnen van aspecten bij verschillende varianten van constitutionele toetsing, Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169 en Kamerstukken I 2021/22, 34430, AE.

maakt met het voorstel tot wijziging van artikel 3:4 Awb geen keuzes die vooruitlopen op de discussie rond artikel 120 van de Grondwet.

#### *Verhouding tussen artikel 3:4 Awb en bijzondere wetten*

Er is bij toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb van gebonden bevoegdheden in formele wetten geen sprake van twee strijdige normen, één in de Awb en één in de bijzondere wet. De bijzondere wet bevat de norm en het afwegingskader. De Awb bepaalt dat bij de toepassing daarvan bepaalde beginselen in acht moeten worden genomen.<sup>23</sup> De Awb-wetgever zorgt er met de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb voor dat de Awb bijdraagt aan een evenredige toepassing van de bijzondere wet. Er is geen spanning met artikel 120 van de Grondwet, aangezien de wetgever zelf de opdracht geeft<sup>24</sup> tot toepassing van de betreffende wet overeenkomstig artikel 3:4.

Omdat de bijzondere wetgever over de bedoeling van een wet gaat en daarmee de uitvoering richting geeft, bepaalt de wetgever welke belangen een bestuursorgaan moet behartigen bij de uitvoering van een wet. Daarmee behoudt de bijzondere wetgever de regie over de uitvoering van wetten. Voorop dient te staan dat de bijzondere wetgever zelf moet zorgen voor goede wetten. Daarbij moet de menselijke maat centraal staan, zoals de vice-president van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman in een paper ten behoeve van de formatiegesprekken hebben geadviseerd.<sup>25</sup> De bijzondere wetgever zal daartoe op verstandige wijze bevoegdheden toedelen. Dat kan door in de wet beleidsruimte en beoordelingsmarges op te nemen dan wel gebonden regels te verfijnen, en eventueel door het opnemen van hardheidsclausules, waarbij duidelijk de bedoeling van de wet wordt aangegeven.<sup>26</sup> Onevenredige uitkomsten kunnen dan met artikel 3:4 Awb worden geadresseerd. De bijzondere wetgever moet zelf zorgen dat haar wetten overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden uitgevoerd. Daartoe past het om in een uitvoeringstoets te onderzoeken welke implicaties een voorgestelde bepaling in bepaalde gevallen kan hebben. Ongewenste implicaties kunnen worden voorkomen door bijvoorbeeld zeer terughoudend te zijn met gebonden bevoegdheden en de uitvoerende bestuursorganen beslissruimte te laten. De uitkomsten van de inventarisatie van hardheden zal leiden tot verbetering van bijzondere wetten op dit punt. Als desondanks toch hardheden in wetgeving voorkomen, kan sprake zijn van een onevenredigheid in de zin van artikel 3:4, tweede lid, Awb.

In het verlengde hiervan kan de vraag worden gesteld naar de verhouding tussen in de bijzondere wet opgenomen hardheidsclausules en het gewijzigde artikel 3:4 Awb. Met name bij gebonden bevoegdheden wordt in een bijzondere wet wel een hardheidsclausule opgenomen. Een dergelijke hardheidsclausule is soms aan voorwaarden gebonden. Een hardheidsclausule vormt daarmee een onderdeel van de bevoegdheidstoedeling en het afwegingskader van een bijzondere wet. Het is daarom geen sluitend alternatief voor verruiming van artikel 3:4 Awb. In vervolg op het onderzoek naar hardheden in bijzondere wetten<sup>27</sup> zullen de gevonden hardheden worden aangepast, bijvoorbeeld door het verfijnen van regels of het toekennen van meer beleidsvrijheid. Het is aan de bijzondere wetgever om te beoordelen of en in hoeverre dan nog een hardheidsclausule nodig is, of dat op andere wijze de menselijke maat wordt geborgd.<sup>28</sup> Een hardheidsclausule in een bijzondere wet sluit toepassing van artikel 3:4 Awb niet uit. Artikel 3:4 Awb bevat een beginsel dat in acht moet worden genomen als de bijzondere wet, inclusief een eventuele hardheidsclausule, wordt toegepast.

In het debat wordt daarnaast wel de vraag gesteld naar de verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel enerzijds en andere beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtseenheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Het belang van deze beginselen staat niet ter discussie. Als met toepassing van het evenredigheidsbeginsel bijzondere belangen of omstandigheden tot een maatwerkoplossing leiden, is er per definitie sprake van een situatie die

---

<sup>23</sup> Daarmee zijn beslisregels als de zogenoemde "lex specialis"-regel of de "lex posterior"-regel niet aan de orde. Dergelijke regels zijn overigens geen harde juridische regels, maar een handvat om bij conflicterende wettelijke regels tot een oplossing te komen. De achtergrond van de "lex specialis"-regel is dat als de bijzondere wet heeft beoogd af te wijken van de algemene regel, die bijzondere regel voorrang heeft. Bij de "lex posterior"-regel gaat de latere regel voor de eerdere. In de verhouding tussen de bijzondere wet en artikel 3:4 Awb speelt dat niet, omdat in die gevallen geen sprake is van conflicterende wetten, en het daarmee ondenkbaar is dat de bijzondere wetgever onevenredig heeft willen zijn. Zie: F.S. Bakker, Billijkheidsuitzonderingen, Deventer 2018, p. 368.

<sup>24</sup> Strikt formeel bindt de Awb de bijzondere wetgever niet, omdat bij formele wet altijd van de Awb kan worden afgeweken, zelfs als bepalingen in de Awb dwingendrechtelijk zijn geformuleerd. Bij afwijking van artikel 3:4 Awb rust op de wetgever een zware bewijslast om aan te tonen waarom van de Awb wordt afgeweken.

<sup>25</sup> Zorgvuldig, rechtsstatelijk en met vertrouwen in de burger. Gezamenlijke paper van de vice-president van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman ten behoeve van de formatiegesprekken, 3 november 2021. <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@127402/paper-hoge-colleges-van-staat-formatie/>

<sup>26</sup> Zie ook de brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 11 juli 2022, Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102.

<sup>27</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 64.

<sup>28</sup> Zie ook het eerder genoemde Zorgvuldig, rechtsstatelijk en met vertrouwen in de burger. Gezamenlijke paper van de vice-president van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman ten behoeve van de formatiegesprekken, 3 november 2021. <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@127402/paper-hoge-colleges-van-staat-formatie/>

niet standaard is. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel leidt in een dergelijk geval daarom niet tot strijd met het gelijkheidsbeginsel. Om dit te expliciteren dienen de omstandigheden van het geval die aanleiding geven voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de motivering van een besluit tot uitdrukking te worden gebracht. Daarnaast dient een bestuursorgaan in gelijke bijzondere gevallen tot eenzelfde (evenredigheids)afweging komen. Het rechtszekerheidsbeginsel gaat ervan uit dat de overheid consequent en voorspelbaar moet zijn, waar in het verleden al te veel discretionaire bevoegdheden hebben geleid tot willekeur. Ook dat beginsel leidt niet tot strijd met het evenredigheidsbeginsel. Immers, in de meeste gevallen kan een bestuursorgaan gewoon besluiten overeenkomstig de regels en het geldende beleid. Dat leidt tot een voorspelbaar resultaat, waarop de burger kan vertrouwen. Slechts in geval die regels en dat geldende beleid in bijzondere gevallen leiden tot onevenredige uitkomsten, is een correctie mogelijk. De rechtszekerheid staat hieraan niet in de weg. Sterker nog, de rechtszekerheid kan geen argument zijn om in individuele gevallen onevenredige (onrechtvaardige) uitkomsten in stand te laten. En de rechtszekerheid van het bestuur zelf, die in dit verband wel naar voren wordt gebracht, is op zichzelf geen rechtens te honoreren beginsel: het gaat te allen tijde om de behartiging van het algemeen belang. Wel is de rechtszekerheid ermee gediend als een vaker voorkomende onevenredigheid door de regelgever wordt gecorrigeerd. Het rechtseenheidsbeginsel richt zich in de eerste plaats tot de rechter. Ook hier is niet op voorhand sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel. Uit het rechtseenheidsbeginsel volgt immers niet dat nooit uitzonderingen aan de orde kunnen zijn.

#### *Gevolgen voor de uitvoering*

In eerste instantie dienen de bestuursorganen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toe te passen. In artikel 3:2 Awb is de verplichting neergelegd om de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te verzamelen. Deze bepaling wijzigt niet. Een bestuursorgaan kan daarmee op dezelfde wijze een besluit voorbereiden als thans. Uit de toelichting bij artikel 3:2 Awb volgt dat bij dit verzamelen voor verschillende typen besluiten een verschillende mate van nauwkeurigheid, omvang en diepgang kan worden gehanteerd.<sup>29</sup> Hieruit volgt dat bij bulkbesluiten die grotendeels routinematig tot stand komen, de vergaring van de nodige kennis voor het te nemen besluit geschiedt via het aanvraagformulier. Waar de besluitvorming in beginsel geautomatiseerd verloopt, kan dat zo blijven, maar waar het bestuursorgaan op de hoogte is van relevante bijzondere omstandigheden, moet het deze omstandigheden wel bij de belangenafweging betrekken. Als een bestuursorgaan pas in de bezwaarfase op de hoogte komt van bijzondere omstandigheden, kunnen die bij een (laagdrempelige) behandeling van dat bezwaar worden betrokken. Bij deze belangenafweging gebruikt het bestuursorgaan het eerder genoemde kader van de Afdeling. Deze wijze van belangenafweging betekent, zoals eerder gezegd, dat het wettelijk kader leidend blijft, zodat bij een wettelijk vastgelegde aanspraak op een bedrag (bijvoorbeeld een uitkering) de evenredigheid niet leidt tot een verhoging van in dat wettelijk kader genoemde bedragen wegens bijzondere omstandigheden. Wel kan een uitvoeringsinstantie bepaalde (reken)regels buiten toepassing laten als die in een bepaald geval tot onevenredige uitkomsten leiden.<sup>30</sup> Zo kan de Belastingdienst/Toeslagen bij de vaststelling van toeslagen uitgaan van gegevens uit de Basisregistratie personen, tenzij de juistheid van de van die registratie afwijkende feiten vaststaat.<sup>31</sup> Wel zal bij geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten (in bezwaar of nadat betrokkene zich heeft gemeld) moeten worden ingegaan op eventueel gestelde relevante bijzondere omstandigheden. In bezwaar kan niet worden volstaan met het opnieuw afdraaien van het programma waarmee het geautomatiseerd tot stand gekomen primaire besluit is opgesteld. Er dient gelet op de omstandigheden van het geval een volledige heroverweging van het primaire besluit plaats te vinden. Maar dat is onder het huidig recht ook al zo en is geen gevolg van de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb. Wellicht kan op termijn worden onderzocht of geautomatiseerd maatwerkindicaties kunnen worden onderkend. Hiertoe bestaat op grond van artikel 3:2 Awb of het te wijzigen artikel 3:4 Awb thans geen verplichting.

Bij toepassing van het evenredigheidsbeginsel is daarom inzicht nodig, van zowel het bestuur bij de besluitvorming als de bestuursrechter bij de toetsing, in alle relevante feiten en omstandigheden en een afgewogen en deugdelijk gemotiveerd oordeel over de vraag welke gevolgen voor welke belanghebbenden (nog) wel of juist niet (meer) evenredig zijn.<sup>32</sup>

Van uitvoeringsinstanties die nu al ruime toepassing aan artikel 3:4 Awb geven, kan worden geleerd dat dit geen aanvullende afweging vergt in ieder dossier, maar wel ruimte geeft als blijkt dat onverkorte regeltoepassing tot onevenredige uitkomsten leidt. Bij nieuw beleid kan in uitvoeringstoetsen worden bezien op welke wijze onevenredigheden aan het licht kunnen komen,

<sup>29</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 64.

<sup>30</sup> Zie voor een recent voorbeeld: Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972.

<sup>31</sup> ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1046.

<sup>32</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.4.

zonder dat dit ten koste gaat van een doelmatige behandeling van de gemiddelde aanvraag. Tussen departement en uitvoeringsinstantie kunnen ook afspraken worden gemaakt over de toepassing van de evenredigheid in bijzondere gevallen, enerzijds ter bevestiging voor de uitvoeringsinstantie, anderzijds ter verbetering van bijzondere wet- en regelgeving of vooruitlopend op aangekondigde wetswijziging. Het gewijzigde artikel 3:4 Awb bevestigt dat een uitvoeringsorganisatie tot taak heeft onevenredige hardheden te voorkomen als het van oordeel is dat onverkorte toepassing van de uit te voeren regel daarin zou resulteren. De uitvoeringsorganisatie kan wijzen op zijn rechtsplicht die voortvloeit uit artikel 3:4 Awb. Bij de kinderopvangtoeslagaffaire hebben rechterlijke uitspraken een rem gevormd op initiatieven binnen de Belastingdienst/Toeslagen om schrijnende gevallen onder de aandacht te brengen. De wijziging van artikel 3:4 bevestigt dat een uitvoeringsorganisatie in het vervolg zelf alert behoort te zijn op signalen van onevenredigheid en daarnaar behoort te handelen, hetzij bij het primaire besluit, hetzij in bezwaar. In het kader van het programma Werken aan Uitvoering worden vormen ontwikkeld voor de vormgeving van regulier overleg tussen beleid en uitvoering, waarbij signalen van onevenredigheid aan de orde kunnen worden gesteld, zodat deze niet bij de uitvoeringsorganisaties "blijven hangen".

### **Schema evenredigheidsafweging**

#### **Stap 1: artikel 3:2, zorgvuldige voorbereiding: verzamelen alle relevante feiten en belangen**

In deze stap verandert er niets in de verplichtingen van een bestuursorgaan: afhankelijk van het type besluit varieert de intensiteit van de inspanningsverplichting van het bestuursorgaan. Bij bulkbeslissingen wordt in de meeste gevallen aan deze verplichting voldaan door het ter beschikking stellen van een aanvraagformulier waarin alle benodigde informatie wordt gevraagd. Een standaard afdoening volstaat dan. Als uit een dossier blijkt dat sprake is van bijzondere omstandigheden, kan aanleiding bestaan extra informatie te verzamelen of betrokkenen te horen.

1. Indien geen aanleiding bestaat een onevenredige uitkomst te vermoeden: regel- en beleidsconforme uitvoering. Dat betekent dat "bulk"-besluiten in de meeste gevallen kunnen worden genomen zoals thans.
2. Indien uit dossier blijkt dat dit geen standaard geval is, of dat zaken onduidelijk zijn: aanvullende info vragen.
3. Indien verzocht wordt met bijzondere omstandigheden rekening te houden: deze omstandigheden wegen en betrekken bij de besluitvorming.

#### **Stap 2: artikel 3:4 belangenafweging**

1. Indien geen aanleiding bestaat een onevenredige uitkomst te vermoeden, leidt regel- en beleidsconforme uitvoering tot een standaard besluit.
2. Als aanvullende informatie is ontvangen of bijzondere omstandigheden nader zijn uitgezocht (eventueel in de maatwerkteams die verschillende bestuursorganen inmiddels hebben opgezet) volgt weging overeenkomstig de Harderwijk-uitspraak.
  - a. Voor de evenredigheid gelden drie factoren:
    - i. geschiktheid van het middel  
Als met een besluit de doelstelling van de uit te voeren wet of regeling afbreuk wordt gedaan aan het met die wet of regeling te bereiken doel, kan sprake zijn van een onevenredigheid wegens ongeschiktheid van het middel. Dit is iets anders dan het ter discussie stellen van het doel dat met de wet of regeling wordt beoogd, want dat is aan de wetgever.
    - ii. noodzakelijkheid  
Zijn er andere, minder verstrekkende, middelen om hetzelfde doel te bereiken?
    - iii. evenwichtigheid  
Ook als de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het besluit is gegeven, moet de evenwichtigheid in het concrete geval worden getoetst. Voorbeeld: als in de regeling staat dat wordt uitgegaan van BRP-gegevens en vaststaat dat de BRP-gegevens niet kloppen (maar nog niet zijn gewijzigd) moet van de feitelijke gegevens worden uitgegaan (ABRVs 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1046).
  - b. Het is niet altijd nodig om aan alle drie deze stappen te toetsen. De intensiteit van de toetsing hangt af van de twee factoren:

- i. de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen; Zo zullen belastende besluiten, in het bijzonder sanctiebesluiten, eerder indringend moeten worden getoetst. Ook kan het feit dat geen belangen van derden betrokken zijn, aanleiding vormen voor een indringende toets (CBb 23 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:557, r.o. 9.2).
  - ii. de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast.
- c. Daarbij geldt dat belangen die bij de uitoefening van de bevoegdheid geen rol spelen, niet als contra-indicatie worden betrokken (bv in de ruimtelijke ordening is geen plaats voor bijzondere gezondheidsargumenten van omwonenden (zie ABRvS 1 april 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AH6350).
- d. Uit de motivering dient te blijken waarom in een bepaald geval aanleiding was om van regel- en beleidsconforme uitvoering af te wijken. Indien naar het oordeel van het bestuursorgaan geen sprake is van een onevenredig besluit, zal in de motivering moeten worden aangegeven waarom de aangevoerde bijzondere omstandigheden onvoldoende zijn om van regel- en beleidsconforme uitvoering af te zien.
- e. Hoe moet worden omgegaan met onevenredigheden bij meerdere gevallen? In dat geval bestaat aanleiding de toepasselijke regelgeving te herzien. De rechter kan in zijn uitspraak meedelen dat hij van oordeel is dat een bepaalde onevenredigheid in wet- en regelgeving moet worden aangepast (voor een voorbeeld inzake huurtoeslag, zie ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79). Een bestuursorgaan dat is belast met uitvoering hoeft niet te wachten tot een rechterlijke uitspraak, maar kan zelf in overleg treden met het bestuursorgaan dat de betreffende regel heeft opgesteld. Dit proces wordt wel aangeduid als "feedbackloop". Bij landelijke uitvoeringsorganisaties is in de meeste gevallen een vast ambtelijk driehoeksoverleg waarin de rollen eigenaar, opdrachtgever en opdrachtnemer zijn belegd. Decentrale bestuursorganen kunnen (eventueel door tussenkomst van koepelorganisaties) in bestuurlijk overleg problemen onder de aandacht brengen. Indien blijkt dat een regel in meerdere gevallen onevenredig uitpakt, kan in afwachting van de noodzakelijke aanpassing van de betreffende regels, met toepassing van artikel 3:4 Awb.

### *Gevolgen voor de rechtspraak*

Hoewel de voorgestelde wijziging zich primair richt tot bestuursorganen, wordt met de voorgestelde wijziging beoogd mede uitvoering te geven aan het hierboven genoemde pleidooi uit het rapport "Recht vinden bij de rechter" om meer gewicht toe te kennen aan rechtsbescherming bij onevenredige negatieve gevolgen van een besluit. Zaken waarin bestuursorganen besluiten nemen waarin een onevenredige uitkomst wordt vermeden, zullen niet meer bij de rechter terecht komen. Wellicht zal vaker beroep worden gedaan op artikel 3:4 Awb, maar uit het rapport "Recht vinden bij de rechter" en het Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat dit beroep ook onder het huidige recht veelvuldig wordt gedaan. De bestuursrechter zal (op de wijze die de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 2 februari 2022 uiteen heeft gezet) in laatste instantie een dergelijk beroep moeten beoordelen. De bestuursrechter zal in de toekomst meer aspecten bij een belangenafweging moeten betrekken. Dat volgt niet uit deze wijziging van artikel 3:4 Awb, maar uit de uitspraak van 2 februari 2022. In het Reflectierapport van de Afdeling worden onderwerpen genoemd, die daarbij de aandacht van de bestuursrechter verdienen, zoals de redelijkheid van door een bestuursorgaan aan een burger te stellen bewijzeisen of de juiste inschatting van het doenvermogen van mensen.<sup>33</sup> Te denken valt ook aan de vraag of een bestuursorgaan van de juistheid van een advies als bedoeld in artikel 3:9 Awb heeft kunnen uitgaan, gelet op wat in primo of in bezwaar tegen dat advies is ingebracht. Dergelijke onderwerpen en vragen blijven door het gewijzigde artikel 3:4, eerste lid, Awb bij gebonden bevoegdheden niet langer buiten het geding. De bestuursrechter toetst of de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur voldoet aan het geschreven en ongeschreven recht.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Reflectierapport, p. 61.

<sup>34</sup> Dat de rechter in staat is om na de wijziging van artikel 3:4, eerste lid, Awb de afweging op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb te maken, blijkt uit uitspraken waarin aan verdragen wordt getoetst. In ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:865, r.o. 2.14, toetst de Afdeling het doel van de wet aan de toepassing in een bepaald geval en komt tot het oordeel dat toepassing van de wet in het concrete geval onevenredig is en achterwege had moeten blijven wegens het discriminatieverbod. Voor een vergelijkbaar geval: ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2839. Ook de CRvB toetst aan evenredigheid op grond van verdragen, zie CRvB 28 januari 2021,



### 3. Voorstel artikelsgewijze toelichting

Met de wijziging van artikel 3:4 wordt het mogelijk om een onrechtvaardige uitkomst van strikte regeltoepassing ook bij gebonden bevoegdheden in formele wetten te corrigeren als de uitkomst van een belangenafweging leidt tot onevenredige benadeling, zoals dat al kan bij de uitvoering van wetten met een discretionaire bevoegdheid en bij de uitvoering van andere algemeen verbindend voorschriften en beleidsregels. Hoewel het eerste lid niet wijzigt, verandert de verhouding tussen het eerste en tweede lid. Het navolgende is daarom een toelichting op zowel het eerste als het tweede lid van artikel 3:4 Awb.

#### *Artikel 3:4, eerste lid*

Het eerste lid handhaaft de hoofdregel dat alle rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen worden afgewogen. Het maakt geen onderscheid tussen besluiten die zijn gebaseerd op formele wetten en besluiten die zijn gebaseerd op andere algemeen verbindende voorschriften. Het betreft de afweging van de gegevens die overeenkomstig artikel 3:2 Awb zijn verzameld. Wel kan uit een wettelijk voorschrift of de aard van de bevoegdheid een beperking voortvloeien. Met het eerste lid is beoogd het verbod van willekeur en het specialiteitsbeginsel te codificeren. Met het verbod van willekeur wordt geborgd dat *alle* relevante belangen worden betrokken. Met het specialiteitsbeginsel wordt geborgd dat *alleen* relevante belangen worden betrokken. Bij gebonden bevoegdheden in formele wetten werd tot nu toe aangenomen dat de wetgever een belangenafweging in abstracto had gemaakt, zodat een nadere belangenafweging in het licht van het in artikel 3:4, tweede lid, Awb opgenomen evenredigheidsbeginsel was afgesloten. Met de voorgestelde wijziging van het tweede lid is deze lezing niet langer houdbaar. De beperking van artikel 3:4, eerste lid ziet op de te betrekken belangen die moeten worden afgewogen, maar nog niet op de uitkomst van die afweging.

De te betrekken belangen volgen uit de aan het bestuursorgaan verleende bevoegdheid. Een bevoegdheid kan aan een bestuursorgaan bijvoorbeeld zijn verleend ter bevordering van een goede ruimtelijke ordening of ter verhoging van de arbeidsparticipatie. De belangenafweging moet dan in ieder geval bijdragen aan een goede ruimtelijke ordening of de verhoging van de arbeidsparticipatie. Daarbij zijn tevens betrokken de belangen van de geadresseerden bij een besluit, zoals de aanvrager van een omgevingsvergunning of van een kinderopvangtoeslag. Ook de belangen van derden moeten door het bestuursorgaan worden betrokken, voor zover deze in relatie staan met het doel waarvoor de bevoegdheid is verleend. Daaruit volgt dat belangen die bij de wettelijk vastgelegde criteria voor een besluit buiten beschouwing zijn gelaten, niet bij de belangenafweging worden betrokken. Dat is de klassieke toepassing van het specialiteitsbeginsel, waarin geen wijziging wordt beoogd.<sup>35</sup> Het betreffende wettelijk kader geeft richting aan de belangenafweging, waarbij bestuursorganen meer of minder beleidsvrijheid hebben en voor die beleidsruimte beleid kunnen ontwikkelen dat wordt vastgelegd in beleidsregels.

Welke belangen de bijzondere wetgever voor ogen heeft met de regels in de bijzondere wet zal uit de bijzondere wet moeten blijken. Zo zijn in afdeling 1.2 (toepassingsgebied en doelen) van de Omgevingswet de doelen van die wet geformuleerd. Voor algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetten, geldt bovendien dat de doelen van die voorschriften geen uitbreiding mogen zijn ten opzichte van de formele wet waarin de grondslag voor het voorschrift is opgenomen. Zeker bij oudere wetten zal het doel in belangrijke mate moeten worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis. Als daarin bepaalde situaties niet aan bod komen (bijvoorbeeld omdat de opstellers zich er simpelweg nog niet van bewust waren) zal toepassing van het evenredigheidsbeginsel soms de enige mogelijkheid zijn om onrecht te voorkomen. Het gewijzigde 3:4 Awb is dan het ultimatum remedium tegen beslissingen met onevenredige gevolgen. Uitvoeringsorganisaties en de bestuursrechter kunnen niet de bedoeling van de wetgever in twijfel trekken, gelet op het primaat van de wetgever.<sup>36</sup>

Voorop staat de bedoeling van de regelgever (de formele bijzondere wetgever of het verordnungsbevoegde bestuursorgaan). Het gaat daarbij om het maatschappelijk doel en de behartiging van algemene belangen waarvoor de regelgever een bepaalde bevoegdheid aan een

---

ECLI:NL:CRVB:2021:212, waarin een onevenredige beëindiging van een (wettelijke) aanspraak en de compensatie daarvan in strijd werd geoordeeld met artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

<sup>35</sup> Vgl. ABRvS 1 april 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AH6350 (Duiventil Rheden), waarin de gezondheidssituatie van derden niet werd betrokken bij een bouwvergunning voor een duiventil, omdat het relevante wettelijk kader hier geen ruimte voor bood. Zie ook R.J.N. Schlössels, Jetski's, in AB Klassiek, Deventer 2022, p. 409-426.

<sup>36</sup> Zij kunnen wel tot de conclusie komen dat een regel in strijd is met hoger recht of dat de toepassing in een concreet geval onevenredig is, gelet op die bedoeling.

bestuursorgaan toekent. Het specialiteitsbeginsel sluit niet uit dat een bestuursorgaan binnen zijn wettelijk opdracht toetst aan hogere normen, zoals grondrechten of rechtsbeginselen.<sup>37</sup>

Sommige regels zijn vormgegeven om een efficiënte (al dan niet geautomatiseerde) uitvoering mogelijk te maken. Die efficiënte uitvoering is op zichzelf geen belang dat met de verleende bevoegdheid wordt behartigd, maar een belang om doeltreffend de wettelijk opgedragen algemene en bijzondere belangen te behartigen. Het belang van de uitvoering mag weliswaar worden meegewogen, maar is van een andere orde dan de algemene en bijzondere belangen waarvoor aan het bestuursorgaan bevoegdheden zijn verleend. Zo is een peildatum in bepaalde gevallen voor de uitvoering een onontbeerlijk hulpmiddel, maar geen doel op zichzelf. Het is daarmee niet zinvol om aan een dergelijk formeelwettelijk vastgelegd hulpmiddel hetzelfde gewicht toe te kennen als aan een door de wetgever gewilde aanspraak op een voorziening of vergunning en de daaraan verbonden inhoudelijke criteria. Een bestuursorgaan kan daarom in beginsel een peildatum hanteren, maar kan van die peildatum afwijken als die peildatum in een bepaald geval niet representatief is en de gevolgen voor een belanghebbende onevenredig zijn.

In de memorie van toelichting bij de eerste tranche Awb<sup>38</sup> werd voor de toepassing van artikel 3:4, eerste lid, Awb aangegeven dat, naast de belangen die met de verleende bevoegdheid worden gediend, belangen die "een positief gewicht in de schaal kunnen leggen"<sup>39</sup> een plaats hebben bij de belangenafweging. Daarmee werd een opening gecreëerd in de toepassing van het specialiteitsbeginsel, al kan zo'n individueel belang niet afdoen aan de doelstellingen en belangen waarvoor aan het bestuursorgaan de bevoegdheid tot besluiten is verleend. Deze opening maakt het mogelijk om bijzondere omstandigheden bij de besluitvorming te betrekken. Deze mogelijkheid bestaat nog steeds. Het kan bijvoorbeeld gaan om bijzondere situaties die de bijzondere wetgever niet voor ogen heeft gehad of om een bepaalde uitwerking van regels in de praktijk, die niet in lijn ligt met het hoofddoel van de wet. Ook kan sprake zijn van op elkaar inwerkende regels, waarbij strikte toepassing van de ene regel leidt tot onevenredige gevolgen bij de toepassing van een tweede regel. Dit komt bijvoorbeeld voor bij zogenoemde multiprobleemhuishoudens.<sup>40</sup> In dergelijke situaties kunnen de betrokken bestuursorganen in onderling overleg bezien welke besluiten in een specifieke situatie nodig zijn. Zoals opgemerkt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht, kan daarbij ook de in dat voorstel opgenomen nieuwe coördinatie-regeling voor de Awb dienstig zijn.<sup>41</sup> Dat wil niet zeggen dat het bijzondere belang altijd zwaarder weegt dan het algemene belang. Bij gebonden bevoegdheden in bijzondere wetten moet worden uitgegaan van de bedoeling van die formele wet, maar binnen die bedoeling kan worden bezien of strikte toepassing van de regel noodzakelijk is voor het realiseren van die bedoeling. Zo vormt een zwakke financiële positie van de geadresseerde van een boetebesluit geen grond om geen sanctie op te leggen, wel om daarmee rekening te houden bij de hoogte van een boete. Ook kan onderscheid gemaakt worden tussen regels die betrekking hebben op het tot stand te brengen rechtsgevolg of de aanspraak van de geadresseerde (waarbij het algemeen belang naar zijn aard zwaar weegt) en regels die de uitvoering dienen (waar een workaround denkbaar is zonder afbreuk te doen aan het algemeen belang). Een recent voorbeeld van een toets aan de bedoeling van de van toepassing zijnde regels vormt overweging 3.7 van de uitspraak van de Rechtbank Gelderland waarin onverkorte toepassing van de regels met betrekking tot de berekening van een dagloon in een concreet geval naar het oordeel van de Rechtbank onevenredig nadelige gevolgen heeft.<sup>42</sup> Uit het specialiteitsbeginsel vloeit voort dat een bestuursorgaan met de belangen van derden alleen rekening kan houden als deze belangen onderdeel uitmaken van de door het bestuursorgaan bij het uitoefenen van een bevoegdheid te behartigen algemene en bijzondere belangen. Anders zou sprake zijn van een "negatief" effect op een te nemen besluit van belangen waarvan de behartiging niet aan het betreffende bestuursorgaan is opgedragen. Het bestuursorgaan gaat bij de belangenafweging uit van een aanvraag zoals die er ligt. De belangen van derden staan niet centraal. Indien een project op zichzelf aanvaardbaar is, kan het bestaan van alternatieven slechts dan tot het onthouden van medewerking nopen, indien op voorhand

<sup>37</sup> R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, Maastricht 1998, p. 370, noemt twee, elkaar niet uitsluitende, typen rechtsbelangen waarmee het bestuur ondanks het specialiteitsbeginsel in het bijzonder rekening moet houden: (1) subjectieve vermogensrechten, en (2) de grond- en mensenrechten.

<sup>38</sup> Kamerstukken II, 1988/89, 21221, nr. 3, p. 67, PG Awb I, p. 209.

<sup>39</sup> Citaat ontleend aan Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 67; PG Awb I, p. 209.

<sup>40</sup> Zie Kamerstukken II 2018/19, 34477, nr. 63.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35256 nr. 3, p. 12. Deze regeling bevat, ter vervanging van de huidige afdeling 3.5 Awb, een procedure waarmee bestuursorganen samenhangende besluiten procedureel op elkaar kunnen afstemmen.

<sup>42</sup> Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972, AB 2022/69, m.nt. R.G. Becker en J.E. Esser. Uit r.o. 3.7: Deze doelen zijn tweeledig, namelijk enerzijds het bieden van een simpele en heldere manier om het dagloon te berekenen, maar anderzijds ook een methode waarmee een voor de betrokkene representatief dagloon wordt vastgesteld. Aan dit laatste doel schiet strikte toepassing van artikel 16, eerste lid, van het Dagloonbesluit in dit geval voorbij.

duidelijk is dat door verwezenlijking van de alternatieven een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren. Daarbij gaat het niet alleen om bezwaren aan de kant van de derden, maar ook aan de kant van het bestuursorgaan en de aanvrager.<sup>43</sup> Dat betekent onder meer dat een vergunning niet kan worden geweigerd als het wettelijk toetsingskader daarvoor geen aanknopingspunten bevat. De wettelijke regels zullen vaak wel de mogelijkheid bevatten om ter bescherming van belangen van derden vergunningsvoorschriften te stellen. Verder kan onder omstandigheden worden gezien of op grond van de daarvoor geldende regels nadeelcompensatie is aangewezen.

#### *Artikel 3:4, tweede lid*

Zoals in het algemeen deel van deze toelichting is beschreven, onderschrijft de regering het afwegingskader dat de Afdeling in de Harderwijk-zaak voor een evenredigheidsstoets van discretionaire bevoegdheden heeft ontwikkeld. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel op de wijze die de Afdeling in deze zaak heeft beschreven, vergt naar het oordeel van de regering geen inhoudelijke aanpassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb en kan eveneens worden toegepast bij gebonden bevoegdheden. De Afdeling merkt als de ratio van artikel 3:4, tweede lid, Awb aan het voorkomen van *onnodige* nadelige gevolgen van een besluit (dus niet het voorkomen van ieder nadeel).<sup>44</sup>

In hun conclusie in de Harderwijk-zaak hebben de advocaten-generaal Widdershoven en Wattel (in navolging van Hirsch Ballin<sup>45</sup>) een toets aan het evenredigheidsbeginsel bepleit zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie (en de Duitse rechter) dat beginsel toepast. Bij deze toets kunnen drie stappen worden onderscheiden:

- “(i) Is het besluit geschikt om het doel te bereiken? Die geschiktheidstoets houdt een effectiviteitstoets en een coherentietoets in;
- (ii) Is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken? Is een keuze mogelijk tussen meer geschikte maatregelen, dan moet op basis van deze toets die maatregel worden gekozen die de belanghebbenden het minst belast;
- (iii) Is de maatregel evenwichtig (evenredigheid *stricto sensu*)? Is de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende?”<sup>46</sup>

De Afdeling onderkent het belang van deze maatstaven, maar is van oordeel dat niet bij elk besluit een dergelijke drietrappstoets noodzakelijk is. Zo zal de geschiktheid van het besluit al aan de orde komen bij de exceptieve toetsing van het algemeen verbindend voorschrift of de beleidsregel waarop het besluit is gebaseerd en zal de noodzakelijkheid van een besluit relevanter zijn bij een belastend besluit en minder bij een begunstigend besluit.<sup>47</sup> Voor de intensiteit van de toetsing hanteert de Afdeling twee oriëntatiepunten: (1) de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en (2) de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast. De intensiteit van de toetsing hangt volgens de Afdeling af van vele factoren die leiden tot een glijdende schaal waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden.<sup>48</sup>

Artikel 3:4 Awb richt zich net als de andere in afdeling 3.2 Awb neergelegde algemene beginselen van behoorlijk bestuur primair tot het bestuur. De bestuursrechter toetst vervolgens of het bestuursorgaan het evenredigheidsbeginsel (en andere beginselen) juist heeft toegepast. Een gegrond beroep bij de bestuursrechter betekent dat een bestuursorgaan een ander besluit had moeten nemen. Dat geldt ook voor een eventuele exceptieve toetsing. In haar uitspraak van 15 november 2006 overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak

De Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) noch enige andere rechtsregel staat er aan in de weg dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op bezwaar tegen een daarvoor vatbaar besluit beoordeelt of een niet door de formele wetgever gegeven algemeen verbindend voorschrift tot toepassing waarvan het besluit mede strekt, verbindend is.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> ABRvS 4 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2021:953, r.o. 6.1.

<sup>44</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.4.

<sup>45</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak, in VAR-reeks 154, 2015, p. 50.

<sup>46</sup> Conclusie van de advocaten-generaal van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, p. 78., zie ook ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.7.

<sup>47</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.8.

<sup>48</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (drugspand Harderwijk), r.o. 7.10.

<sup>49</sup> ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275, r.o. 2.2. Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 5.6.

Bij een gewijzigd artikel 3:4 Awb is de evenredigheidstoets eveneens aan de orde bij de uitvoering van formele wetten. De Harderwijk-uitspraak van de Afdeling biedt bestuursorganen een kader voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Gelet op het huidige artikel 120 van de Grondwet zullen het bestuursorgaan en de bestuursrechter een bepaling uit een formele wet niet onverbindend kunnen verklaren (behoudens wegens strijd met internationaal recht), maar kan de bestuursrechter wel op grond van het gewijzigde artikel 3:4 Awb vaststellen dat de strikte toepassing van een bepaling uit een formele wet leidt tot onevenredig nadeel en de bepaling om die reden buiten toepassing laten. Als de bijzondere wetgever zijn werk goed heeft gedaan en binnen de regels een oplossing kan worden gevonden, is slechts in uitzonderingsituaties sprake een onevenredige uitkomst in de zin van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Als in de bijzondere wet is geanticipeerd op eventuele hardheden, zal een beroep op artikel 3:4 Awb minder vaak nodig zijn. Het betrokken bestuursorgaan hoeft niet te wachten totdat de rechter een onevenredigheid heeft vastgesteld, maar kan (na bestuurlijk en politiek overleg) zelf een evenredig besluit nemen, zo nodig vooruitlopend op wijziging van regelgeving. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft al eens geoordeeld dat het niet evenredig was om een aanvraag af te wijzen wegens het niet voldoen aan een voorschrift uit een amvb, omdat het voornemen in consultatie was gegeven om dat voorschrift op korte termijn te schappen (en dus formeel nog geldend recht was).<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2526.