

Bestuursrecht op Maat

Tussenrapport

**Een juridische analyse van knelpunten bij het
bieden van maatwerk**



**Universiteit
Leiden**

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Instituut voor Publiekrecht
Afdeling Staats- en Bestuursrecht

April 2020

Dit rapport is opgesteld in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), directie Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW)

Auteurs

Prof.mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans (projectleider)
Dr. A.E.M. (Ingrid) Leijten LL.M MA (projectleider)
Mr.drs. J.E. (Joyce) Esser (projectmedewerker)

Prof.mr. W.J.M. (Wim) Voermans
Prof.mr. G. (Geerten) Boogaard
Mr.dr. A. (Annemarie) Drahmman
Mr.dr. R. (Rogier) Kegge
Mr. N.A. (Heleen) van Amerongen
L.F.D. (Louis) Honée

Inhoudsopgave

1. Inleiding	2
1.1. <i>Achtergrond</i>	2
1.2. <i>Maatwerk</i>	3
1.3. <i>Uitgangspunten en plan van aanpak</i>	5
1.4. <i>Leeswijzer</i>	9
2. Procedurele aspecten van maatwerk	11
2.1. <i>Inleiding</i>	11
2.2. <i>Achtergrond</i>	11
2.2.1. <i>Maatwerk in procedurele zin</i>	11
2.2.2. <i>Algemene normering</i>	12
2.2.3. <i>Digitalisering en knelpunten</i>	15
2.2.4. <i>De rol van deskundigen</i>	19
2.3. <i>Algemene juridische knelpunten bij procedureel maatwerk</i>	21
2.3.1. <i>Instelling ambtenaren: regelgericht of oplossingsgericht?</i>	21
2.3.2. <i>Rechtszekerheid</i>	22
2.3.3. <i>Realistische burgerbeelden en gelijkheid</i>	22
2.3.4. <i>Informatievoorziening, bewijslastverdeling en privacy</i>	23
2.3.5. <i>Tijdigheid</i>	24
2.3.6. <i>Fraudegevoeligheid en misbruik van bevoegdheid</i>	24
2.3.7. <i>Doorkruising van politiek gedragen hard beleid</i>	24
2.4. <i>Procedureel maatwerk in de maatwerkketen</i>	25
2.4.1. <i>De voorvraag: algemene regel of beschikking?</i>	25
2.4.2. <i>De voorfase voor de aanvraag</i>	25
2.4.3. <i>De besluitvormingsfase in primo</i>	27
2.4.4. <i>De bezwaarprocedure</i>	29
2.4.5. <i>Beroep en eventuele schaduwwerking</i>	31
3. Materiële aspecten van maatwerk	37
3.1. <i>Inleiding</i>	37
3.2. <i>Achtergrond</i>	37
3.2.1. <i>Gelijke monniken</i>	37
3.2.2. <i>Maatwerk als mensenrecht</i>	38
3.3. <i>Algemene juridische knelpunten bij materieel maatwerk</i>	39
3.3.1. <i>Welke gevallen zijn (niet) gelijk?</i>	39
3.3.2. <i>Digitalisering en mensenwerk</i>	40
3.4. <i>Materieel maatwerk bij beslissingsruimte en bij gebonden bevoegdheden</i>	41
3.4.1. <i>Belissingsruimte en rechtsbeginselen</i>	42
3.4.2. <i>Belissingsruimte en beleidsregels</i>	47
3.4.3. <i>Belissingsruimte en deskundigheid</i>	50
3.4.4. <i>Gebonden bevoegdheden</i>	52

4. Ter illustratie en inspiratie: het omgevingsrecht en het sociaal domein	57
4.1. <i>Inleiding</i>	57
4.1. <i>Maatwerk in het omgevingsrecht</i>	57
4.1.1. Procedureel maatwerk in het omgevingsrecht.....	57
4.1.2. Materieel maatwerk in het omgevingsrecht.....	60
4.1.3. Inspiratie uit het omgevingsrecht	62
4.2. <i>Maatwerk in het sociaal domein</i>	63
4.2.1. Procedureel maatwerk in het sociaal domein	64
4.2.2. Materieel maatwerk in het sociaal domein	66
4.2.3. Inspiratie uit het sociaal domein.....	67
4.3.	68
5. Aanloop naar oplossingsrichtingen en conclusie	69
5.1. <i>Inleiding</i>	69
5.2. <i>De bevindingen samengevat</i>	69
5.2.1. Procedureel maatwerk.....	69
5.2.2. Materieel maatwerk	72
5.2.3. De case studies.....	74
5.3. <i>Knelpunten & aandachtspunten</i>	76
5.3.1. De rol van het recht: Ruimte bieden en/of normeren?	76
5.3.2. Procedurele en materiële mogelijkheden niet in isolatie bezien.....	77
5.3.3. De maatwerkketen speelt een rol.....	78
5.3.4. Digitalisering en verantwoordelijkheid	79
5.4. <i>Conclusie</i>	80
Bibliografie	81
Bijlage 1: Onderzoeksvragen	86

1. Inleiding

1. Inleiding

1.1. Achtergrond

Het bestuursrecht zoals we dat kennen sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (1994), heeft zowel een instrumentele functie als een rechtsbeschermingsfunctie. Naast het dienen van het algemeen belang staat ook steeds de positie van het individu centraal. Het bestuursrecht dient de handhaving van de rechtsregels – en daarmee het algemeen belang – maar kent ook een centrale positie toe aan het individu die door datzelfde bestuursrecht in staat wordt gesteld op te komen voor eigen rechten en belangen. Op die manier wordt in het bestuursrecht steeds gezocht naar een balans tussen de waarden verbonden met algemene normstelling en die van individuele rechtvaardigheid. Waar dienen de belangen van het individu te wijken voor die van algemene normen, en wanneer verdienen de belangen van het individu in het bijzonder aandacht, of zelfs voorrang? De vraag naar de mate waarin bij bestuurlijke afweging en besluitvorming ‘maatwerk’ kan of moet worden geboden – het onderwerp van dit onderzoek – vormt een cruciaal onderdeel van dit dilemma.

Het beantwoorden van deze vraag is enkel mogelijk tegen de achtergrond van veranderingen in de manier waarop de juiste balans tussen algemene normen en individuele rechtvaardigheid wordt geïnterpreteerd. Een belangrijke ontwikkeling in dit kader kan worden geduid als die van een ‘autonome rechtsorde’ naar een ‘responsieve rechtsorde’.¹ De autonome rechtsorde stelt rechtszekerheid, rechtmatigheid en voorspelbaarheid voorop, en bestuurt de samenleving als één geheel. Hoe neutraler en algemener het recht, hoe rechtvaardiger. Recent is er steeds meer aandacht voor de keerzijde van deze benadering: zij laat weinig ruimte voor de situaties van en gevolgen voor specifieke burgers. In de Nederlandse literatuur wordt daarom de overgang naar een ‘responsief bestuursrecht’ bepleit, waarin het bestuur zich oplossingsgericht opstelt tegenover de individuele aan de orde zijnde belangen.

Deze ontwikkeling gaat samen met een aantal andere ontwikkelingen. Zo is in de afgelopen jaren het besef gegroeid dat het heersende ‘burgerbeeld’ van de Awb-wetgever vaak niet klopt. Veel mensen zijn niet zo oplettend en rationeel als de Awb veronderstelt: voor veel burgers is het lastig om te begrijpen wat de concrete gevolgen van besluiten zijn en om in te zien wanneer en op welke wijze zij moeten handelen om die gevolgen te voorkomen. Zelfs als zij weten wat hen te doen staat, wil dit nog niet zeggen dat burgers in lijn met die kennis handelen.² Met name Scheltema en Damen bepleiten daarom al jaren om het bestuursrecht beter aan te laten sluiten bij de belevingswereld van burgers.³ Daarnaast wordt wel opgemerkt dat het bestuursrecht ‘horizontaliseert’. In plaats van de samenleving verticaal en eenzijdig te besturen, staat de overheid steeds vaker in een ‘gelijkwaardige’ relatie tot burgers en bedrijven: centraal

¹ Zie Allewijn 2016; Van den Berge 2020, par. 2, zoals gebaseerd op Nonet & Selznick 1978. Scheltema maakt onderscheid tussen de ‘bureaucratische rechtsstaat en de responsieve rechtsstaat’, Scheltema *NTB* 2015/37.

² Weten is nog geen doen 2017.

³ Damen 2019, 121 e.v.; Scheltema *NTB* 2019/24, p. 247 e.v.

staat de samenwerking om gewenste beleidsdoelen te halen.⁴ Tot slot staat ook het bestuursprocesrecht niet stil: de keuze van de wetgever voor individuele rechtsbescherming als doel van het proces wordt steeds verder doorgevoerd.⁵ Dit alles leidt tot een toenemende roep om maatwerk.

Toch vormen deze ontwikkelingen niet het volledige plaatje. De maatschappij wordt steeds complexer en de taken van de overheid nemen toe. Het recht lijkt dan een ideale oplossing: door veel vast te leggen in regels, lijken risico's (of in ieder geval de verantwoordelijkheid daarvoor) te kunnen worden afgewend en kan gelijkheid worden bevorderd. Zo wordt besturen door middel van beschikkingen in toenemende mate vervangen door besturen met regels⁶ en wordt de besluitvorming in beschikkingenfabrieken vergaand geautomatiseerd en gedigitaliseerd,⁷ waarbij de vrees om af te wijken van de (geprogrammeerde) regel en voor precedentwerking reëel is. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre het bestuursrecht in staat is om de beloofde responsiviteit in de relatie overheid-burger te realiseren.

De roep om responsiviteit en de rol die maatwerk daarbij kan spelen, maar ook het belang van regels en de automatisering en digitalisering van het bestuursrecht, vormen de achtergrond van dit onderzoek naar maatwerk. Dit tussenrapport vormt het voorlopige resultaat van de eerste fase van ons onderzoek. Deze fase 'omvat het met behulp van reeds verricht onderzoek ordenen van knelpunten in de praktijk die in de weg staan aan maatwerk en het op basis van de Awb beoordelen van die knelpunten'.⁸ Het gaat hier aldus om een desktopstudie waarin met name wordt gekeken naar recente publicaties (rapporten/literatuur/jurisprudentie) over maatwerk en aanverwante thema's.⁹ Ook wordt in het tussenrapport de basis gelegd voor denk- en oplossingsrichtingen mede onder verwijzing naar de bij dit onderzoek behorende onderzoeksvragen.¹⁰ Voordat hiertoe wordt overgegaan, worden in deze inleiding allereerst de focus en uitgangspunten van deze studie van een toelichting voorzien.

1.2. Maatwerk

Maatwerk wordt niet vaak gedefinieerd, maar kan worden omschreven als procedures en oplossingen 'op maat', ofwel regels, beleid of beschikkingen die (in hun toepassing) recht doen aan het specifieke geval. Als we het hebben over maatwerk gaat de meeste aandacht uit

⁴ Zie daarover Hirsch Ballin 2015, p. 15 e.v.

⁵ Zoals expliciet erkend door de Awb wetgever: *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 31.

⁶ Schueler *Regelmaat* 2015, p. 643-635; Voermans 2017.

⁷ Van Eck 2018.

⁸ Offerteaanvraag Onderzoek Haar in de machine, p. 7. Voor een overzicht van de huidige mogelijkheden op basis van de Awb, kan ook worden verwezen naar de Awb-toolbox in het advies van Pels Rijcken, *Maatwerk in de Awb* 2019.

⁹ Zie hiervoor de literatuurlijst (met rapporten en literatuur) alsmede de verwijzingen (tevens naar jurisprudentie en officiële stukken) in de voetnoten.

¹⁰ Zie Bijlage 1 bij dit onderzoek.

naar de individuele beschikking. Dat is logisch, want een beschikking richt zich per definitie tot een specifiek geval. Toch is maatwerk breder en is de ruimte ervoor afhankelijk van het integrale stelsel van besluitvorming. Vaak richt maatwerk zich op individuele burgers, maar dat hoeft niet per se het geval te zijn. Waar dit rapport spreekt over individuele burgers, kan bijvoorbeeld ook gedacht worden aan het vinden van een oplossing voor een specifieke groep burgers met dezelfde belangen.

In ieder geval vraagt een onderzoek naar maatwerk bij het nemen van beschikkingen om aandacht voor de bredere ‘maatwerkketen’. Deze keten omvat zowel de besluitvorming in primo als de bezwaarfase en beroepsprocedures. Een dergelijke brede blik is nodig omdat de verschillende onderdelen van de maatwerkketen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden: de (juridische) ruimte voor beschikkingen op maat heeft gevolgen voor de mogelijkheden in de bezwaarfase; het nalaten maatwerk te bieden bij de primaire besluitvorming kan niet altijd worden goedge maakt in bezwaar, en rechtspraak kan – bijvoorbeeld onder verwijzing naar internationaal of Europees recht – meer maatwerk vorderen, maar bijvoorbeeld ook aansturen op transparant en gedetailleerd beleid. Ook de ‘voorraag’ of überhaupt gekozen moet worden voor een beschikkingstelsel of voor een op algemene regels gebaseerd stelsel, kan niet los worden gezien van een discussie over maatwerk. Aldus leidt het betrekken van de ‘maatwerkketen’ in dit onderzoek tot een holistische aanpak en een overzicht van knelpunten dat recht doet aan de complexe praktijk.

In het hiernavolgende zal een onderscheid worden gemaakt tussen maatwerk in procedurele zin en maatwerk in materiële zin.¹¹ Maatwerk in procedurele zin ziet in eerste instantie op de inrichting van de procedure van besluitvorming en de wijze waarop de overheid zich hierin opstelt jegens de burger. Een goed voorbeeld is het project Passend Contact met de Overheid (PCMO), maar ook kan worden gedacht aan informatievergaring en motivering, evenals digitalisering en de rol van de burger en zijn belangen daarin. Maatwerk in procedurele zin gaat echter ook over procedurele mogelijkheden bij bezwaar en beroep, en in hoeverre deze recht (kunnen) doen aan het individuele geval. Denk bijvoorbeeld aan ontvankelijkheidseisen voor bezwaarschriften of de formele rechtskracht. Maatwerk in procedurele zin hangt op veel punten samen met wat in de literatuur ‘procedurele rechtvaardigheid’ wordt genoemd. Het gaat er bij procedurele rechtvaardigheid om in hoeverre de procedure – de bejegening van de burger door de overheid, gesteund door de procedurele mogelijkheden daartoe – als rechtvaardig wordt ervaren, nog los van de materiële uitkomst ervan.¹²

Maatwerk in materiële zin ziet daarentegen op de ruimte om de rechtsgevolgen van besluitvorming op de rechtspositie van de individuele burger af te stemmen. Op de uitkomst

¹¹ Een dergelijk, of aanverwant onderscheid wordt vaker gemaakt. *Regels en Ruimte* 2019, p. 20-90 maakt onderscheid in maatwerk in de wijze van klantcontact en maatwerk met betrekking tot de inhoud van rechten en plichten van de burger. Zie ook Schutgens in Kromhout & Marseille *NTB* 2019/60, p. 377.

¹² Het idee van *procedural justice* is onder meer afkomstig uit het werk van Tyler (1990). Zie bijv. ook Lind & Tyler 1988 voor een psychologische duiding. Zie voor een onderzoek naar de ervaren procedurele rechtvaardigheid PCMO 4 2013; Van den Bos e.a. 2014.

dus. Zo verlangt het gelijkheidsbeginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden, en ongelijke gevallen juist niet. Het vereiste van evenredigheid ziet op een besluit dat niet onevenredig is voor de betrokkene in het licht van de ermee te dienen doelen. Natuurlijk hangen procedurele en materiële aspecten van maatwerk samen. Meer maatwerk in de procedure leidt doorgaans ook tot een meer op maat gesneden resultaat. Een effectieve evenredigheidstoets vraagt tevens om procedurele mogelijkheden die het maken van een afweging überhaupt toelaten, zoals tot het verkrijgen van de nodige informatie. Beide worden ook onmisbaar geacht voor een responsief bestuursrecht. Zo stelden de bedenkers van de term ‘responsive law’, Nonet & Selznick, dat dit verder gaat dan ‘procedural justice’, maar ook ‘committed to the achievement of substantial justice’ moet zijn.¹³ Een procedure waarin de burger persoonlijke aandacht krijgt is een ding; een uitkomst die bij zijn of haar situatie past is ook wat van een responsieve overheid mag worden verwacht.¹⁴

In de specifieke context van dit onderzoek is het onderscheid procedureel en materieel tevens van belang voor het identificeren en vooral het ordenen van knelpunten in de praktijk die in de weg staan aan maatwerk. Dat is wat dit tussenrapport beoogt te doen. Daarbij zal steeds aansluiting worden gezocht bij het juridische kader dat in het bijzonder wordt gevormd door de Awb.

1.3. Uitgangspunten en plan van aanpak

Naast een onderscheid tussen procedureel en materieel maatwerk is het van belang hier enkele overige uitgangspunten uit de doeken te doen. Zoals aangegeven bevindt maatwerk zich in het spanningsveld tussen algemene normstelling en individuele rechtsbescherming. De roep om maatwerk lijkt goed aan te sluiten bij een beweging naar het laatste. In die zin staat maatwerk tegenover een aantal andere waarden die juist met algemene normstelling gediend zijn. Dit betreft bijvoorbeeld de (kosten)efficiëntie van overheidsbestuur, maar ook de voorspelbaarheid van overheidshandelen en daarmee de rechtszekerheid. Voorspelbaarheid en rechtszekerheid dienen echter ook individuele burgers, omdat zij weten waar zij recht op hebben en dit ook makkelijk kunnen aantonen voor de rechter. Eenzelfde spanning zien we terugkomen bij het gelijkheidsbeginsel. Soms kan meer maatwerk tot meer gelijkheid leiden, omdat burgers met verschillende eigenschappen onder algemene regels ongelijk kunnen worden behandeld. Tegelijkertijd ontstaat ook een risico op ongelijkheid, omdat bestuursorganen per geval een afweging maken, die ook per geval – of per beoordelaar – anders kan uitpakken. Zoals bij vrijwel alle mogelijkheden tot participatie is bovendien het gevaar reëel dat juist degenen die een sterke

¹³ Nonet & Selznick 1978, p. 73-74.

¹⁴ Zie Schutgens in Kromhout & Marseille, NTB 2019/60: ‘Hij maakt een onderscheid tussen de procedurele en de materiële kant van de rechtsstaat. Voor procedures moet gelden dat de rechtsstaat responsief is, daar zou geen sprake mogen zijn van enige tegenstelling. Maar voor wat betreft de materiële kant van de rechtsstaat ligt het anders. Als het gaat om de inhoud van besluiten geldt dat wanneer je rationeel wilt besturen, je niet kunt zeggen: we hebben 17 miljoen mensen die allemaal individueel anders zijn en die moeten daarom allemaal een beslissing op maat krijgen. Dan houd je geen rationeel bestuur meer over.’

positie hebben in de maatschappij hier goed gebruik van kunnen maken, terwijl burgers die minder goed voor hun eigen positie op kunnen komen minder in staat zijn hun individuele belang te belichten.¹⁵ Algemene normstelling kan dan ook niet altijd tegenover individuele rechtvaardigheid geplaatst worden, net zoals maatwerk niet altijd méer rechtvaardigheid oplevert.¹⁶ Hiermee wordt in dit onderzoek rekening gehouden: soms kan het recht vanuit rechtsbeschermingsperspectief juist niet meer ruimte voor maatwerk bieden.¹⁷

Het tweede punt is dat hoewel maatwerk hier zal worden onderzocht in relatie tot de maatwerkketen, en dit onderzoek zich niet beperkt tot de primaire besluitvormingsfase, het wel degelijk wenselijk is maatwerk – daar waar dat passend is – zoveel mogelijk naar de voorkant te verplaatsen. Volgens het rapport *Regels en Ruimte. Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte*, wordt maatwerk in de praktijk in veel gevallen ingevuld via bezwaar en beroep.¹⁸ In de kabinetsreactie op dit rapport wordt duidelijk dat ook het kabinet de ambitie ondersteunt om maatwerk terug te brengen naar de voorkant van het proces.¹⁹ In de hiernavolgende analyse en bij het toewerken naar oplossingsrichtingen – en zeker ook in het eindrapport – zal dit dan ook tot uitgangspunt worden genomen.

Ten derde is het doel van dit rapport niet enkel het opsommen van (bestaande) maatwerkmogelijkheden en de knelpunten daarbij, maar deze inventarisatie ook van kleur te voorzien door een hoofdstuk te wijden aan twee deelterreinen waarop ervaring bestaat met het bieden van maatwerk. Zowel in het omgevingsrecht als bij de decentralisaties in het sociaal domein zijn ontwikkelingen waar te nemen die zien op het bieden van op maat gesneden oplossingen voor de betrokken burgers. Denk aan de verhouding tussen algemene regels en vergunningplichten, evenals (nieuwe) eisen betreffende het in ogenschouw nemen van betrokken belangen in het omgevingsrecht. In het sociaal domein gaat de wens van maatwerk hand in hand met een discussie over de rol van keukentafelgesprekken, private partijen en het besluitbegrip, alsook ‘recentralisatie’ met behulp van de rechter. De twee case studies laten op deze manier tevens zien hoe verder kan worden gekeken dan bestaande of geijkte

15 ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 10. Hier wordt gesproken over maatwerk dat uiteindelijk alleen wordt geboden aan ‘burgers met veel bureaucratistische vaardigheden en uithoudingsvermogen’. Ook in internationaal onderzoek worden dergelijke conclusies getrokken, zie bijv. Etienne Mureinik, ‘Reconsidering Review: Participation and Accountability’, *Acta Juridica* 1993, p. 35-46.

16 Brenninkmeijer e.a *NTB* 2019/2051, p. 2431. In het algemeen waarschuwen sommige auteurs voor meer rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid of zelfs willekeur bij maatwerk, *Mein Gst.* 2019/70, p. 344; Doornbos 2019, p. 567) Daarmee hangt samen dat de hierboven beschreven ontwikkelingen van horizontalisering van het bestuursrecht niet altijd aansluiten bij de realiteit. Hoewel de overheid steeds dichterbij de burger staat, blijft de overheid een publieke gezagsorganisatie, die eenzijdig en vergaand kan ingrijpen in het leven van burgers, *Van den Berge NJB* 2018/820.

17 *Mein Gst.* 2019/70 wijst erop dat het juist de taak van de jurist is om niet alleen maar ‘mogelijk te maken’, maar ook om rechtsstatelijke waarden te beschermen en te waken voor willekeur.

18 ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 9

19 Kabinetsreactie op het rapport *Regels en Ruimte*, Brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer (2019-0000652359), p. 4

maatwerkinstrumenten. Ze bieden inspiratie voor andere deelgebieden en tevens voor een overkoepelende analyse van de toekomstige rol van maatwerk in het bestuursrecht.

Enkele laatste, maar niet onbelangrijke, opmerkingen betreffen de reikwijdte en beperkingen van dit onderzoek. Dit onderzoek betreft een verkenning naar de juridische knelpunten bij het bieden van maatwerk binnen het Awb-kader, en ook de analyse en uitkomsten van dit onderzoek zullen in beginsel juridisch zijn. Het bestuursrecht vervult in het algemeen twee functies: de instrumentele functie en de rechtsbeschermingsfunctie. Bezien vanuit de instrumentele functie is het de taak van het bestuursrecht om bestuursorganen voldoende ruimte te geven om maatwerk te kunnen leveren waar dat wenselijk is. Het is dus goed om in kaart te brengen hoeveel juridische ruimte voor maatwerk er onder het Awb-kader bestaat, en waar het systeem soms ‘knelt’. Zo staat bijvoorbeeld het besluitbegrip een integrale aanpak soms in de weg. Een vervolgvraag is in hoeverre uitvoeringsorganisaties ook gebruik maken van de ruimte die er voor hen bestaat.²⁰ Vanuit de rechtsbeschermingsperspectief heeft het bestuursrecht ook daar wel eens iets over te zeggen: bestuursorganen *moeten* horen in bezwaar, zij *moeten* besluiten nemen die evenredig zijn. Als maatwerk gewenst is, lijkt het soms wenselijk om deze normering op te schroeven. Er worden dan ook veel nieuwe wetsvoorstellen gedaan, die bestuursorganen meer ‘maatwerkverplichtingen’ opleggen. Wel is het nog maar de vraag of het probleem van ‘te veel regels, te weinig maatwerk’ wel echt opgelost kan worden met nog meer regels. Maatwerk is immers afhankelijk van nog veel meer factoren: de rol van professionals, processen op de werkvloer, maar ook budgettaire beperkingen en technologische (on)mogelijkheden. Veel auteurs wijzen erop dat maatwerk vooral ook een ambtenarenapparaat vereist dat bereid is zelf *out of the box* te denken en oplossingsgericht te werk te gaan en waar nodig op professionele oordelen van deskundigen te vertrouwen.²¹ In de woorden van de gezamenlijke Secretarissen-Generaal: ‘We bestreden willekeur liever niet via nieuwe regels, maar via professionele checks and balances (zoals beslissen in teams, professionalisering en intervisie’.²²

Bovendien brengt het neerleggen van maatwerkverplichtingen in het recht ook risico’s met zich. Hoewel veel regels bedoeld zijn om ruimte voor maatwerk te creëren, kunnen zij ook een tegenovergesteld effect sorteren. Zo bestaat het risico dat bestuursorganen zich sterk

²⁰ Mede in vervolg op het rapport *Regels en Ruimte* 2019 en de kabinetsreactie daarop, is de Ministeriële Commissie Uitvoering (MCU) aan de slag gegaan met een werkagenda voor de uitvoering, waarvan het traject ‘Werk aan uitvoering’ onderdeel uitmaakt (zie brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 november 2019, *Kabinetsaanpak en werkagenda uitvoering* (2019-0000158574)). Hierin wordt ook expliciet ingegaan op het bieden van maatwerk in de uitvoering. Op basis van de onlangs verschenen probleemanalyse (ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse* 2020) is al duidelijk geworden dat in de uitvoering structurele verbeteringen nodig zijn, zie brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 februari 2020, *Werk aan uitvoering: analyse naar de uitvoering door Belastingdienst, UWV, SVB en DUO* (2020-0000023603).

²¹ Zie bijvoorbeeld de conclusie van ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019 dat het gebrek aan discretionaire ruimte niet de belangrijkste belemmering is voor het leveren van maatwerk (p. 8). Het gebruik van de ruimte wet wordt ook sterk beïnvloed door de organisatiekenmerken en capaciteit van de uitvoerder, p. 20. Zie ook Vermaat *H&R* 2019.

²² Brief van van 28 maart 2017 van het overleg van Secretarissen-Generaal aan de informateur (3931240).

inzetten op ‘bezwaar-’ en ‘beroep-proof’ besluiten, terwijl de bestuursrechter alleen op rechtmatigheid kan toetsen, en daarbij ook nooit een volledig overzicht kan verkrijgen van de besluitvorming bij bestuursorganen.²³ Dan ontstaat het risico van schaduwwerking: omdat de bestuursrechter gebrek aan maatwerk niet ‘afstraft’, wordt daar ook niet op ingezet. Hoewel het recht zowel randvoorwaarden als nadere normering voor maatwerk kan bieden, kunnen we er dus ook niet alles van verwachten. Daarom zijn instituties als de Nationale Ombudsman en de afdeling advisering van de Raad van State ook zo belangrijk, die het overheidshandelen meer in het algemeenheid kunnen beoordelen en daarbij ook problemen kunnen constateren die niet in strikte zin ‘onrechtmatig’ zijn. Dit rapport beoogt daarom een bescheiden bijdrage te leveren in de bredere bestuurskundige afweging.

In het verlengde hiervan moet worden opgemerkt dat bezien vanuit een breder (niet puur-juridisch) perspectief, ‘maatwerk’, hoewel een nobel streven, ook nadelige gevolgen kan hebben. Naast het eerdergenoemde gevaar voor willekeur bestaat het risico dat de burger meer gaat verwachten dan mogelijk zal zijn. Immers: de capaciteit en middelen van het bestuur zijn niet voldoende om in alle gevallen steeds een passende houding en uitkomst te kunnen garanderen. In het actief en zichtbaar streven hiernaar kan de burger steeds meer de rol van een klant (burger-als-klant) gaan spelen, en ervan uitgaan dat ook hij of zij een individuele behandeling krijgt. Dit kan tot gevolg hebben dat in plaats van participatie bij de voorbereiding van algemene regels of besluiten en beïnvloeding van de samenstelling van politieke organen, burgers hun energie eerder gaan steken in het verkrijgen van een tot hen gerichte eindbeslissing. Niet uitgesloten is dat het klantperspectief dan op den duur het participatieperspectief gaat verdrrukken. Een tweede mogelijk nadeel is dat ruimte voor maatwerk ook kan leiden tot extreem gelede besluitvorming met behulp van (meer) beleidsregels en protocollen en algoritmisering. Inderdaad, de wens om op grote schaal maatwerk te leveren kan nu juist weer resulteren in een veelheid aan gedetailleerde (beleids)regels en digitale instrumenten.²⁴ Een teveel daarvan kan echter bijdragen aan vervreemding als onduidelijk wordt hoe de overheid heeft beslist en zij daardoor haar ‘gezicht’ verliest.²⁵ Dit raakt aan de legitimatie van overheidshandelen en aan het idee dat de overheid van haar burgers is. Die druk op legitimatie kan ook ontstaan als nadere normering van maatwerk door beleidsregels, protocollen en digitale tools uitblijft. Wordt het maatwerk geleverd door ‘de professional’, zonder duidelijke regels en randvoorwaarden, dan bestaat het gevaar dat geen entiteit binnen de overheid nog daadwerkelijk verantwoordelijkheid moet nemen voor het gevoerde overheidsbestuur. De wetgever volstaat met kaderwetgeving, in algemeen verbindende voorschriften staan nauwelijks criteria voor toekenning van voorzieningen en de uitvoerende instanties kunnen de

²³ Brenninkmeijer e.a. *NJB* 2019/2051, p. 2428.

²⁴ Zoals ook de Raad van State constateert in Ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, 31 augustus 2018 (Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557), p. 6-7.

²⁵ Van Eck 2018. In dit onderzoek blijkt dat de gebruikte beslisregels bij geautomatiseerde besluitvorming simpelweg niet beschikbaar zijn in een vorm die inhoudelijk onderzoek mogelijk maakt. Onzichtbaarheid speelt ook bij de doorwerking van geautomatiseerde ketenbesluiten.

inhoudelijke beoordeling overlaten aan ‘de deskundige’. Meer maatwerk kan potentieel leiden tot ondoorzichtig en ongenormeerd bestuur.

Deze achterliggende vraagstukken en het idee dat er wellicht ook een teveel aan maatwerk kan zijn, wordt voor nu in het achterhoofd gehouden. Eerst is van belang de (juridische) knelpunten en de bestaande mogelijkheden voor meer maatwerk goed in beeld te krijgen. In het eindrapport zal de fundamentele vraag naar de rol van maatwerk voor het functioneren van het bestuursrecht en in relatie tot de legitimiteit van overheidsbestuur expliciet in de analyse betrokken.

1.4. Leeswijzer

De opbouw van dit rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt begonnen met een inventarisatie van wat hierboven is geïntroduceerd als procedureel maatwerk, en de knelpunten daarbij. Na een weergave van enkele ontwikkelingen die bij het beoordelen van deze knelpunten een rol spelen, worden verschillende algemene juridische knelpunten van een toelichting voorzien. Eveneens onder verwijzing naar de relevante literatuur wordt vervolgens de ‘maatwerkketen’ doorlopen om op die manier een gestructureerd overzicht te krijgen van de ruimte voor maatwerk zoals die bestaat in besluitvormings- en bezwaar- en beroepsprocedures. Ook ruimte die er wel is, maar niet of niet altijd wordt benut, zal worden belicht.

Hoofdstuk 3 vervolgt met een discussie van maatwerk in materiële zin. De opbouw van dit hoofdstuk is grotendeels vergelijkbaar, al wordt bij de bespreking van specifieke mogelijkheden niet aangesloten bij de ‘chronologische’ maatwerkketen. In plaats daarvan worden de mogelijkheden voor het bieden van maatwerk besproken aan de hand van de bestaande discretionaire ruimte en aldus met de nadruk op de primaire besluitvorming. Nagegaan wordt hoe in geval van beslissingsruimte maar ook daar waar een gebonden bevoegdheid aan de orde is, een zo veel mogelijk passende oplossing kan worden gevonden. De gevonden mogelijkheden en beperkingen worden gezien in het licht van de Awb maar ook in een context van praktische obstakels en technologische innovaties geplaatst.

Hoofdstuk 4 biedt illustratie en inspiratie, door twee deelthema’s nader uit te lichten. Het betreft het omgevingsrecht en de decentralisaties in het sociaal domein. Door de verschillende maatwerkmogelijkheden en de bijbehorende knelpunten te koppelen aan ontwikkelingen en ervaringen op deze terreinen, ontstaat een levendiger beeld van de bestaande dilemma’s maar ook van hoe deze zouden kunnen worden aangepakt. Met deze focus wordt zeker niet getracht het onderwerp van onderzoek te beperken tot genoemde terreinen; veel meer dient dit hoofdstuk ter inspiratie en als reality-check.

In hoofdstuk 5 worden de verschillende onderzoeksbevindingen bijeengebracht en wordt de balans opgemaakt: waar liggen de meeste problemen en kansen, en hoe kan op basis hiervan worden gezocht naar oplossingen? De conclusies van deze fase van het onderzoek zullen het uitgangspunt vormen voor het eindrapport, waarin een bredere analyse en de zoektocht naar oplossingsrichtingen centraal zullen staan.

2. Procedurele Aspecten

2. Procedurele aspecten van maatwerk

2.1. Inleiding

In deze paragraaf zal worden geïnventariseerd welke juridische knelpunten in de praktijk bestaan voor bestuursorganen om maatwerk in procedurele zin te bieden. Daartoe zullen wij eerst kort een aantal algemene ontwikkelingen schetsen die maatwerk in procedurele zin bevorderen dan wel bemoeilijken en vervolgens chronologisch de maatwerkketen afgaan om de eventuele knelpunten per onderdeel te kunnen bezien. Hierbij wordt bij wijze van vooruitblik naar het einderapport waar mogelijk al kort ingegaan op oplossingsrichtingen die in de literatuur geboden worden.

2.2. Achtergrond

2.2.1. *Maatwerk in procedurele zin*

In de afgelopen jaren wordt zowel door de wetenschap als de rechtspraak steeds meer vanuit een extern perspectief gekeken naar de wijze waarop de overheid zich in haar besluitvormingsprocedures opstelt richting burgers. In plaats van de vraag of bestuurshandelen vanuit bestuursrechtelijk perspectief rechtmatig is, wordt steeds meer gekeken hoe burgers bestuurshandelen ervaren en of het hen daadwerkelijk verder helpt met de problemen en hulpvragen waarmee zij zich tot de overheid richten. Het beeld dat daaruit opkomt, wordt in het algemeen niet als positief ervaren. Procedures zijn lang en ingewikkeld, ambtenaren stellen zich soms formalistisch op en burgers gaan vaak ‘onderuit’ omdat zij het spel niet volgens de spelregels spelen. Uit het rapport van de WRR *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid*, blijkt dat de overheid te hoge eisen stelt aan de zelfredzaamheid en het ‘doenvermogen’, waardoor burgers tussen wal en schip vallen.²⁶ Door meerdere auteurs wordt daarom bepleit om beter aan te sluiten bij een realistisch burgerperspectief.²⁷ In reactie op het WRR-rapport en op andere rapporten, heeft ook de regering laten weten hierop in te willen zetten.²⁸ In dit kader zijn inmiddels meerdere projecten uitgerold, zoals het project Passend Contact met de Overheid, het programma Mens Centraal en de regieraad Responsieve Overheid.

Hoewel burgers uiteindelijk graag *inhoudelijk* geholpen willen worden, is het eindresultaat vaak afhankelijk van de procedure die zij moeten doorlopen voordat de overheid daadwerkelijk rechten of plichten kan toekennen. Als burgers blijven steken in het aanvraagproces, zullen zij uiteindelijk ook niet kunnen krijgen waar zij recht op hebben. Vanuit

²⁶ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017.

²⁷ Damen 2019, 121 e.v.; Scheltema *NTB* 2019/24, p. 247 e.v. Zie ook Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 7.

²⁸ Kamerstukken II 2017/18, 34 775 VI, nr. 88 (Kabinetsreactie WRR-rapport *Weten is nog geen doen*).

maatwerkperspectief is daarom een belangrijke vraag hoe de procedure zo kan worden ingericht dat de mogelijkheid tot het bieden van maatwerk in materiële zin ontstaat. Maar procedureel maatwerk is ook belangrijk in gevallen waar geen behoefte aan materieel maatwerk bestaat: ook als de burger ‘gewoon’ een standaardbeschikking nodig heeft, kan de procedure hem daar in meer of mindere mate toe leiden. Daarnaast is er steeds meer aandacht voor de inherente waarde van goed ingerichte procedures en een goede bejegening door de overheid. We hebben het dan over procedurele rechtvaardigheid. Burgers die behoorlijk worden bejegend hebben meer vertrouwen in de overheid en zullen zich uiteindelijk ook beter kunnen neerleggen bij het uiteindelijke resultaat.²⁹ In deze paragraaf wordt daarom integraal bekeken welke juridische verplichtingen en knelpunten bestaan voor bestuursorganen om zich bij het inrichten en doorlopen van hun besluitvormingsprocedures zo op te stellen dat dit de individuele burger verder helpt.

2.2.2. Algemene normering

In de Awb zijn veel specifieke procedurele bepalingen neergelegd die het bestuursorgaan in acht moet nemen in zijn besluitvormingsprocedure. Sommige daarvan dragen expliciet bij aan procedureel maatwerk, zoals de verplichting om te horen in bezwaar of om de aanvrager te vragen een onvolledige aanvraag aan te vullen. Soms leveren bepaalde procedurele bepalingen ook knelpunten op, zoals de verplichting tijdig te beslissen. In dit hoofdstuk wordt waar relevant op dit soort specifieke bepalingen ingegaan.

Zorgvuldigheid en motivering

Ook waar de Awb geen specifieke bepaling bevat, kan het bestuursrecht van het bestuursorgaan vragen om procedureel maatwerk te bieden. Zo bevat het bestuursrecht een aantal procedurele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel de belangrijkste zijn. Deze beginselen kunnen door de rechter worden aangegrepen om het handelen van een bestuursorgaan in het algemeen te beoordelen, of soms zelfs om algemene normen uit af te leiden. Op grond van artikel 3:2 Awb dienen bestuursorganen zich in hun handelen zorgvuldig op te stellen en de relevante informatie over de feiten en de af te wegen belangen te vergaren. In die zin verlang het zorgvuldigheidsbeginsel ook maatwerk: de informatie moet op het specifieke geval worden verzameld.³⁰ Daarnaast wordt het zorgvuldigheidsbeginsel nog wel eens als paraplubeginsel aangewend om andere belangrijke procedurele beginselen onder te ontwikkelen. Voor het maatwerkperspectief is bijvoorbeeld het beginsel van *fair play* relevant, dat door de bestuursrechter voorsnog vooral onder het zorgvuldigheidsbeginsel is ontwikkeld. De Moor-van Vugt geeft aan dat dit beginsel het laten

²⁹ Zie voor een onderzoek naar PCMO en ervaren procedurele rechtvaardigheid PCMO 4 2013; Van den Bos e.a. 2014. Vgl. ook Verburg 2019, p. 33-46 en Brenninkmeijer 2019, p. 46, over de relatie tussen vertrouwen en procedurele rechtvaardigheid.

³⁰ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 32-33.

zien van ‘bestuursfatsoen’ vereist, waarbij de overheid de burger niet mag tegenwerken in de mogelijkheid zijn procedurele kansen te benutten en geen ‘procedurele trucen’ mag uithalen.³¹

Daarnaast bestaat een flink aantal beginselen dat nog niet is uitgegroeid tot volwaardige rechtsbeginselen van bindende aard, maar wel richting geeft aan toekomstige ontwikkelingen in het kader van procedureel maatwerk.

Het dienstbaarheidsbeginsel

Het dienstbaarheidsbeginsel heeft een Europese achtergrond (hoewel ook in de EU (nog) niet bindend), waar het Parlement het heeft opgenomen in de resolutie betreffende de Europese Wet bestuursprocesrecht. Dit beginsel houdt in dat de overheid ‘moet proberen de burger te begeleiden, te helpen en van dienst te zijn, te ondersteunen en vriendelijk en beleefd te bejegenen en dus omslachtige en langdurige procedures moet vermijden, waardoor zowel de burger als de ambtenaar tijd en moeite wordt bespaard.’³² Dit beginsel is in de Nederlandse rechtspraak nog niet erkend als zelfstandig werkend rechtsbeginsel. Wel bemerkte Ortlep in meerdere annotaties het beginsel in een aantal uitspraken van de CRvB en het CBb.³³ Zo moeten bestuursorganen de vraag of belanghebbenden gronden van bezwaar aandragen in een vermeend bezwaarschrift ruim opvatten en kunnen zij niet zomaar een bezwaarschrift niet-ontvankelijk verklaren omdat een handtekening ontbreekt, terwijl overduidelijk is van wie het afkomstig is.³⁴ Hier zien we een specifieke uitwerking van het beginsel, namelijk dat bestuursorganen zich niet formalistisch moeten opstellen bij het beoordelen van communicatie van burgers, maar deze moeten duiden naar hun juridische strekking.³⁵ In Ortlep’s woorden: ‘Bij onduidelijkheid over de bedoelingen van een burger moet het bestuursorgaan daar gewoon naar vragen’.³⁶ In de toekomst zou dit beginsel nog meer procedurele vraagstukken kunnen bestrijken. Schlössels vraagt zich dan ook af of de codificatie van een dergelijk beginsel in de Awb, als algemene opdracht aan het bestuur, een waardevolle toevoeging zou kunnen zijn.³⁷ Dit beginsel sluit goed aan bij de algemene ontwikkeling naar een meer responsief bestuursrecht.

³¹ De Moor-van Vugt 2019, 402.

³² Zie resolutie (2012/2024(INI)). Zie over het dienstbaarheidsbeginsel ook Den Ouden 2019, p. 10/11.

³³ Zie bijvoorbeeld CRvB 5 april 2018, ECLI:CRVB:2018:1006, AB 2018/197, m.nt. R. Ortlep; CBb 26 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:307, AB 2018/295, m.nt. R. Ortlep.

³⁴ CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:414, m.nt. R. Ortlep; CRvB 10 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:128, m.nt. R. Ortlep.

³⁵ Damen *NTB* 2020/2, p. 15-16.

³⁶ ABRvS 21 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1638, AB 2017/311, m.nt. R. Ortlep.

³⁷ Schlössels *Gst.* 2016/20, 101.

Artikel 2:1 Awb

Met de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer zal afdeling 2.3 van de Awb gewijzigd worden, onder andere door invoeging van artikel 2:1 Awb, luidend: ‘Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan.’ Hoewel dit wetsvoorstel is ingediend in het licht van de toenemende digitalisering van de overheid, staat deze zorgplicht los van digitalisering en geldt deze dus voor al het bestuurlijk verkeer.³⁸ Hoewel dit artikel niet expliciet in het licht van het dienstbaarheidsbeginsel wordt geplaatst, zien we hier duidelijk een vorm van ‘dienstbaar bestuur’. Het wetsvoorstel gaat uit van het ‘burgerperspectief’. Of in de woorden van de wetgever: ‘Het centraal stellen van behoeften van burgers en bedrijven brengt mee dat de overheid een verantwoordelijkheid heeft om hen hulp te geven in hun contact met de overheid; deze hulp zou zich niet moeten beperken tot degenen die – om welke reden dan ook – moeite hebben met digitalisering. Daarom voorziet het wetsvoorstel in een algemene zorgplicht tot bij de doelgroep passende ondersteuning bij overheidscommunicatie, waarbij de invulling, vormgeving en differentiatie binnen de doelgroep aan bestuursorganen worden gelaten.’³⁹ De Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer treedt naar verwachting in 2021 in werking.

Het recht om fouten te maken

Een ander ‘beginsel’ dat volop in ontwikkeling is, is het door het Franse recht geïnspireerde recht om fouten te mogen maken. Dit recht ligt in het verlengde van het dienstbaarheidsbeginsel, omdat ook dit recht de vraag stelt hoe de overheid burgers benadert. Indien de overheid burgers wantrouwt en bijvoorbeeld achter iedere verkeerde informatieverstrekking een fraudeur ziet, verhindert dit maatwerk, omdat ambtenaren zich verschuilen achter hun mogelijkheden om sancties toe te passen of aanvragen af te wijzen. Door de Franse ‘vergiswet’ kent de CRPA (Code des relations entre le public et l’administration) nu een titel ‘Recht op herstel van een vergissing’, die stelt dat burgers te goeder trouw minimaal één keer een regel over het hoofd mogen zien of een inhoudelijke vergissing mogen begaan bij het beschrijven van zijn situatie. Door meerdere auteurs wordt bepleit dit ook in Nederland in te voeren.⁴⁰ Dit kan door een expliciete bepaling, maar bijvoorbeeld ook door zorgvuldigheid, vertrouwen en evenredigheid op een analoge manier in te vullen.⁴¹

Het vertrouwensbeginsel en betrouwbaarheid

³⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 3.

³⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 7.

⁴⁰ Damen *NTB* 2020/2, p. 7; Barkhuysen *NJB* 2018/819.

⁴¹ Ook de staatssecretris van Binnenlandse Zaken zet, aan de hand van het advies van de landsadvocaat, meer in op gebruik van de bestaande mogelijkheden dan codificatie. Zie brief van Staatssecretaris van BZK aan de colleges van B&W van 21 oktober 2019, *Vergissingen herstellen in de uitvoering* (2019-0000516981).

Waar het recht om fouten te maken gaat over de vraag of de overheid burgers vertrouwt, is een andere belangrijke vraag of burgers de overheid kunnen vertrouwen. De bestuursrechtjurist denkt hier gelijk aan het vertrouwensbeginsel, dat inhoudt dat gerechtvaardigde verwachtingen die zijn opgewekt in bijvoorbeeld toezeggingen moeten worden gehonoreerd. Dit beginsel, dat vroeger streng wordt toegepast, is momenteel aan een verandering onderhevig, waarbij steeds meer naar het burgerperspectief gekeken wordt (zie par. 3.4.1). Tegelijkertijd is het vertrouwensbeginsel de juridisch-bindende uitwerking van de bredere vraag of de overheid betrouwbaar is.⁴² Ook de Nationale ombudsman werkt met het toetsingscriterium betrouwbaarheid.⁴³ Ook als toezeggingen of informatie op algemene websites momenteel niet tot bindende verplichtingen voor de overheid kunnen leiden, zou een responsieve overheid in het algemeen moeten streven naar betrouwbaarheid, bijvoorbeeld in het verstrekken van informatie.⁴⁴ Tegelijkertijd wordt vaak gesignaleerd dat de overheid helemaal niet betrouwbaar is, en dat de overheid bovendien met meer ‘wegkomt’ dan wat zij zelf vereist van burgers. Zo moeten burgers vaak alle relevante informatie op orde hebben en aanleveren, terwijl zij wel altijd oplettend moeten zijn bij overheidsinformatie en er zelfs vanuit moeten gaan dat overheidsinformatie soms onjuist is.⁴⁵ Ook hier is het recht volop in ontwikkeling, mede naar aanleiding van kritiek vanuit de praktijk en literatuur. Zie bijvoorbeeld de volgende overweging van de rechtbank Overijssel (in een civiele zaak): ‘(U)itgangspunt toch mag zijn dat informatie afkomstig van de gemeente, niet per definitie gewantwoord moet hoeven worden.’⁴⁶ Damen formuleert een aantal ‘vuistregels’ voor bestuursorganen ter invulling van betrouwbaar bestuur, die zien op heldere informatieverstrekking, vastlegging bewijs en kwaliteit van besluitvorming. Een onderdeel hiervan is een realistisch verwachtingenmanagement, waarbij tijdens de procedure helder gecommuniceerd wordt wat er verwacht kan worden, waarmee tevens de noodzaak van procedures bij de rechter vermindert.⁴⁷

2.2.3. Digitalisering en knelpunten

Hoewel bovenstaande ontwikkelingen lijken te vragen om een persoonlijke en open opstelling, waarbij wordt gekeken waar de individuele burger behoefte aan heeft, staat deze behoefte aan maatwerk ook steeds meer onder druk door automatisering/digitalisering.⁴⁸ Hoewel digitalisering zowel vanuit een behoefte van burgers aan digitale dienstverlening en vanuit het

⁴² Damen 2018, p. 13-16.

⁴³ Zie Nationale Ombudsman, *Behoorlijkheidswijzer*.

⁴⁴ Zie in vergelijkbare zin Scheltema *NTB* 2019/24, p. 251.

⁴⁵ Damen 2018, 22. Zie CRvB 18 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:929, AB 2015/284, m.nt. Damen, door Damen het verhaal van ‘De onvoldoende nieuwsgierige Russische student’ genoemd.

⁴⁶ Rechtbank Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3126, r.o. 4.4.3.

⁴⁷ Damen 2018, 94.

⁴⁸ Zoals uitgebreid aan de orde gesteld in Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018. Zie ook Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 10.

oogpunt van kostenbesparing te verklaren valt, levert zij soms ook problemen voor maatwerk op.⁴⁹

Een gedeelte van deze problematiek ziet op het ontbreken van de mogelijkheid tot inhoudelijk of materieel maatwerk. Bij geautomatiseerde besluitvorming wordt getracht de werkelijkheid terug te brengen tot een beslisboom waarbij de burger moet kiezen tussen ‘ja’ of ‘nee’. De werkelijkheid is echter vaak complexer dan (nu nog) in een computermodel kan worden geprogrammeerd. Hierdoor kan maatwerk in de knel komen als niet meer buiten het computermodel om gewerkt wordt. In het volgende hoofdstuk zal bekeken worden wanneer toch afgeweken kan of moet worden.

Een andere belangrijke vraag is hoe de besluitvormingsprocedure zo kan worden ingericht dat de behoefte aan efficiënte besluitvorming kan worden gecombineerd met behoud van de mogelijkheid tot het bieden van maatwerk. Hierbij kunnen een aantal knelpunten worden gesignaleerd, waartoe in het eindrapport enkele oplossingsrichtingen zullen worden verkend.

- *Gebrek aan menselijke tussenkomst.* Door digitalisering is het contact met de overheid steeds minder te herleiden tot een daadwerkelijk ‘mens van vlees en bloed’. Dit kan er soms toe leiden dat de burger verzandt in een automatiseringsdoolhof, waar een frisse menselijke blik zo ziet wat er nodig is, bijvoorbeeld het toepassen van een uitzondering. Het Nederlandse bestuursrecht bevat geen algemeen recht op menselijk contact, al volgt dit soms wel uit bijvoorbeeld de hoorplicht.⁵⁰ Wel bevat de AVG een algemeen verbod op geautomatiseerde besluitvorming zonder menselijke tussenkomst (artikel 22 lid 1 AVG), maar staat hierop uitzonderingen met een wettelijke grondslag toe. Artikel 40 Uitvoeringswet AVG geeft hier vervolgens een dergelijke (zeer algemene uitzondering op). Het zou immers in de moderne tijd niet meer denkbaar of haalbaar zijn om elke beschikking met menselijke tussenkomst af te handelen. De Raad van State adviseert daarom om meer werk te maken van het recht op toegang tot de overheid, dat veel meer dan een formeel vormvereiste, materiële eisen stelt aan ‘zinnig contact’.⁵¹ Zowel de Raad van State als de landsadvocaat constateren echter dat er in ieder geval in de bezwaarfase sprake moet zijn van een materiële en daarmee menselijke heroverweging (zie par. 2.4.4).⁵²
- *Op welk moment in de procedure is er ruimte voor maatwerk?* Hoewel geautomatiseerde besluitvorming een vaststaand feit is, kan er soms behoefte of zelfs een juridische verplichting bestaan tot een uitzondering in de vorm van materieel maatwerk. Een relevante vraag is dan *wanneer* dit maatwerk geboden moet worden. Het rapport *Regels en Ruimte* signaleert dat veel uitvoeringsorganisaties ervoor kiezen om in de primaire

⁴⁹ ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 6.

⁵⁰ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 36-37.

⁵¹ Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018, p. 23.

⁵² Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018, p. 17, Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 36-37.

besluitvormingsfase iedereen op uniforme en digitale wijze te behandelen en pas in de bezwaarfase een eventuele individuele heroverweging aan te bieden en beveelt aan maatwerk meer ‘naar de voorkant’ te halen. Ook de regering geeft aan dit belangrijk te vinden.⁵³ Een belangrijke vraag is echter hoe dit vormgegeven kan worden met behoud van efficiëntie voor het merendeel van de gevallen. Duidelijk is immers dat niet alle besluiten, zoals toeslagen en verkeersovertredingen, met menselijk maatwerk genomen kunnen worden.⁵⁴ Moeten alle digitale aanvraagformulieren een knop ‘anders’ of ‘ik heb maatwerk nodig’ bevatten? Of valt dan te voorzien dat iedereen hierop zal klikken? Of is het zinniger om criteria op te stellen om vast te stellen welk type besluiten niet automatisch tot stand kan komen?⁵⁵ De landsadvocaat adviseert om in een praktisch experiment een digitale tool te ontwikkelen voor het identificeren van maatwerkgevallen, met behulp van algoritmes.⁵⁶

- *Ondoorzichtigheid en foutgevoeligheid systemen.* Door digitalisering wordt vaak minder duidelijk waar uiteindelijke besluiten op gebaseerd zijn: ambtenaren weten vaak niet hoe invoergegevens zich vertalen naar eindbesluiten, omdat alleen degenen die de software hebben ontwikkeld dat weten.⁵⁷ Op grond van jurisprudentie zijn bestuursorganen verplicht om de gebruikte gegevens en aannames toegankelijk te maken,⁵⁸ maar dat zal in de praktijk vaak moeilijk zijn: het besluit is vaak een *black box*.⁵⁹ Ook zijn geautomatiseerde systemen vaak aan elkaar gekoppeld in *ketens* van overheidsorganisaties en is een later besluit afhankelijk van de invoer van eerdere besluiten. Als aan het begin van de keten een fout gemaakt wordt, werkt dit vaak door in de gehele geautomatiseerde besluitvorming, waar het moeilijk is deze gegevens nog als fout te herkennen.⁶⁰ Bovendien blijkt het voor bestuursorganen lastig om uit eigen beweging fouten in complexe systemen te ontdekken of recht te zetten.⁶¹ Zo staat veel juristen die zich met geautomatiseerde besluitvorming bezighouden de vrij ongelukkige ‘fietsenrekcasus’ nog wel bij: trajectcontroles hadden auto’s met fietsenrekken beboet als auto’s met aanhanger, omdat zij te lang waren. Het lukte de Minister echter niet om de onterechte boetes uit eigen beweging te corrigeren: dat kon alleen via beroep bij de bestuursrechter.⁶² Dit alles betekent dat de verantwoordelijkheid voor het corrigeren

⁵³ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 775 VI, nr. 88 (Kabinetsreactie WRR-rapport *Weten is nog geen doen*), p. 5. Zie ook het nadere onderzoek dat op dit moment wordt gedaan naar de uitvoering, ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse 2020*.

⁵⁴ Raad van State, *Effecten van Digitalisering 2018*, p. 17.

⁵⁵ Zoals de Raad van State voorstelt in Raad van State, *Effecten van Digitalisering 2018*, p. 17.

⁵⁶ Pels Rijcken, *Praktische experimenten 2020*.

⁵⁷ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb 2019*, 13.

⁵⁸ Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (Stichting Werkgroep Behoud de Peel), ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454.

⁵⁹ Zie over *black-box* besluiten en rechtsbescherming Van Amerongen & Schuurmans, p. 177-188.

⁶⁰ Raad van State, *Effecten van Digitalisering 2018*, p. 13-15, Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb 2019*, p. 11.

⁶¹ Van Eck 2018, p. 21.

⁶² *Kamerstukken II 2013/14*, 29 398, nr. 390, bijlage.

van fouten soms bij belanghebbenden komt te liggen, terwijl het voor hen ook steeds moeilijk wordt om fouten aan te tonen.⁶³

- *Digitale en informationele vaardigheden.* Bij het ontwikkelen van de geautomatiseerde besluitvorming wordt vaak ten onrechte uitgegaan van de zelfredzame en goed geïnformeerde en digitaal vaardige burger, terwijl lang niet iedereen digitaal vaardig is.⁶⁴ Bij veel gedigitaliseerde diensten wordt de burger bovendien verantwoordelijk gemaakt voor de invoer van correcte data, waarbij het bestuursorganen niet of weinig controleert of die gegevens kloppen. Het systeem legt zo een grote bewijslast bij de burger en een zeer licht ingevulde zorgvuldigheidsplicht bij het bestuursorgaan.⁶⁵ Bij achteraf gebleken fouten kan de burger met grote terugvorderingen worden geconfronteerd, zoals de terugvorderingsproblematiek bij de Kinderopvangtoeslag illustreert. Maatwerk vergt inzicht in de individuele situatie van de burger (waarvoor vaak ook een groot aantal persoonsgegevens nodig is). Leidt 'geautomatiseerd maatwerk' ertoe dat een zeer grote bewijslast bij de burger wordt gelegd, dan kan maatwerk een zware last voor hem zijn, waarvoor zowel bepaalde cognitieve capaciteiten nodig zijn, als een behoorlijk doenvermogen.⁶⁶
- *Kwaliteit van ICT binnen de overheid.* Bij de beschrijving van rechtsbeschermingsperikelen bij digitale toepassingen wordt vaak aandacht besteed aan de beperkte digitale vaardigheden van de burger. Minstens zo belangrijk zijn de beperkte digitale vaardigheden van overheidsinstanties zelf, wat ertoe kan leiden dat digitale besluitvormingssystemen intransparant en van gebrekkige kwaliteit zijn, waarbij ambtenaren die ermee moeten werken niet bekend zijn met de programmeerregels en de foutmarges binnen het systeem en de instanties niet in staat zijn gebreken in het ontwerp van het systeem aan te passen.⁶⁷ Maatwerk leveren binnen een deels gedigitaliseerd beslissysteem stelt ook flinke eisen aan de kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid van dat systeem, waarbij duidelijk moet zijn welke informatie is ingevoerd, welk (numeriek) gewicht aan die informatie is toegekend en welke bevindingen zo nodig handmatig moeten worden bewerkt en van een toelichting moeten worden voorzien om tot een rechtmatig en passend individueel besluit te komen.⁶⁸ Een enigszins inzichtelijk en gebruiksvriendelijk systeem is ook nodig om een burger zijn procesrechten volwaardig uit te kunnen laten oefenen. Zonder dat zal hij niet snel zicht krijgen op een onjuiste informatieverwerking door het systeem, resulterend in een besluit dat niet op zijn werkelijke situatie aansluit.

⁶³ Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 2018, p. 7.4, Van Eck 2018, p. 106, 218; Jorna 2009, p. 247-248.

⁶⁴ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 7.

⁶⁵ Zie Tollenaar 2019, p. 722-724 over de veranderende verhouding in informatieverplichtingen tussen overheid en burger. Zie ook Raad van State, *Effecten van Digitalisering* 208, p. 7.

⁶⁶ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, p. 135.

⁶⁷ Zie de vernietigende conclusies in het eindrapport van het Parlementair onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid, *Kamerstukken II* 2014/15, 33 326, nr. 5.

⁶⁸ Zie Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 175-196.

Tegelijkertijd kan digitalisering soms juist ook een belangrijk instrument zijn om meer maatwerk te kunnen leveren. Zo kan het gebruik van algoritmes er ook toe leiden dat individuele gevallen juist beter worden ingedeeld op hun specifieke kenmerken.⁶⁹ In het rapport *Regels en Ruimte* wordt onder meer de suggestie gedaan dat bezien moet worden in hoeverre ‘massa-maatwerk’ mogelijk is waarbij door middel van een gedifferentieerde benadering (portalen) onderscheid gemaakt kan worden binnen de doelgroep.⁷⁰ Dit onderscheid kan zowel zien op de inhoudelijke kenmerken, maar bijvoorbeeld ook op digitale vaardigheden. Tegelijkertijd lost dit zeker niet alle knelpunten op, omdat door het bieden van ‘massa-maatwerk’ in een geautomatiseerd systeem door classificatie en differentiatie van massa-maatwerk, dit systeem steeds afhankelijker zal worden van de ingevoerde informatie en de foutmarge en bewijslasten op de burger dus ook zullen toenemen. Binnen geautomatiseerde systemen kan de roep tot maatwerk dus juist tot een verslechterde informatiepositie van burgers leiden.

2.2.4. De rol van deskundigen

Om aan de zorgvuldigheidsplicht of onderzoeksplicht te voldoen, kan het nuttig en zelfs noodzakelijk zijn om een deskundige te betrekken bij de besluitvorming. Dit is het geval als de (feitelijke) materie waarop het besluit wordt gebaseerd complex is en vraagt om een beoordeling op basis van een specifieke deskundigheid. Een deskundige betrekken kan op verschillende manieren. De deskundige kan als adviseur betrokken zijn of als mandaatnemer het besluit nemen. De deskundige kan ingebed zijn in de organisatie of extern betrokken worden. De deskundige kan structureel of ad hoc betrokken zijn. Een duidelijk voorbeeld waar regelgeving aangeeft dat specifieke deskundigheid nodig is en waar deskundige adviseurs structureel zijn ingebed in de organisatie, is de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling van het UWV.⁷¹ In veel andere gevallen maakt regelgeving alleen niet zo duidelijk of en welke deskundigheid nodig is.⁷² Dan komt het meer aan op de inschatting van het bestuursorgaan.

De inzet van deskundigheid kan op twee ‘niveaus’ bijdragen aan de mogelijkheden voor maatwerk: de individuele beoordeling zelf kan altijd door een deskundige worden gedaan of een deskundige kan als poortwachter beoordelen of maatwerk moet worden geboden of dat een meer standaardaanpak volstaat. Als ervoor is gekozen om elk individueel geval door een deskundige te laten beoordelen, wordt bij de individuele beoordeling tot op zekere hoogte maatwerk verlangd. De deskundige moet dan ook in een bepaalde mate (professionele) ruimte

⁶⁹ Anne Meuwese in Kromhout & Marseille *NTB* 2018/60, p. 379.

⁷⁰ ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 21, p. 46.

⁷¹ Zie ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 25-29 over de UWV. In het schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten wordt erkend dat een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling moet worden gebaseerd op een verzekeringsgeneeskundige beoordeling en een arbeidsdeskundige beoordeling. Art. 2 lid 1 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten

⁷² Dat is overigens niets nieuws, zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 21.

krijgen om te beoordelen. Hoewel dit een vorm van materieel maatwerk is, die in par. 3.4.3 nader aan de orde komt, stelt de (mogelijke) inzet van deskundige ook procedurele eisen aan het bestuursorgaan. Zo vergt de zorgvuldigheidsplicht dat het bestuursorgaan allereerst beoordeelt hoe een zorgvuldige voorbereiding eruit moet zien, waaronder of een deskundige moet worden betrokken en hoeveel ruimte aan deze deskundige moet worden toegekend. In veel grote uitvoeringsorganisaties, zoals het UWV, zal dit uiteindelijk zijn ingebed in de organisatie, maar soms vereist dit een individuele keuze. Daarnaast stelt het bestuursrecht (procedurele) eisen aan de kwaliteit van het deskundigenoordeel dat bestuursorganen gebruiken. Het bestuursorgaan blijft immers juridisch verantwoordelijk voor het besluit dat op het deskundigenadvies wordt gebaseerd of voor het besluit dat door een beroepskracht in mandaat wordt genomen.⁷³ Binnen die verantwoordelijkheid moet het bestuursorgaan ervoor zorgen dat de deskundige in zijn onderzoek aan de procedurele vereisten voldoet, die voor het bestuursorgaan gelden. Bij het inzetten van een deskundigenadvies geldt bijvoorbeeld een juridische verplichting, genaamd de vergewisplicht, om zich ervan te vergewissen of de deskundige wel deskundig en onpartijdig is; het (deskundigen)onderzoek zorgvuldig is geweest en het rapport inzichtelijk en consistent is.⁷⁴ De realiteit is echter dat een bestuursorgaan vaak maar tot op zekere hoogte kan nagaan of dit het geval is, omdat het zelf niet deskundig is.⁷⁵

Ook kan de deskundige ingezet worden nog voordat de individuele beoordeling plaatsvindt: de deskundige kan aan de voorkant beoordelen welke gevallen vragen om maatwerk en welke met een meer standaardoplossing kunnen worden geholpen. Dit kan bijdragen aan meer maatwerk in procedurele zin. Zo zijn gemeenten in het sociaal domein op zoek naar manieren om procedures in te richten op een manier die flexibel en efficiënt is. Ook op dit terrein is niet altijd duidelijk welke deskundigheid nodig is voor welke beslissingen. Een van de discussies die hier spelen is de vraag of aan de voorkant meer specifieke expertise beschikbaar moet zijn die als poortwachter kan functioneren tot o.a. jeugdhulpvoorzieningen.⁷⁶ Op die manier zou aan de voorkant gedifferentieerd kunnen worden welke aanpak de hulpvraag nodig heeft: een integrale maatwerkaanpak of een meer standaardoplossing. Het streven is dat de burger duidelijk weet waar hij/zij heen kan en vanuit dat startpunt daar hij/zij in de passende procedure terecht komt.

⁷³ Zie hierover bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom 2017, p. 711.

⁷⁴ Opgenomen in art. 3:9 Awb voor wettelijk verplichte externe adviseurs, maar via de jurisprudentie ook ingelezen in art 3:2 Awb voor *alle* adviseurs. Zie ook uitgebreid I. Ouwehand 2019, p 13.

⁷⁵ Bijvoorbeeld Koenraad 2017, p. 93.

⁷⁶ In het kader van de Jeugdwet: Friele e.a. 2019, p. 18.

Concrete knelpunten bij het inzetten van deskundigen zijn hiernaast:

- Vaak is in regelgeving niet (volledig) duidelijk of een deskundige nodig is en welke deskundigheid dan nodig is.
- Op lang niet elk terrein bestaan manieren om betrouwbare van niet- betrouwbare deskundigen te onderscheiden of zijn beroepsgroepen niet (sterk) georganiseerd.
- Deskundigenbeoordelingen kosten veel tijd en geld; er is niet altijd voldoende capaciteit aan (voldoende juiste) deskundigen.
- Streven naar integraliteit en differentiatie botsen regelmatig met bestaande (verkokerde) systemen en oude werkwijzen.

2.3. Algemene juridische knelpunten bij procedureel maatwerk

2.3.1. *Instelling ambtenaren: regelgericht of oplossingsgericht?*

Maatwerk vereist dat bestuursorganen zich bij hun handelen richten op de behoefte van de burger: zich responsief opstellen dus. Het recht geeft daar idealiter het handelingskader voor, maar in par. 1.4 kwam al naar voren dat het recht soms ook een tegengestelde werking kan hebben. Hoewel veel bestuursrechtelijke regels juist bedoeld zijn om burgers te helpen, kan het bestaan van de bezwaar- of beroepsgang er ook toe leiden dat ambtenaren zich bij het behandelen van aanvragen of bezwaarschriften al afvragen of deze ‘rechtsbeschermingsproof’ zijn (zie par. 2.4). Dit kan zich uiten in te veel vasthouden aan procedurevoorschriften, maar ook in dat er niet gekeken wordt of er misschien een inhoudelijke oplossing gevonden kan worden. Een formalistische opstelling kan er zo toe leiden dat er niet wordt gekeken naar wat de burger echt nodig heeft. Dit is een belangrijk kenmerk van wat Scheltema 2015 de ‘bureaucratische’ rechtsstaat noemt.⁷⁷

Bij een responsieve overheid past een andere opstelling: procedures laten aansluiten bij de behoefte van de burger. Een belangrijke stap in dit kader is het uitrollen van het programma Passend (vroeger Prettig) Contact met de Overheid, waarbij een informele en oplossingsgerichte houding voorop staat, bijvoorbeeld door eerst even te bellen bij een bezwaarschrift. Hoewel hier vaak over de ‘informele’ aanpak wordt gesproken, moet dit niet te scherp tegenover de formele inbedding van de procedure geplaatst te worden.⁷⁸ De formele regels scheppen belangrijke randvoorwaarden, maar behoren niet leidend te zijn.

Uit onderzoek blijkt dat deze aanpak in ieder geval in de bezwaarprocedures effectief is en leidt tot zowel een grotere waardering bij burgers als kostenbesparingen.⁷⁹ Tegelijkertijd blijkt dat veel overheidsorganisaties moeite hebben om deze aanpak daadwerkelijk te

⁷⁷ Scheltema *NTB* 2015/37.

⁷⁸ Rob, *Hoe hoort het eigenlijk?* 2014, p. 13.

⁷⁹ PCMO 2 2010, p. 167. De meta-analyse van Herweijer & Lunsing 2011 bevestigt dit. Zie over de relatie met procedurele rechtvaardigheid bovendien PCMO 4 2013; Van den Bos e.a. 2013.

implementeren.⁸⁰ Een belangrijke vraag is daarom hoe dit programma van papier ook tot in de praktijk kan doordringen. De Raad voor openbaar bestuur constateert dat dit onder andere zit in de vrijblijvendheid van de bottom-up aanpak op basis van vrijwilligheid en het gebrek aan een principiële keuze op Rijksniveau. Het is daarbij wel de vraag hoe een dergelijke centrale sturing moet worden vormgegeven. Hoewel niet ondenkbaar is dat dit kan leiden tot wettelijke verankering,⁸¹ moet men wel waken om de informele aanpak weer te veel in formele vereisten te gieten. Ook hier geldt dat professionaliteit en organisatiestructuur van groot belang zijn.⁸²

2.3.2. Rechtszekerheid

Een verandering naar een responsief en dienstbaar bestuur vereist dat bestuursorganen soms de strikte regels over termijnen of vormvereisten die het bestuursrecht voorschrijft ruim interpreteren of zelfs naast zich neerleggen. Tegelijkertijd zijn deze regels er niet voor niets en dienen zij ook de rechtszekerheid en de rechtsbescherming van andere partijen. Rechtszekerheid komt dan ook als overkoepelend knelpunt vaker terug, bijvoorbeeld bij termijnen of bij de formele rechtskracht. Een mogelijke oplossingsrichting, die in het eindrapport nader verkend zal worden, is het ‘bestuursrecht van twee gestrengheden’, dat Damen heeft ontwikkeld.⁸³ In rechtsgebieden met meerpartijenverhoudingen vraagt het bestuursrecht om strenge toepassing van de regels, waardoor iedereen weet waar hij aan toe is. In het geval van tweepartijenverhoudingen, en met name het financiële bestuursrecht, zou een dergelijke strengheid niet nodig zijn. In het eindrapport zal deze invalshoek meer integraal worden meegenomen bij het bekijken van mogelijke oplossingen.

2.3.3. Realistische burgerbeelden en gelijkheid

Een van de punten die uit alle bovenstaande ontwikkelingen naar voren komt, is dat bestuursorganen beter zouden moeten aansluiten bij de belevingswereld van burgers ‘in het echt’. Tegelijkertijd is niet elke ‘burger’ in elke situatie hetzelfde. Het WRR-rapport *Weten is nog geen Doen*, adviseert meer te differentiëren naar het ‘doenvermogen’ van burgers.⁸⁴ Maar vraagt responsief bestuur ook dat bestuursorganen zich aanpassen aan de situatie van de specifieke burger voor zich? En betekent dit dan dat bestuursorganen de brief van de ene burger wel en die van de andere niet als een aanvraag kwalificeren?⁸⁵ Of dat de ene burger recht heeft op meer begeleiding en informatie? Hoewel men kan betogen dat het gelijkheidsbeginsel juist

⁸⁰ Rob, *Hoe hoort het eigenlijk?* 2014, p. 13. Zie Wever *NJB* 2016/2289, p. 3246, die constateert dat de informele aanpak in bezwaar vooral nog op papier bestaat.

⁸¹ Zie brief Minister van BZK over bezwaarprocedure, *Kamerstukken II* 2010/11, 29 279, nr. 123, p. 4.

⁸² Raad voor het openbaar bestuur, *Hoe hoort het eigenlijk?* 2014, p. 9-10. Zie ook Kabinetsreactie *hoe Hoort het eigenlijk*, *Kamerstukken II* 34 300 VII, nr. 60, p. 6-7. Zie ook het onderzoek in het kader van het traject Werk aan uitvoering, dat inmiddels heeft geresulteerd in een eerste rapport ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse* 2020.

⁸³ Zie meest uitgebreid Damen *NTB* 2020/2.

⁸⁴ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, p. 29. Zie ook de bijbehorende ‘doenvermogenstoets’.

⁸⁵ Zoals Verheij zich afvraagt in Verheij *NTB* 2018/24, p. 157.

vereist dat ongelijke burgers in evenredige mate ongelijk worden behandeld,⁸⁶ levert dit duidelijk spanning met het gelijkheidsbeginsel op. Daarnaast vraagt dit veel extra inspanning van ambtenaren. Een mogelijke oplossingsrichting, die in het eindrapport nader verkend zal worden, is de inzet van ‘massamaatwerk’, waarbij per groep burgers of per type besluit kan worden gedifferentieerd.

2.3.4. Informatievoorziening, bewijslastverdeling en privacy

Een verandering naar responsief en dienstbaar bestuur vereist dat bestuursorganen actief op zoek gaan naar relevante informatie en de informatie van burgers op een burgervriendelijke manier interpreteren. Dit heeft gevolgen voor de bewijslastverdeling in de besluitvormingsfase. Momenteel wordt deze verdeling beheerst door de artikelen 3:2 en 4:2 Awb. Op grond van het zorgvuldigheidsvereiste van artikel 3:2 Awb moet het bestuursorgaan de relevante informatie vergaren. Op grond van artikel 4:2 Awb moet de aanvrager echter ook zelf de relevante informatie aanleveren. Dat is ook logisch, want de overheid kan niet zelf uitzoeken in welke situatie de burger precies verkeert.

Deze bewijslastverdeling levert niet direct problemen op voor meer maatwerk, maar zal wel aanpassingen vergen in de invulling daarvan. Enerzijds zal het bestuursorgaan de burger meer willen uitvragen op individuele omstandigheden. Zijn onderzoeksplicht uit artikel 3:2 Awb neemt in die zin toe, waaraan het bestuur vorm kan geven in keukentafelgesprekken, aanvraagformulieren, digitale portals of hoorzittingen. Het vergt een meer proactieve opstelling van het bestuursorgaan, wat mogelijk moet leiden tot een ruimere toepassing van de artikelen 4:7 en 4:8 Awb over het horen van betrokkenen bij de voorbereiding van het primaire besluit. De wens naar meer responsiviteit kan ook verlangen dat het bestuursorgaan verstrekt bewijsmateriaal welwillend interpreteert, gebruik maakt van vermoedens in het voordeel van de burger en afwijkt van zijn eigen bewijsbeleid door ook andersoortig bewijsmateriaal (dat vaak meer onderzoek behoeft dan het voorgeschreven in beleid) accepteert.

Anderzijds is het reëel dat meer maatwerk tot een zwaardere bewijslast van de aanvrager leidt. Het bestuursorgaan heeft mogelijkheden om allerhande persoonlijke informatie over een burger zelf te achterhalen, maar deze worden serieus begrensd door het gegevensbeschermingsrecht. Gegevensverwerking kan als deze noodzakelijk is om een wettelijke plicht of publieke taak van het bestuursorgaan uit te voeren, art. 6, lid 1, sub c en e AVG. Juist bij maatwerk kan het lastig zijn om met vrij grote precisie in materiële wetten te bepalen welke persoonsgegevens van burgers nodig zijn. Bovendien streeft het gegevensbeschermingsrecht naar dataminimalisatie, terwijl optimale publieke dienstverlening, inclusief maatwerk, vaak gebaat is bij datamaximalisatie. Het logische resultaat van dit alles is dat het vaak de burger zelf is die uit eigen initiatief informatie over zijn persoonlijke situatie zal moeten ontsluiten. Zoals al opgemerkt in par. 2.2.3, kan de wens tot meer maatwerk dan dus

⁸⁶ Zoals Meuwese doet in Kromhout & Marseille *NTB* 2018/60, p. 379

juist tot een veel grotere bewijslast voor burgers zorgen.. Dat kan tot knelpunten leiden voor de minder vaardige burger die minder in staat is voor zichzelf op te komen. Ook worden de mogelijkheden tot het bieden van maatwerk soms beperkt door het gegevensbeschermingsrecht, omdat het allesomvattende beeld dat van de burger nodig is voor het bieden van maatwerk spanning kan opleveren met zijn of haar privacy.⁸⁷

2.3.5. Tijdigheid

De druk op bestuursorganen om tijdig te reageren kan de mogelijkheid om maatwerk te bieden verminderen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht kan worden aan de wettelijke beslistermijnen, gecombineerd met de dwangsom die wordt verbeurd als het bestuursorgaan in gebreke is gesteld en te laat wordt beslist.

2.3.6. Fraudegevoeligheid en misbruik van bevoegdheid

De mogelijkheid tot fraude is in het openbaar bestuur een reëel probleem, dat op twee manieren de mogelijkheden tot het bieden van procedureel maatwerk beperkt:

- Denkbaar is dat het versoepelen van procedurevoorschriften of het verlagen van informatieplichten van burgers ertoe kan leiden dat het systeem gevoeliger voor fraude of voor misbruik van bevoegdheid wordt. Hoewel dit onderzoek uiteraard niet kan ingaan op het empirische verband tussen een ‘burgervriendelijk’ systeem en de fraude daarin, is denkbaar dat deze mogelijkheden bestuursorganen voorzichter maakt in de algemene inrichting van en opstelling in procedures.⁸⁸
- Juist omdat fraude een groot probleem is binnen het openbaar bestuur, zullen bestuursorganen hard optreden tegen burgers die zij verdenken van fraude. Voor deze burgers raakt maatwerk dan ver uit het zicht.

2.3.7. Doorkruising van politiek gedragen hard beleid

Het bieden van maatwerk vraagt om een ruimhartige opstelling tegenover de burger. Hoewel ook de regering dit in algemene zin omarmt, kan het per beleidsterrein verschillen *hoe* ruimhartig burgers benaderd moeten worden. Zeker op terreinen waar ‘hard optreden’ de politiek gedragen keuze is, is de mogelijkheid voor maatwerk klein. Denk bijvoorbeeld aan asielprocedures, of aan optreden tegen fraudeurs (zie hierboven).

⁸⁷ Zie Ebbers *NJB* 2020/356.

⁸⁸ Ook ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 20. constateert een algemene spanning tussen maatwerk en fraudebestrijding. Bij de Belastingdienst speelt die knelpunt ook duidelijk in de praktijk, p. 39.

2.4. Procedureel maatwerk in de maatwerkketen

In deze paragraaf wordt de maatwerkketen chronologisch afgegaan. Van iedere fase wordt bezien in hoeverre maatwerk daarin al mogelijk is en welke knelpunten daarbij bestaan. Voor zover mogelijk, worden ook al enkele oplossingsrichtingen verkend, waarop in het eindrapport verder wordt ingegaan.

2.4.1. De voorvraag: algemene regel of beschikking?

Met een vergunning- of ontheffingsstelsel kan maatwerk worden geboden. Door middel van individuele aanvragen kan immers maatwerk worden geleverd en kunnen passende vergunningvoorschriften aan een vergunning worden verbonden. In de praktijk wordt echter vaak met standaardvoorschriften gewerkt. Daarom is er bijvoorbeeld in het omgevingsrecht voor gekozen om te werken met algemene regels (zie par. 4.2). Een belanghebbende heeft geen individueel besluit meer nodig zolang deze zich houdt aan de vastgestelde algemene regels. Hoewel de mogelijkheid tot het bieden van maatwerk daarmee kleiner wordt, kan in de fase van toezicht en handhaving wel nog maatwerk geboden worden. Ook is in het omgevingsrecht het instrument van de maatwerkvoorschriften is geïntroduceerd als afwijking van de algemene regels gewenst is.

2.4.2. De voorfase voor de aanvraag

Bij veel besluiten begint de Awb pas op het moment van de aanvraag. Voor het bieden van maatwerk levert dit ‘besluit op aanvraag’-model wel knelpunten op:

- *Pro-activiteit burgers.* De aanvraag past bij het beeld van de zelfredzame burger, die weet wat hij nodig heeft en daar actief achteraan gaat. Uit het WRR-rapport *Weten is nog geen doen* blijkt echter dat dit voor veel burgers moeilijk is.⁸⁹ Ook uit het rapport *Regels en Ruimte* blijkt als knelpunt dat burgers vaak zelf beroep moeten doen op een uitzondering of hardheidsclausule.⁹⁰ Wel wordt momenteel hard aan een oplossing voor dit probleem gewerkt, bijvoorbeeld bij de nieuwe zorgplicht van de overheid in het begeleiden van burgers in hun contact met de overheid, zoals zal worden opgenomen in artikel 2:1 Awb. Volgens de Memorie van Toelichting kan deze zorgplicht vereisen dat de overheid duidelijke informatie verschaft over de nodige aanvragen, de te doorlopen stappen of de nodige bij te voegen informatie.⁹¹ Ook kan door invulling van de huidige algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals zorgvuldigheid en evenredigheid), worden bereikt dat besluiten niet rechtmatig zijn als daarbij niet actief wordt bezien of maatwerk mogelijk is (bijvoorbeeld door het actief inwinnen van informatie).⁹²

⁸⁹ WRR, *Weten is nog geen doen* 2017.

⁹⁰ ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, bijvoorbeeld p. 39, p. 44.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, nr. 3, p. 38-39.

⁹² Zie in deze zin ook de Kabinetsreactie op het rapport *Regels en Ruimte*, Brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer (2019-0000652359), p. 2. Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 32-33.

- *Integraliteit*. Door het besluit- of aanvraagbegrip zelf moet de burger zijn hulpvraag in één type verzoek tot besluitvorming formuleren. De regering noemt daarom het thema van integraliteit als een belangrijk speerpunt: niet het type besluit, maar de behoefte van de burger moet centraal staan. Op dit moment wordt bijvoorbeeld gewerkt aan het programma Maatwerk Multiprobleemhuishoudens, waarbij huishoudens met complexe sociale problematiek over verschillende bestuursorganen en beleidsterreinen integraal geholpen worden. Artikel 3:20 Awb biedt momenteel al een verplichting om de aanvrager te wijzen op andere besluiten die hij moet aanvragen voordat hij de gewenste activiteit kan verrichten, maar dit artikel beperkt zich vooral tot het omgevingsrecht. Momenteel is er echter een wetsvoorstel in behandeling om een nieuwe coördinatie-regeling op te nemen in de Awb, dat meer regie geeft aan één coördinerend bestuursorgaan.⁹³ Hoewel deze regeling voortkomt uit de wens om de Awb aan te passen aan de Omgevingswet, geeft de wetgever expliciet aan dat deze regeling ook daarbuiten van toegevoegde waarde kan zijn, zoals in het sociaal domein.⁹⁴ Tegelijkertijd ontstaan door een integrale aanpak ook weer allerlei knelpunten. Integraliteit vereist het veelvuldig delen van informatie, waarbij de privacy onder druk kan komen te staan.⁹⁵ Ook vereist een dergelijke verwerking van informatie vaak automatisering, waarbij de in par. 2.2.3 benoemde problematiek rondom ketenbesluitvorming, informatievoorziening en bewijslastverschuiving naar de burger optreedt.

Een interessante oplossingsrichting voor de knelpunten van het aanvraagmodel is de zogenaamde ‘omgekeerde toets’, die momenteel in het sociaal domein wordt beproefd. Deze toets vraagt kort samengevat van betrokken ambtenaren dat zij eerst kijken waar de burger behoefte aan heeft en vervolgens de benodigde besluiten daarbij zoekt.⁹⁶ Wel moet getoetst worden of de oplossing valt onder de grondwaarde van het wettelijk kader (het doel waarvoor het is opgesteld). Tegelijkertijd levert ook dit weer knelpunten op: het tot uitgangspunt nemen van de individuele behoeften kan leiden tot het veronachtzamen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en bovendien het miskennen van de in (bijzondere) wetten vastgelegde mogelijkheden tot het bieden van maatwerk.⁹⁷

⁹³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 256, nr. 2 (Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht).

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 256, nr. 3. Omdat er over de verdere uitwerking buiten het omgevingsrecht nog niet veel bekend is, laten wij dit verder hier rusten.

⁹⁵ Ebbers *NJB* 2020/356.

⁹⁶ De omgekeerde toets is ontwikkeld door Stimulanz, zie (<https://www.stimulanz.nl/de-omgekeerde-toets-methodiek/>).

⁹⁷ Schulmer e.a. *Gst.* 2019/154.

2.4.3. De besluitvormingsfase in primo

Vooralsnog vindt de meeste besluitvorming in uitvoeringsorganisaties plaats naar aanleiding van één concrete aanvraag.⁹⁸ In de primaire fase vraagt maatwerk in algemene procedurele zin om een dienstbare en open opstelling, waarbij wordt geïnterpreteerd wat de burger nodig heeft en wordt bekeken hoe het besluit daar binnen de grenzen van het recht aan bij kan dragen. Concreet kan men, in chronologische volgorde van het aanvraagproces, daarbij aan de volgende zaken denken:

- Aanvraagfase
 - o Interpretatie communicatie van burgers. Het zorgvuldigheidsbeginsel vraagt om het beoordelen van communicatie van burgers naar hun juridische strekking.⁹⁹ Dit vraagt een vriendelijke opvatting van de vraag of iets als aanvraag kan worden aangeduid.
 - o Begeleiding van de burger in de aanvraag. Valt hij onder een bepaalde uitzondering en moet hij dit zelf aangeven of niet?¹⁰⁰
- Voorbereiding besluit:
 - o Zorgvuldige informatievergaring ter invulling van responsief en dienstbaar bestuur.¹⁰¹ Wat heeft de burger nodig? Wat bedoelt de burger te vragen? Welke informatie is al in huis, wat moet nader opgevraagd worden bij de burger of is eventueel beschikbaar bij andere bestuursorganen?
- Beslissen: Hier vraagt maatwerk een open opstelling waarin ambtenaren kijken of tot een passende oplossing kan worden gekomen. Of dit materieel ook mogelijk is, wordt bekeken in hoofdstuk 4.
- Motiveren: Duidelijk aangeven waarom het besluit luidt zoals het luidt, zodat burgers weten waar ze aan toe zijn.

Tegelijkertijd bestaan er in deze fase de volgende meer algemene knelpunten:

- *Informatieverstrekking en bewijslast burger* (zie par. 2.3.4): Als de burger verantwoordelijk wordt gemaakt voor de juistheid van de aangeleverde en gebruikte informatie, kan maatwerk juist tot een verslechterde informatie- en bewijspositie van de burger leiden.
- *Tijdigheid* (zie par. 2.3.5): Omdat het bestuursorgaan tijdig op de aanvraag moet beslissen (art. 4:13 Awb), is er niet altijd genoeg tijd om volledig uit te vragen of maatwerk nodig of mogelijk is.

⁹⁸ Inmiddels vindt in het kader van ‘Werk aan uitvoering’ onderzoek plaats naar verbetering van de uitvoering om onder andere meer maatwerk te kunnen bieden. Zie ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse* 2020.

⁹⁹ CRvB 10 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1837, AB 2015/343, m.nt. Damen.

¹⁰⁰ Dit wordt genoemd als knelpunt in ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2017, bijvoorbeeld p. 39, p. 44.

¹⁰¹ Brenninkmeijer 2019, p. 45.

- *Fraudegevoeligheid*. Naast de algemene knelpunten uit par. 2.3.6, geldt in de primaire fase dat 'vage geschriften' niet als aanvraag kunnen of moeten worden gekwalificeerd indien bijvoorbeeld van rechtswege een aanspraak kan ontstaan.¹⁰²
- *Focus op 'bezwaar/beroep proof' besluitvorming*. Dit knelpunt bestaat bijvoorbeeld bij het motiveringsbeginsel, dat door bestuursorganen vaak wordt gezien als een 'verdediging' van het besluit voor een eventuele bezwaar- of beroepsprocedure. Het burgerperspectief, namelijk dat het besluit naar de burger toe inzichtelijk maakt waarom het besluit luidt zoals het luidt, staat dan niet centraal.¹⁰³
- *Digitalisering*. Door digitalisering is het lastig om in de primaire fase procedureel maatwerk te leveren. Zo verloopt de aanvraag digitaal, is het systeem afhankelijk van de juiste invoerwaarden en is de aanvrager afhankelijk van een deugdelijk geprogrammeerd systeem dat gebruiksvriendelijk is. De motivering is vaak generiek en niet toegespitst op het specifieke geval van de aanvrager, en bovendien kan vaak niet inzichtelijk worden gemaakt van welke gegevens en algoritmes gebruik is gemaakt.¹⁰⁴

Daarnaast zorgt het systeem van beslissen binnen één enkel besluit voor een aantal knelpunten:

- *Ketenbesluitvorming*: Veel besluiten die in beschikkingsfabrieken worden genomen staan niet op zichzelf, maar zijn afhankelijk van eerdere besluiten, zoals een voorschotbeschikking. Dit levert een aantal knelpunten op:
 - *Afhankelijkheid informatie van andere bestuursorganen*. Als het bestuursorgaan besluiten neemt op basis van besluiten die door andere bestuursorganen zijn genomen, dan is het vaak moeilijk fouten te herstellen of om op eigen initiatief een compleet beeld van de situatie te krijgen (zie par. 2.2.3).
 - *Formele rechtskracht*. Als eerdere besluiten in de keten door de burger niet zijn aangevochten (bijvoorbeeld door daar bezwaar of beroep tegen in te stellen), krijgen zij formele rechtskracht: de geldigheid daarvan staat definitief vast. Dit maakt het moeilijk om in latere besluiten af te wijken van eerdere besluiten en om maatwerk te bieden. Momenteel is dit gebied wel sterk in beweging. Ten eerste wordt soms een uitzondering aangenomen voor evident onredelijke besluiten.¹⁰⁵ Ook wordt steeds duidelijker dat aan het eerdere besluit ten grondslag liggende oordelen van feitelijke en juridische aard nog wel aan de orde kunnen komen.¹⁰⁶ Dit zal in het eindrapport nader worden onderzocht. De ratio

¹⁰² ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:829, *Gst.* 2019/69, m.nt. L.M. Koenraad.

¹⁰³ Scheltema NTB 2019/2, p. 251.

¹⁰⁴ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 32.

¹⁰⁵ ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3015. Deze uitzondering staat echt nog in de kinderschoenen.

¹⁰⁶ Dit is in ieder geval expliciet erkend door de Centrale Raad van Beroep, CRvB 3 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:445, *AB* 2016/123, R. Ortlep. Of de Afdeling deze lijn ook expliciet volgt, is nog niet helemaal duidelijk. Dit lijkt in ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1389 wel het geval te zijn, maar zowel Widdershoven in zijn conclusie over de bestuurlijke waarschuwing (ABRvS 14 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, r.o. 5.12.) als Polak (Polak 2019, p. 40-41) durven hier nog geen algemene lijn uit te trekken.

achter de formele rechtskracht is de rechtszekerheid. Een belangrijke rol kan daarom zijn weggelegd voor het onderscheid tussen twee- en meerpartijengeschillen in een bestuursrecht van 'twee gestrengheden'. Zoals door meerdere auteurs opgemerkt, speelt bij veel ketenbesluitvorming in (financiële) uitvoeringsgeschillen enkel de rechtszekerheid van de overheid een rol.¹⁰⁷

- *Herhaalde aanvraag.* De formele rechtskracht speelt ook een grote rol bij herhaalde aanvragen. Op grond van artikel 4:6 Awb mogen bestuursorganen herhaalde aanvragen, waarbij geen nieuwe feiten of omstandigheden worden aangevoerd ten aanzien van een vorige afgewezen aanvraag, afwijzen met enkele verwijzing naar de vorige afwijzing. Dit betekent echter niet dat bestuursorganen dit ook móeten doen: op grond van dit artikel, zij kunnen de herhaalde aanvraag gewoon in behandeling nemen.¹⁰⁸ Vanuit maatwerk- en burgerperspectief verdient het de voorkeur dat de lat niet te hoog wordt gelegd om herhaalde aanvragen alsnog of nogmaals inhoudelijk te beoordelen, maar ook hier komen de knelpunten tijdigheid, fraudegevoeligheid en spanning met politiek gedragen 'hard' beleid om de hoek kijken.

De algemene vraag hoe de procedure zo kan worden ingericht dat zij aansluit op de behoefte van de burger, dient zich des te sterker aan als de burger ook behoefte heeft aan maatwerk in materiële zin. Dan kan de procedurele inrichting een knelpunt worden voor materieel maatwerk. Dat is met name het geval in gedigitaliseerde besluitvormingsprocedures, waarbij het besluit in primo vaak op een geautomatiseerde wijze wordt genomen en eventueel pas in bezwaar aan maatwerk toegekomen kan worden. Het kabinet pleit, in navolging van het rapport *Regels en Ruimte* ervoor om maatwerk van de achterkant (Bezwaar en beroep), naar de voorkant te brengen door middel van eerste en tweedelijns contact. Hiervoor zal deels een cultuuromslag bij organisaties nodig zijn.¹⁰⁹ In het eindrapport zullen we vanuit een juridisch perspectief naar oplossingsrichtingen kijken.

2.4.4. De bezwaarprocedure

Indien de burger het niet eens is met het besluit, kan hij (in de meeste gevallen) in bezwaar gaan bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (art. 7:1 jo. 8:1 Awb). Een van de functies van de bezwaarprocedure is de functie van verlengde besluitvorming, waarbij nog een keer

¹⁰⁷ Damen *NTB* 2020/2, p. 10.

¹⁰⁸ Zoals nu ook de bestuursrechter expliciet erkent: ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, *AB* 2017/101, m.nt. H.E. Bröring.

¹⁰⁹ In *ABD*Topconsult, *Regels en Ruimte* 2019 worden de volgende organisatiekenmerken genoemd; aandacht voor maatwerk in de visie en het dienstverleningsconcept, de klantgerichtheid van de organisatie, de mogelijke spanning tussen maatwerk en (het denken over) rechtmatigheid, rechtsgelijkheid, precedentwerking en fraudebestrijding.

wordt gekeken naar het besluit.¹¹⁰ De bezwaarfase kan daarom in belangrijke mate bijdragen aan maatwerk, omdat de burger kan aangeven waarom het besluit zoals het er nu ligt (naar zijn mening) niet aan zijn behoefte voldoet.¹¹¹ Een belangrijke procedurele waarborg is daarom de hoorplicht in bezwaar van artikel 7:2 Awb. Op grond van artikel 6:19 Awb kan het bestuursorgaan het besluit hangende het bezwaar of beroep ook nog wijzigen. Dit vereist ten eerste dat de procedure voor burgers toegankelijk is en ten tweede dat de procedure zelf zo is ingericht dat deze daadwerkelijk draait om een volledige heroverweging.

Een heldere rechtsmiddelenclausule en een coulante omgang met formele ontvankelijkheidsvereisten zoals termijnen of beoordeling van de gronden van bezwaar (op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en dienstbaarheidsbeginsel soms ook vereist), kunnen de toegankelijkheid van de procedure verhogen. In de praktijk gaan bestuursorganen hier soms te strikt mee om, maar ook biedt de wet soms simpelweg geen ruimte voor een soepelere omgang. Zo zijn de bezwaartermijnen van openbare orde, en staat de bestuursrechter het bestuursorganen niet toe om te late bezwaarschriften toch in ontvangst te nemen (zie par. 2.4.5).

Is de procedure eenmaal begonnen, dan spelen in het algemeen ook hier de knelpunten rechtszekerheid, informatieverstrekking (zeker in het licht van digitalisering), tijdigheid en fraudegevoeligheid (zie par. 2.3). Daarnaast klonk (en klinkt) over de bezwaarschriftprocedure vaak de klacht dat de Awb- bezwaarprocedures teveel lijken op de procedure bij de rechtbank en inhoudelijk vooral draaien om de rechtmatigheidstoets.¹¹² Dit zou kunnen komen omdat de Awb-terminologie van ‘gegrondverklaring’ en ‘proceskostenveroordeling’ bij ambtenaren tot een mindset leidt dat het besluit ‘verdedigd’ moet worden in plaats van heroverwogen.¹¹³ Opvallend is dat bij de UOV waar een ‘zienswijze’ wordt gegeven op een ontwerpbesluit een dergelijke verdedigende attitude minder is.¹¹⁴

De overheid zet daarom momenteel volop in op een informele aanpak in bezwaar, in het kader van PCMO.¹¹⁵ Deze aanpak leidt tot hogere burgertevredenheid, kortere doorlooptijden en kostenbesparingen.¹¹⁶ Tegelijkertijd blijkt dat dit in de praktijk nog niet altijd geïmplementeerd wordt.¹¹⁷ Ambtenaren bellen soms wel naar aanleiding van een bezwaarschrift, maar gaan daarna toch snel weer over op een formele aanpak. Tegelijkertijd laat het onderzoek van Wever zien dat we ons ook niet moeten stukstaren op de procedurele inrichting, omdat zowel in een informele als formele procedure een volledige heroverweging

¹¹⁰ De ex nunc-toetsing en de volledige heroverweging (art. 7:11 Awb) zijn juridische elementen waarin deze functie is terug te lezen.

¹¹¹ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb*, p. 27-28.

¹¹² Zie over de kritiek uitgebreid Wever 2020, hoofdstuk 3.

¹¹³ De Waard e.a. *Ervaringen met Bezwaar* 2011, p. 174, 183; Tollenaar 2019, p. 726; Bitter en Besselink 2019, 52-54.

¹¹⁴ Bitter en Besselink bevelen dit dan ook aan als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure, Bitter en Besselink 2019, p. 54-56.

¹¹⁵ Zie BZK, *Professioneel Behandelen van bezwaarschriften* 2014.

¹¹⁶ PCMO 2 2010, p. 167. De meta-analyse van Herweijer & Lunsing 2011 bevestigt dit.

¹¹⁷ Wever 2016, p. 3246. Van der Vlugt & Versteeg 2017, p. 42.

kan worden geboden. Belangrijker is dat de opstelling van de betrokken ambtenaren oplossingsgericht is, wat in beide procedures mogelijk is.¹¹⁸ Hetzelfde geldt voor de vraag of er intern of extern gehoord moet worden. In de literatuur lijkt soms de veronderstelling te bestaan dat externe en onafhankelijke bezwaarschriftencommissie meer op rechtmatigheid dan op probleemoplossing gericht zouden zijn, maar ook dit blijkt niet uit het onderzoek van Wever.¹¹⁹

Deze knelpunten zijn des te problematischer indien bestuursorganen de bezwaarfase inzetten als het eerste moment waarop eventueel materieel maatwerk geleverd kan worden, zoals bij veel geautomatiseerde besluitvorming het geval is. De Raad van State geeft aan dat juist dan de materiële heroverweging door menselijke tussenkomst van belang is.¹²⁰ Als bestuursorganen zich in bezwaar defensief opstellen in plaats van een volledige heroverweging te bieden, dan komt de mogelijkheid tot materieel maatwerk dus in het geheel niet van de grond.

2.4.5. Beroep en eventuele schaduwwerking

Maatwerk speelt in de gehele besluitvormingsketen een rol. Hoewel dit rapport niet ingaat op de mogelijkheden tot maatwerk in de beroepsprocedure, heeft de procedure bij de bestuursrechter toch invloed op de mogelijkheden tot het bieden van maatwerk door bestuursorganen. Deze invloed kan verschillende vormen aannemen:

Positief-normerende functie

De rechter kan soms de mogelijkheden tot procedureel maatwerk vergroten of het bestuursorgaan verplichten om ook daadwerkelijk van die ruimte gebruik te maken, door zijn jurisprudentie aan te passen. Het eerste gebeurde bijvoorbeeld in de jurisprudentie over de herhaalde aanvraag: waar de rechter beslissingen (bezwaren op beslissingen) op herhaalde aanvragen niet in behandeling nam, doet het dat nu wel, waarmee het de ruimte voor het bestuursorgaan om maatwerk te bieden vergrootte.¹²¹ Het tweede (actiever normeren juridische ruimte voor maatwerk) zien we als de rechter bijvoorbeeld de te strikte omgang met formele vereisten aan banden legt op grond van het zorgvuldigheids- of dienstbaarheidsbeginsel, op grond van het motiveringsbeginsel inzicht in gebruikte geautomatiseerde systemen vereist of intensiever gaat toetsen.

¹¹⁸ Wever 2020, par. 9.5. Gedeeltelijk betreft dit misschien ook een definitiekwestie van wat voor een formele en informele aanpak doorgaat.

¹¹⁹ Wever 2020, par. 9.4. Ook Marseille, De Waard & Wever *NTB* 2017/35 vinden geen significante verschil in tevredenheid onder bezwaarmakers die intern of extern gehoord zijn.

¹²⁰ Raad van State, *Effecten van Digitalisering*, p. 17.

¹²¹ ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131.

Negatief-normerende functie

Soms staat de bestuursrechter het een bestuursorgaan actief niet toe om bepaalde activiteiten te verrichten die in de ogen van het bestuursorgaan tot meer maatwerk zouden leiden, omdat de wet het bestuursorgaan daar niet de bevoegdheid toe geeft.

- *Bezwaartermijnen.* De rechter toetst bepaalde zaken aan openbare orde, zoals de termijnen waarbinnen een bezwaarschrift moet worden ingediend. Dit betekent dat een bestuursorgaan zich wel welwillend op kan stellen en een bezwaarschrift dat te laat is ingediend toch in behandeling kan nemen, maar dat de burger daarna de mogelijkheid tot rechtsbescherming ontbreekt als het besluit hem tegenvalt. Hier is vanuit de praktijk veel kritiek op, maar levert momenteel wel een groot knelpunt op voor het bieden van procedureel maatwerk.¹²² Omdat de bezwaartermijnen met name de rechtszekerheid dienen, kan ook hier eventueel aan een onderscheid in ‘twee gestrengheden’ worden gedacht.
- Formele rechtskracht (zie hieronder).

Passieve schaduwwerking

Als de bestuursrechter eventuele gebreken in het bieden van maatwerk niet corrigeert, kan dit bij bestuursorganen leiden tot een gebrek aan externe motivatie om toch te voldoen aan bepaalde juridische vereisten of mogelijkheden. Dit wordt wel schaduwwerking genoemd.¹²³

- *Relativiteitsvereiste:* het relativiteitsvereiste, inhoudende dat de burger zich niet kan beroepen op de schending van normen die hem niet beogen te beschermen, geldt strikt genomen alleen in beroep. Toch kan het voor bestuursorganen aantrekkelijk zijn om gronden die in beroep niet tot vernietiging kunnen leiden, ook in bezwaar niet in aanmerking te nemen.¹²⁴
- *Passeren gebreken:* Op grond van artikel 6:22 Awb kan de rechter gebreken in de besluitvorming passeren, als aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Opvallend genoeg geldt dit ook voor de hoorplicht in bezwaar: de belanghebbende heeft dan immers in beroep aan het woord kunnen komen.¹²⁵ Hoewel dit niet geldt als de belanghebbende in bezwaar iets naar voren had willen brengen dat iets aan het besluit had kunnen veranderen,¹²⁶ stimuleert deze jurisprudentielijn in ieder geval niet actief om in elk geval te horen in bezwaar.
- *Geen volledige heroverweging in beroep:* bij de bestuursrechter kunnen enkel rechtmatigheidsgebreken aan de orde komen, terwijl het bestuursorgaan in de

¹²² Zie Jue *NJB* 2020/184, p. 204, voor een oproep aan bestuursrechters om deze lijn te veranderen,

¹²³ Nijmeijer e.a. 2015, p. 18.

¹²⁴ Zie Nijmeijer e.a. 2015, p. 68, dat op basis van een empirisch onderzoek concludeert dat er redenen zijn om schaduwwerking aan te nemen.

¹²⁵ ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1719.

¹²⁶ ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2058.

bezwaarfase is geroepen tot een volledige heroverweging van zowel rechtmatigheid als beleidskeuzes. Dit komt onder meer tot uiting in de terughoudende toetsing door de bestuursrechter als het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsruimte heeft. Ook de ex tunc-toetsing beperkt de mogelijkheden van de bestuursrechter om een besluit te toetsen. Hoewel het geheel achterwege laten van een volledige heroverweging in bezwaar op zichzelf een rechtmatigheidsgebrek is dat door de bestuursrechter kan worden getoetst,¹²⁷ betekent dit dat de bestuursrechter niet zal kunnen toetsen of het bestuursorgaan zich daadwerkelijk probleemoplossend heeft opgesteld.

Deze passieve schaduwwerking kan meer in het algemeen ook een rol spelen als het bestuursorgaan wel de juridische ruimte heeft om maatwerk te bieden, maar geen juridische verplichting. De Awb geeft bijvoorbeeld veel procedurele richtlijnen voor de bezwaarprocedure, maar bestuursorganen kunnen deze in principe zelf formeler of informeler, of passiever of actiever inrichten. De bestuursrechter kan toetsen of voldaan is aan de minimumverplichtingen van de Awb, maar voor verdere normering zal hij afhankelijk zijn van de invulling van meer algemene beginselen.

Hier raken we een voor maatwerk zeer relevante vraag: hoe ver strekt de rol van de rechter in het normeren van de ruimte van bestuursorganen om maatwerk te bieden? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is een belangrijke voorvraag wat de daadwerkelijke wisselwerking tussen normering van de rechter en bestuursorganen is. Leidt meer normering in de praktijk daadwerkelijk tot meer maatwerk? En leidt een gebrek aan actieve normering door de rechter tot de hiervoor genoemde schaduwwerking? Hier zullen we in het eindrapport nader op ingaan (hoewel opgemerkt moet worden dat dit in grote mate ook een empirische vraag is). Een ander belangrijk aandachtspunt is de verhouding tussen de rechter en het bestuursorgaan. De rechter kan immers niet op 'de stoel van het bestuursorgaan' gaan zitten en uiteindelijk zelf afwegen wat de beste oplossing voor de burger in kwestie was geweest. In de praktijk zal de rechter deze afweging nader inkaderen door bijvoorbeeld een deugdelijke motivering en zorgvuldige voorbereiding te eisen, maar hij zal niet zelf een maatwerkoplossing kunnen aanbieden.

Formele rechtskracht

Zoals al aangegeven in par. 2.4.3, levert de formele rechtskracht soms problemen op voor het bieden van maatwerk, zeker in ketenbesluitvorming. Tegelijkertijd is dit leerstuk sterk in beweging in de jurisprudentie, waardoor het hier nog wat speciale aandacht behoeft. In sommige gevallen verbiedt de bestuursrechter het bestuursorganen de formele rechtskracht tegen te werpen, bijvoorbeeld als een eerder besluit evident onrechtmatig was. Ook wordt inmiddels steeds duidelijker dat de feitenvaststellingen uit eerdere besluiten wel nog aan de orde

¹²⁷ Zie recent nog CRvB 13 februari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:290.

gesteld kunnen worden. Hier vervult de rechter dus een positief-normerende rol in het bieden van maatwerk.¹²⁸ In andere gevallen is de formele rechtskracht echter van openbare orde, en kunnen bestuursorganen niet zomaar op eerdere besluiten terugkomen in latere besluiten. Als de rechter hier actief tegen optreedt, is er sprake van een negatief-normerende rol in het bieden van maatwerk. Tussen deze twee grenzen kan een stuk ruimte zitten: het bestuursorgaan hoeft de formele rechtskracht niet actief tegen te werpen aan de burger, maar mag dat wel. Omdat de bestuursrechter het bestuursorgaan niet zal afrekenen als het dat wel doet, kan hier sprake zijn van passieve schaduwwerking. In het eindrapport zal worden bekeken wanneer deze verschillende gevallen zich voordoen.

¹²⁸ Barkhuysen plaatst de ontwikkeling naar een minder stringente opvatting van de formele rechtskracht expliciet in het kader van 'billijker bestuursrecht' en de beweging naar maatwerk, Barkhuysen 2019.



3. Materiële Aspecten

3. Materiële aspecten van maatwerk

3.1. Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn de knelpunten bij het bieden van procedureel maatwerk besproken. Verschillende kenmerken van het bestuursprocesrecht, keuzen ten aanzien van de vormgeving van regels, en ruimte voor procedureel maatwerk op verschillende momenten in de maatwerkketen passeerden de revue. Daarbij is aangegeven op welke punten ‘de schoen knelt’ – waar en waarom het niet altijd lukt maatwerk te bieden. In dit hoofdstuk bespreken we maatwerk in materiële zin, dat wil zeggen, het afstemmen van de rechtsgevolgen van een besluit op de rechtspositie en belangen van de individuele burger. Zoals eerder aangegeven, hangen procedureel en materieel maatwerk nadrukkelijk met elkaar samen. Niettemin is het voor de ordening van knelpunten interessant om apart bij de twee soorten aspecten stil te staan. Hieronder worden allereerst enkele achtergrondontwikkelingen geschetst, waarna verschillende materiële maatwerkmogelijkheden worden besproken. Daarbij wordt begonnen met de mogelijkheden en knelpunten ingeval er beslissingsruimte bestaat, om vervolgens te bespreken hoe dat zit bij een gebonden bevoegdheid.

3.2. Achtergrond

3.2.1. *Gelijke monniken...*

In het hoofdstuk over maatwerk in procedurele zin hebben we uitvoerig stilgestaan bij ontwikkelingen betreffende de dienstbare overheid (het dienstbaarheidsbeginsel), vertrouwen en digitalisering in een tijd waarin de overheid geacht wordt responsiever te zijn in aansluiting op een realistisch burgerbeeld. Ook voor wat betreft de vraag naar materieel maatwerk – krijgt de burger wat zijn specifieke situatie verlangt? – vormen deze een belangrijk uitgangspunt. Relevant is bovendien de discussie over het gelijkheidsbeginsel. Een eerste, intuïtieve reactie op voorstellen of voorbeelden van maatwerk houdt vaak in dat dit strijd oplevert zowel met de rechtszekerheid als met de gelijkheid van burgers.¹²⁹ Dit zijn communicerende vaten: het idee is dat zodra iedereen te maken krijgt met dezelfde regel en bijbehorende rechtsgevolgen, er zekerheid bestaat; waar sprake is van heldere regels waaruit met zekerheid bepaalde gevolgen kunnen worden afgeleid, is ‘gelijke behandeling’ mogelijk. Nu de waarden rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en het verbod van willekeur juristen met de paplepel worden ingegoten, is deze initiële reactie niet vreemd.

En toch is dit niet het hele verhaal. Het ideaal van ‘gelijkheid’ verlangt namelijk ook, dat verschillende gevallen verschillend worden behandeld.¹³⁰ Met andere woorden, alleen daadwerkelijk gelijke gevallen behoren een gelijke behandeling te krijgen. En is het nu niet juist zo dat een meer realistisch burgerbeeld en een overheid die responsief is en zich daaraan

¹²⁹ Zie Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 30-31. Vgl. ook Munneke in Vonk 2016, p. 67 e.v.

¹³⁰ Munneke in Vonk e.a. 2016, p. 67 e.v.

aanpast, vragen om verschillende oplossingen voor verschillende individuen? Dit ziet in elk geval op het doenvermogen van de burger en de redenen waarom hij of zij niet altijd in staat is te doen wat wordt verwacht.¹³¹ Denk bijvoorbeeld aan het invullen van ingewikkelde digitale formulieren of het tijdig aanvullen van een onvolledige aanvraag. Het gaat dan om wat in dit rapport als procedureel maatwerk wordt bestempeld.¹³² Voor materieel maatwerk is het gelijkheidsbeginsel echter niet minder belangrijk. Waar individuele belangen verschillen zijn verschillende uitkomsten van belang om bijvoorbeeld de nodige hulp te kunnen bieden.¹³³ ‘Gelijkheid’ betekent dan bijvoorbeeld dat een individuele afweging, met als gevolg dat een standaarduitkomst in het ene geval wel, maar in het andere niet als ‘evenredig’, en dus in lijn met artikel 3:4 lid 2 Awb, kan worden aangemerkt. Op evenredigheid gaan wij later in dit hoofdstuk uitgebreid in.

3.2.2. *Maatwerk als mensenrecht*

Een ontwikkeling die hiermee samenhangt en bij een geïntegreerde behandeling van maatwerk in de besluitvorming niet mag ontbreken, is de toenemende en veranderende rol van mensenrechten in het bestuursrecht. Om met het eerste te beginnen: de afgelopen decennia zijn boeken vol geschreven over de invloed van met name het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) op het Nederlandse bestuursrecht. Het gaat dan om het algemene bestuurs(proces)recht, maar ook om specifieke terreinen als het vreemdelingrecht, socialezekerheidsrecht of omgevingsrecht.¹³⁴ Dat deze invloed inmiddels zo overduidelijk is, komt met name door de steeds ruimere uitleg die aan EVRM-rechten wordt gegeven. Denk aan artikel 8 EVRM, dat het recht op respect voor privé- en familielevens en de woning beschermt, en als zodanig van toepassing is bij jeugdzorgkwesties, milieumaatregelen, en huisvestingsbeleid. Ook artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM speelt een grote rol nu het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft bepaald dat ook uitkeringen (of ze nu op premies zijn gebaseerd of niet) als ‘eigendom’ kunnen worden aangemerkt en aldus bescherming verdienen.

Hoe en waarom is dit nu precies relevant voor een discussie over maatwerk? Dat heeft te maken met het tweede punt: de veranderende rol van mensenrechten in het bestuursrecht. Nu in Nederland de aandacht met name uitgaat naar (het brede scala aan) eisen die voortvloeien uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM, is het interessant dat die laatste in de afgelopen jaren steeds vaker kiest voor wat met een overkoepelende term wel ‘procedurele toetsing’ wordt genoemd.¹³⁵ Hierbij toetst het EHRM niet of het op nationaal niveau genomen besluit of de

¹³¹ WRR, Weten is nog geen doen 2019.

¹³² In het rapport van Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, wordt dit besproken in het licht van het ‘recht om fouten te maken’.

¹³³ Dit kan, bijvoorbeeld in het sociaal domein, ook betekenen dat tussen gemeenten verschillen bestaan in de voorzieningen die worden geboden, vgl. Munneke, in Vonk e.a. 2016, p. 74 e.v.; Schlössels en Zijlstra 2010, p. 425.

¹³⁴ Barkhuysen & Van Emmerik 2014, p. 33-56. Zie m.b.t. het omgevingsrecht bijv. Sanderink 2015.

¹³⁵ Vgl. Gerards en Brems 2017; De Jong 2017.

rechterlijke uitspraak daarover ‘goed of fout’ is, maar verlangt het in plaats daarvan dat de procedure die eraan ten grondslag ligt aan bepaalde eisen voldoet. Een van die eisen, die inmiddels vaak terugkomt in de Straatsburgse rechtspraak, is dat in de besluitvorming de proportionaliteit (evenredigheid) van een maatregel en de individuele effecten daarvan voldoende in ogenschouw zijn genomen.¹³⁶ Op deze manier ondersteunen mensenrechten de roep om (meer) maatwerk, en kan bovendien worden gesproken over een ontwikkeling naar een ‘mensenrecht op maatwerk’.

3.3. Algemene juridische knelpunten bij materieel maatwerk

3.3.1. Welke gevallen zijn (niet) gelijk?

Dat maatwerk goed is en dat er meer van nodig is, wordt niet betwist. Deze doelstelling wordt ondersteund vanuit een mensenrechtenperspectief en biedt ruimte voor echte gelijkheid in de vorm van ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Dit laatste sluit aan bij de overgang in het non-discriminatiediscours van ‘formele’ naar ‘materieële’ gelijkheid.¹³⁷ Formele gelijkheid voor de wet is immers iets heel anders dan gelijkheid in uitkomsten, waarbij uitkomsten recht doen aan de verschillende behoeften en belangen van verschillende burgers. ‘Positieve discriminatie’ is soms noodzakelijk. Toch is dit in de juridische praktijk niet altijd gemakkelijk te verwezenlijken. Het orgaan dat een besluit neemt weet immers niet altijd of gevallen van elkaar verschillen.¹³⁸ Als er verschillen zijn, is niet per definitie duidelijk of die voor het te nemen besluit relevant zijn. Het ‘categoriseren’ van gevallen in categorieën ‘anders’ en ‘standaard’ is geen gemakkelijke taak, en niet zelden komt er ook een mate van afweging bij kijken. Stel: iemand heeft duidelijk moeite met het doorgronden van een digitaal formulier en om die reden wordt extra hulp geboden bij het invullen ervan of worden formele eisen als tijdige indiening niet zo strikt gezien. Dat iemand die digitaal vaardig is geen behoefte heeft aan dergelijk maatwerk, is duidelijk. Maar hoe zit dat met de burger die doorgaans zijn weg weet te vinden maar waarbij toch niet is uit te sluiten dat het digitale formulier een obstakel vormde. Is dat nu iemand die een speciale behandeling verdient of juist niet?

Iets vergelijkbaars geldt bij het meewegen van bijzondere omstandigheden: deze zijn er in allerlei soorten en maten, maar iedereen een maatwerkoplossing bieden is vaak niet mogelijk en in elk geval niet efficiënt. De vraag is dus hoe je ‘andere’ gevallen onderscheidt van die gevallen die onder de algemene regel blijven vallen, en hoe een organisatie waarin een zeer grote

¹³⁶ Voor een voorbeeld, zie EHRM 17 oktober 2013, *Winterstein e.a. t. Frankrijk*, appl. no. 27013/07, EHRC 2014/31 m.nt. Henrard, waarin het EHRM de Staat op de vingers tikte omdat in de (gemeentelijke) besluitvorming geen sprake was geweest van een proportionaliteitstoets waarin de aan de orde zijnde belangen waren meegenomen.

¹³⁷ Zie over het onderscheid uitgebreid Loenen 2009, p. 19-34.

¹³⁸ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 30, waar wordt opgemerkt dat ‘De eerste opdracht voor het bestuursorgaan zou dus bestaan uit het ontwikkelen van een visie op en een methode voor het identificeren van (on)gelijke gevallen.’ ... bestuursorganen zouden professionals enorm helpen als zij hiervoor richtlijnen geven, en de professional leren om gevallen (eenduidig en uniform) te kwalificeren’.

hoeveelheid besluiten door veel verschillende ambtenaren wordt genomen ervoor kan zorgen dat dit over het algemeen op gelijke wijze verloopt.¹³⁹ De moeilijkheid van deze taak leidt er hoogstwaarschijnlijk toe dat ambtenaren die proberen willekeur te vermijden, toch weer behoefte hebben aan algemene regels zoals bijvoorbeeld in de vorm van beleid. Ook maakt dit het lastiger maatwerk steeds zoveel mogelijk naar de voorkant te verplaatsen.¹⁴⁰ Dit is een realiteit waar mooie woorden over het credo ‘ongelijke behandeling van ongelijke gevallen’ niets aan af kunnen doen.¹⁴¹ Hier gaan procedureel en materieel maatwerk overigens sterk hand in hand: er kan alleen tot materieel maatwerk gekomen worden, indien de besluitvormingsprocedure in staat is om de relevante zaken te selecteren en te verwerken. De landsadvocaat adviseert daarom een ‘gelijkheidsladder’ te ontwikkelen, waarin bestuursorganen op een gestructureerde wijze kunnen vaststellen welke kenmerken bepalen of gevallen gelijk of ongelijk zijn.¹⁴² Wel moet er daarbij voor worden gewaakt dat een dergelijke ladder niet gaat functioneren zoals sommige gedetailleerde stelsels van beleidsregels, die de beleidsruimte van het bestuursorgaan invullen juist om gelijkheid te waarborgen, maar daarmee de ruimte voor maatwerk verkleinen (zie par. 3.4.2).

3.3.2. Digitalisering en mensenwerk

Er bestaat een duidelijke spanning tussen digitalisering en het bieden van maatwerk. Tegelijkertijd is verdergaande automatisering van besluiten te verwachten en zijn de bijbehorende mogelijkheden en efficiëntie redenen om hier positief tegenover te staan. De vraag is dan ook hoe digitalisering en automatisering verder kunnen worden ontwikkeld zonder dat dit in de weg staat aan de wens om meer maatwerk te kunnen leveren. In het voorgaande hoofdstuk is al besproken dat digitalisering tot gevolg kan hebben dat een simplificatie van de aanwezige feiten de mogelijkheden voor maatwerk beperkt. Zo spreekt Van Eck in haar proefschrift over een reductie van de werkelijkheid die met name problematisch is wanneer het besluit ook in andere domeinen doorwerkt. De gebruikte beslisregels zijn bovendien in zoverre onzichtbaar dat zij een goede beoordeling van de rechtmatigheid evenals een motivering op basis ervan niet (altijd) mogelijk is.¹⁴³

Voordelen van geautomatiseerde besluitvorming zijn bijvoorbeeld dat gegevens zorgvuldig, gestructureerd en volgens vaste werkwijzen kan plaatsvinden.¹⁴⁴ Zodoende kan het, in elk geval op termijn, ook tegemoetkomen aan de roep om maatwerk. Dit is het geval indien systemen verfijnder worden en in staat zijn een veelheid aan relevante individuele informatie te

¹³⁹ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 30, ‘... bestuursorganen zouden professionals enorm helpen als zij hiervoor richtlijnen geven, en de professional leren om gevallen (eenduidig en uniform) te kwalificeren’.

¹⁴⁰ Ditzelfde geldt bij digitalisering: deze onontkomelijke ontwikkeling leidt wellicht tot meer maatwerk in de bezwaarfase, maar niet per se aan de voorkant. Zie Raad van State, *Effecten van Digitalisering*, p. 5.

¹⁴¹ Vgl. ook Munneke in Vonk e.a. 2016, p. 67 e.v.

¹⁴² Pels Rijcken, *Praktische experimenten* 2020.

¹⁴³ Van Eck 2018, p. 400-403.

¹⁴⁴ Van Eck 2018, p. 424.

laten uitmonden in een besluit dat op objectieve wijze maatwerk kan bieden. In elk geval tot het zover is, is het recht op menselijk contact van cruciaal belang (zie par. 2.2.3). Bovendien, in lijn met de wens maatwerk zoveel mogelijk naar de ‘voorkant’, dat wil zeggen de primaire besluitvormingsfase, te verplaatsen, kan dit tot de conclusie leiden dat ‘puur’ geautomatiseerde besluitvorming nooit goed is, in ieder geval als de belangen van burgers meer dan gering zijn.¹⁴⁵ Immers, een persoonlijke check of een voorgenomen besluit wel of niet aansluit bij de behoeften van de burger en het vereiste van evenredigheid lijkt te prefereren boven het verschuiven van deze check naar de bezwaarfase, die, als gezegd, niet voor iedereen even toegankelijk is.¹⁴⁶ Hierbij moeten we echter in het achterhoofd houden dat ook menselijke besluitvorming niet feilloos en tot op zekere hoogte subjectief is.

Als voorbeeld kan verwezen worden naar de eerder al genoemde ‘omgekeerde toets’. Deze dient ambtenaren in staat te stellen uit te gaan van de individuele belangen teneinde burgervriendelijke besluiten te kunnen nemen. Het wettelijk kader dient daarbij dienstbaar te zijn aan de gezochte individuele oplossing. Dit is niet zonder problemen: het tot uitgangspunt nemen van de individuele behoeften kan leiden tot het veronachtzamen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en bovendien het miskennen van de in (bijzondere) wetten vastgelegde mogelijkheden tot het bieden van maatwerk. Schulmer e.a. concluderen dan ook dat de positieve elementen van de omgekeerde toets niets toevoegen aan de al bestaande mogelijkheden, en dat ook in het licht van het legaliteitsbeginsel de omgekeerde toets maar beter weer kan verdwijnen.¹⁴⁷

3.4. Materieel maatwerk bij beslissingsruimte en bij gebonden bevoegdheden

In deze paragraaf zullen onder meer verschillende beginselen van behoorlijk bestuur en ook de rol van en ruimte die beleidsregels bieden voorbijkomen. Er wordt een grof onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin sprake is van beslissingsruimte en gebonden bevoegdheden. Dit onderscheid ziet op de prima facie mogelijkheden voor maatwerk in het licht van de geldende algemene regels: waar deze expliciet ruimte laten voor een eigen beoordeling, lijkt maatwerk in beginsel mogelijk en dient het bestuur zijn discretionaire ruimte in te vullen in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij een gebonden bevoegdheid, waar de wet de uitkomst dicteert, lijkt dit niet of in elk geval veel minder mogelijk. Zoals hieronder duidelijk wordt, is het onderscheid tussen beslissingsruimte en gebonden uitvoering gegeven het belang van het bieden van maatwerk echter niet altijd gerechtvaardigd.

¹⁴⁵ Zie ook Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 36-37,

¹⁴⁶ Vgl. ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, en de kabinetsreactie daarop: Brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer (2019-0000652359).

¹⁴⁷ Schulmer e.a. Gst. 2019/154.

3.4.1. Beslissingsruimte en rechtsbeginselen

De meeste ruimte voor maatwerk bestaat indien bestuursorganen een bevoegdheid met beslissingsruimte hebben. In het geval van beslissingsruimte, normeert het wettelijk kader per definitie niet het gehele materiële rechtsgevolg. Het wettelijk kader geeft de grenzen aan van het besluit, maar laat ook een zekere ruimte over aan het bestuursorgaan. Deze ruimte is geen 'vrije' ruimte: in zekere zin normeert 'het recht' in brede zin de gehele bevoegdheidsuitoefening. Denk bijvoorbeeld aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur die meer van procedurele aard zijn, zijn in het vorige hoofdstuk al aan de orde gekomen. De nadruk ligt hier dan ook op de meer materiële beginselen, alsmede op enkele beginselen die meer algemeen een rol spelen.

Het evenredigheidsbeginsel

Volgens artikel 3:4 lid 1 Awb weegt het bestuursorgaan de rechtsreeks bij het besluit betrokken belangen af. Hiermee wordt de beslissingsruimte van het bestuursorgaan geoperationaliseerd: het uiteindelijke besluit moet op deze afweging gebaseerd zijn. In dit artikel komt ook het belang van de individuele omstandigheden en belangen van de burger tot uiting. Op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb mogen de nadelige gevolgen voor een belanghebbende niet onevenredig zijn in verhouding tot het met het besluit te dienen doelen. Dit artikellid geeft als het ware een randvoorwaarde aan voor de op basis van het eerste lid te maken afweging: op het moment dat een individueel belang zwaarder weegt dan de aan de orde zijnde overige (algemene) belangen, dient het individuele belang te prevaleren. Daarvoor is een goed geïnformeerde afweging nodig van de relevante belangen, die in elk geval (potentieel) anders uit kan pakken. Met andere woorden: beslissingsruimte vraagt om (materieel) maatwerk, en art. 3:4 Awb vormt een aanknopingspunt voor hoe dit maatwerk kan worden geboden.

Voor de normering van artikel 3:4 Awb op het bieden van maatwerk, is het betrekken van het perspectief van de gehele maatwerkketen bijzonder relevant. Artikel 3:4 Awb wordt in de literatuur vooral besproken in het licht van de terughoudende toetsing aan dit beginsel door de bestuursrechter.¹⁴⁸ Zeker bij exceptieve toetsing van wettelijke voorschriften wordt niet snel een schending van het evenredigheidsbeginsel aangenomen. Bij individuele besluitvorming wordt wel indringender getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Met name bij sanctiebesluiten blijkt dit duidelijk: zo is klip en klaar dat bij een bestuurlijke boete de sanctie evenredig moet zijn aan de overtreding.¹⁴⁹ De terughoudendheid bij exceptieve toetsing valt te begrijpen: de rechter mengt zich niet graag in de door (vaak democratisch gekozen) bestuursorganen gemaakte afwegingen bij de totstandkoming van wettelijke voorschriften. In de afgelopen jaren

¹⁴⁸ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 35; Scheltema *Regelmaat* 2018, p. 127.

¹⁴⁹ Scheltema *NTB* 2019/24, p. 250.

is de bestuursrechter echter wel meer inhoud gaan geven aan de evenredigheidsstoetsing, onder meer waar fundamentele belangen in het geding zijn.¹⁵⁰

Recent lijkt er, mede onder invloed van het Europese evenredigheidsbeginsel, een kentering zichtbaar. Zo heeft staatsraad advocaat-generaal Widdershoven er ten eerste voor gepleit om de hiervoor genoemde willekeurtoets te verlaten en in plaats daarvan wel aan materiele rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel, te toetsen. Ten tweede pleit hij ervoor om explicieter aan te sluiten bij de gelede proportionaliteitstoets zoals die in andere jurisdicties wordt gebruikt.¹⁵¹ Het gaat dan om een onderverdeling in aspecten van geschiktheid, noodzakelijkheid (subsidiariteit) en evenredigheid in strikte zin (ook wel evenwichtigheid genoemd). Een dergelijke meer gestructureerde aanpak leidt tot een daadwerkelijk materiële toets. Deze drietrapsstoets kan voor meer structuur en voorspelbaarheid zorgen.¹⁵²

Ook hier is de wisselwerking tussen de rechter en het bestuursorgaan dus bijzonder relevant (zie par. 2.4.5). Bij besluiten met beslissingsruimte is de juridische ruimte er om materieel maatwerk te bieden. Het evenredigheidsbeginsel normeert deze ruimte ook: bestuursorganen moeten evenredige besluiten leveren en dat vereist soms ook maatwerk. Maar in hoeverre kan en moet de *rechter* deze normering leveren? Hij kan immers niet zelf de afweging van het bestuursorgaan maken: hij zal terughoudend moeten toetsen. Wel zal hij kunnen toetsen of de uiteindelijke uitkomst evenredig is. Ook spelen het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel hier een belangrijke rol: de rechter verwacht in ieder geval van het bestuursorgaan dat het inzichtelijk maakt dat het alle belangen in kaart heeft gebracht en zorgvuldig heeft afgewogen.¹⁵³ De operationalisering van deze toets bij de rechter is van belang. Indien de rechter niet de handvatten heeft of kan aangrijpen om de vraag naar evenredigheid handen en voeten te geven, dan resulteert de terughoudende toets mogelijk in een weinig materiële inkleuring van de maatwerkvraag in beroep. Het is dan de vraag hoe gekomen kan worden tot andere interne of externe waarborgen.

Bij de vraag naar de toepasselijkheid en rol van Artikel 3:4 Awb bij gebonden bevoegdheden staan wij in paragraaf 3.4.4 stil.

Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel is een ongecodificeerd beginsel van behoorlijk bestuur dat voorschrijft dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk voor zover zij ongelijk zijn. Dit beginsel werd hierboven al in verband gebracht met maatwerk. Aan de ene kant kan maatwerk soms tot meer gelijkheid leiden, omdat algemene regels niet altijd oog

¹⁵⁰ Vgl. Hirsch Ballin 2015; Leijten *TvCR* 2017. Daarvan is, gezien de reikwijdte van deze rechten zoals besproken in par. 3.2.2, steeds vaker sprake.

¹⁵¹ Vgl. ook Gerards in Barkhuysen e.a. 2007.

¹⁵² ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (Conclusie Widdershoven exceptieve toetsing).

¹⁵³ Ook via deze beginselen kan een 'intensievere' toets worden geoperationaliseerd, zie Kegge *JBplus* 2018, par. 6.2.2.

hebben voor de specifieke omstandigheden van burgers. Ongelijke burgers worden dan gelijk behandeld. Door een individuele afweging te maken, kan bereikt worden dat ongelijke gevallen verhoudingsgewijs ongelijk worden behandeld, wat ertoe kan leiden dat voor een individuele burger een uitzondering wordt gemaakt.¹⁵⁴

Ook voor het gelijkheidsbeginsel geldt dat de bestuursrechter niet snel een schending zal aannemen, omdat het voor de benadeelde burger vrijwel onmogelijk is om te bewijzen dat zijn geval precies gelijk is aan het door hem aangehaalde referentiegeval. Hoewel dit niet af doet aan de waarde van dit beginsel voor de bestuurspraktijk (in principe mag van bestuursorganen worden verwacht dat zij hun integrale handelen zo inrichten dat het recht doet aan het gelijkheidsbeginsel en dus ook oog hebben voor afwijkende gevallen), bestaat ook hier dus het risico van schaduwwerking.

In het kader van het gelijkheidsbeginsel wordt vaak gewezen op het risico op precedentwerking. Als meneer X een uitzondering heeft gekregen, dan zou mevrouw Y dat toch ook moeten krijgen? Als zij in een gelijke situatie verkeren, dan is dat inderdaad ook zo. Om dan over 'precedentwerking' te spreken, is eigenlijk een vorm van negatieve *framing*, omdat het gelijkheidsvereiste hier juist herhaling vereist. Het wezenlijke risico bestaat dus in ongewenste precedentwerking, waarbij bestuursorganen zich genoodzaakt voelen om uitzonderingen te herhalen in gevallen die eigenlijk niet gelijk zijn. Juridisch gezien kunnen bestuursorganen precedentwerking prima voorkomen door te wijzen op de verschillen in de betreffende situaties.¹⁵⁵ Daarnaast verplicht het gelijkheidsbeginsel bestuursorganen niet om eerder gemaakte fouten te herhalen.

In het verlengde hiervan is het vermelden waard dat sinds 2016 het gelijkheidsbeginsel ook een beginsel van gelijke kansen behelst bij de verdeling van schaarse vergunningen en subsidies.¹⁵⁶ Op grond van deze uiting van het gelijkheidsbeginsel moeten potentiële aanvragers gelijke kansen krijgen om voor een schaars publiek recht in aanmerking te komen. Deze vorm van procedurele gelijkheid beperkt de mogelijkheden tot maatwerk achteraf, omdat vooraf duidelijkheid moet worden gegeven over de verdeelregels die zullen worden gehanteerd.

De keerzijde van maatwerk is het risico op ongelijkheid. Indien bestuursorganen hun besluiten in grote mate op hun vrije beslissingsruimte baseren, is het risico op willekeur groot. Dit is dan ook een veelgehoord bezwaar tegen de decentralisatie in het sociaal domein: in gemeente X heeft iemand nu wel recht op schoonmaakhulp, terwijl een burger in een vergelijkbare situatie dat in gemeente Y niet heeft. Hoewel het hier verschillende bestuursorganen betreft, bestaat dit risico ook binnen hetzelfde bestuursorgaan, met name indien vergelijkbare aanvragen door verschillende ambtenaren worden behandeld. Juist om dit te voorkomen kunnen bestuursorganen aangeven wat zij onder gelijke gevallen verstaan, vaak

¹⁵⁴ Scheltema in Kromhout & Marseille *NTB* 2018/60, p. 378.

¹⁵⁵ Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 30.

¹⁵⁶ De uitleg van het gelijkheidsbeginsel is geïnspireerd op het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel dat in acht moet worden genomen op grond van onder meer de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn.

in beleidsregels.¹⁵⁷ Zoals hierboven ook al werd aangegeven wordt hierdoor de ruimte voor maatwerk wel weer kleiner.

Al met al staat het gelijkheidsbeginsel en het ermee verbonden verbod van discriminatie in beginsel dus niet in de weg aan maatwerk. Op basis van het bovenstaande zijn de bijbehorende knelpunten echter als volgt samen te vatten:

- Het gelijkheidsbeginsel is vrij ongrijpbaar en niet altijd eenvoudig toe te passen (want wat zijn de relevante gezichtspunten en aspecten van iemands situatie die hem of haar in een (on)gelijke positie brengen?).
- Een terughoudende toetsing aan het gelijkheidsbeginsel draagt niet bij aan het vergroten van de materiële meerwaarde van dit beginsel bij het bieden van maatwerk.
- Het gepercipieerde gevaar voor ‘precedentwerking’ draagt hier evenmin aan bij.

Het vertrouwensbeginsel

Ook het vertrouwensbeginsel is een ongecodificeerd beginsel van behoorlijk bestuur. Het vertrouwensbeginsel houdt in dat gerechtvaardigde verwachtingen die door het bestuur zijn gewekt, zoveel mogelijk moeten worden gehonoreerd. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat een bestuursorgaan een besluit moet nemen met een bepaald rechtsgevolg, omdat het aan de burger heeft toegezegd dit te zullen doen.

Dit beginsel heeft zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie. Hierbij is gebleken dat een beroep op het vertrouwensbeginsel in een concrete zaak in de praktijk niet veel kans van slagen heeft, hoewel zich hier de afgelopen tijd wel ontwikkelingen hebben voorgedaan. Voor een geslaagd beroep dient de burger aan te tonen dat hem een concrete toezegging is gedaan die is toe te rekenen aan het bestuursorgaan. Een toezegging kan worden ontleend aan zowel uitlatingen als gedragingen, maar moet wel voldoende concreet zijn. In een belangrijke uitspraak uit 2019 heeft de Afdeling aangegeven voortaan meer uit te gaan van hoe een uitlating bij een redelijk denkende burger overkomt en minder op de bedoelingen van het bestuursorgaan.¹⁵⁸ Ook bij het toerekeningsvereiste is de Afdeling meer op het perspectief van de burger gaan letten. In het verleden konden toezeggingen niet leiden tot nakoming indien zij waren gedaan door onbevoegde personen, bijvoorbeeld door ambtenaren die bepaalde verwachtingen opwekken over besluiten waar zij niet over gaan. In de al aangehaalde uitspraak bepaalde de Afdeling dat het vertrouwensbeginsel ook van toepassing kan zijn indien degene die de uitlating deed weliswaar onbevoegd was, maar de betrokkene toch op goede gronden mocht veronderstellen dat de toezegging de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte. Deze ontwikkeling sluit goed aan bij de bredere ontwikkeling van het bestuursrecht richting het

¹⁵⁷ Zoals geadviseerd door Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb*, p. 30.

¹⁵⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:RVS:2019:1694.

burgerperspectief. Een toe te rekenen toezegging moet worden nagekomen, tenzij zwaarder wegende belangen zich daartegen verzetten.

Ondanks deze versoepeling, blijft het lastig in een concrete zaak een beroep te doen op het vertrouwensbeginsel. Dat betekent echter niet dat het vertrouwensbeginsel niet in bredere zin op het bestuurshandelen van toepassing is. Het beginsel is gebaseerd op de gedachte dat de overheid zich betrouwbaar op moet stellen. Dat betekent dat het bestuur zou moeten streven naar het verstrekken van correcte informatie en zou moeten proberen om zorgvuldig om te gaan met het wekken van verwachtingen en het nakomen daarvan.¹⁵⁹ Inderdaad, het gaat hier deels om een procedureel ‘vormvereiste’ betreffende de communicatie tussen burger en overheid – de link met materieel maatwerk bestaat dan, als het beloofde (waarop mocht worden vertrouwd) aansluit bij de belangen en behoeften van de betrokkene. In de praktijk blijft het echter lastig dit beginsel te operationaliseren bij de bestuursrechter, waarmee ook hier het risico op schaduwwerking bestaat.

Het rechtszekerheidsbeginsel

Een beginsel dat niet zozeer zijdelings aan maatwerkoplossingen bijdraagt, maar in plaats daarvan vaak de ratio vormt voor het niet bieden of rechtvaardig achten ervan, is het rechtszekerheidsbeginsel. Het beperkt de ruimte voor maatwerk in beschikkingen in die zin, dat uit de beschikking het rechtsgevolg daarvan duidelijk moet volgen. In dat kader heeft de CRvB een aantal uitspraken gedaan, waarin het een aantal zorgindicaties onder de Wmo vernietigde wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Uit deze beschikkingen volgde alleen dat belanghebbenden recht hadden op een ‘schoon huis’. Volgens de Raad moest dat een urenindicatie zijn.

Wat volgt uit dergelijke voorbeelden? Het feit dat de beschikking in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel voldoende duidelijk moet zijn, heeft vooral tot gevolg dat het bieden van maatwerk dus niet kan worden overgelaten aan de feitelijke uitvoeringspraktijk, niet dat het niet mogelijk is. Een belangrijke reden hiervoor is dat met de beschikking alle publiekrechtelijke rechtsbescherming meekomt. Over deze punten wordt echter wel een stevige discussie gevoerd. Het gaat daarin zowel om de mogelijke ‘onnodige’ recentralisatie – en beperking van maatwerkmogelijkheden – die voortvloeit uit uitspraken zoals die van de Raad (zie hierover nader hoofdstuk 4, waarin het sociaal domein wordt besproken), als over de noodzaak van integrale geschilbeslechting. Met betrekking tot dat laatste ligt er inmiddels een wetsvoorstel over resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting.¹⁶⁰ Nu deze

¹⁵⁹ Damen 2019.

¹⁶⁰ **Zie** Wet maatschappelijke ondersteuning 2015: Wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting.

discussie met name op de rechtsbescherming ziet, zal hierop in dit rapport niet nader worden ingegaan.¹⁶¹

Los van het belang van rechtszekerheid op beschikkingniveau, is dit beginsel ook meer algemeen van belang bij de vraag hoe het bestuur zijn discretionaire bevoegdheid gaat gebruiken bij het bieden van maatwerk en hoe transparant dit is. Eerder werd al opgemerkt dat ruimte voor maatwerk – dus ook in het licht van de rechtszekerheid – kan leiden tot een toename aan of gerichtheid op beleid. In de volgende paragraaf staan we dan ook nader stil bij beleidsregels en de rol daarvan.

3.4.2. Beslissingsruimte en beleidsregels

Indien een bestuursorgaan beslissingsruimte heeft, is het vrij om beleid op te stellen dat invult hoe het gebruik maakt van zijn bevoegdheid. Beleidsregels vervullen een aantal belangrijke functies. Intern zorgen ze voor een efficiënte, een goed te managen uitvoeringsorganisatie en houvast voor professionals. Ook extern hebben beleidsregels een functie: door voorspelbaarheid en consistentie aan overheidsbeleid te geven, verhogen ze de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. Beide voordelen leiden ertoe dat uitvoeringsorganisaties de behoefte voelen om beleid op te stellen, individuele beschikkingen daarop te baseren en voor de motivering naar hun beleidsregels te verwijzen. Dit kan individueel maatwerk in de weg staan, zowel wat betreft de uitkomst van de besluitvorming als de motivering ervan.¹⁶²

Wanneer is de beleidsregel van toepassing (en wanneer niet)?

Van beleidsregels moet soms worden afgeweken. Op grond van artikel 4:84 Awb, dienen bestuursorganen hun beleidsregels in principe toe te passen, *tenzij* die toepassing voor belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel dienen doelen. De Awb heeft – middels het neerleggen van deze inherente afwijkingsverplichting – dus al oog voor het feit dat beleidsregels nooit alle mogelijke situaties kunnen beslaan en dus flexibel moeten zijn voor speciale gevallen.

In het verleden konden de ‘bijzondere omstandigheden’ waarnaar artikel 4:84 Awb verwijst alleen omstandigheden zijn waarmee bij het vaststellen van de beleidsregel geen rekening is gehouden. Daarmee ontstond een strikte scheiding tussen de voorwaarde van bijzondere omstandigheden en de voorwaarde van onevenredigheid. In een uitspraak uit 2016 heeft de Afdeling echter geoordeeld dat ook omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregel zijn verdisconteerd (dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd) niet

¹⁶¹ In het kader van mogelijke oplossingsrichtingen zal dit wel uitgebreid(er) worden meegenomen in het eindrapport.

¹⁶² Vgl. in dit kader ABDTopconsult, Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse 2020.

reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten.¹⁶³ In die uitspraak laat de Afdeling namelijk zien oog te hebben voor de andere werkelijkheid van besturen met regels.¹⁶⁴

De zaak betreft een last onder bestuursdwang opgelegd op grond van artikel 13b van de Opiumwet (de zgn. Wet Damocles). In een Bredase woning worden 721 XTC-pillen aangetroffen: een nogal flagrante overtreding van artikel 2 van de Opiumwet. De burgemeester volgt in dergelijke gevallen het beleid – neergelegd in een beleidsregel – dat een last wordt opgelegd tot sluiting en gesloten houden van de woning voor een periode van drie maanden. In bezwaar tegen die beschikking voert de bewoonster aan dat de burgemeester hier niet zonder meer de beleidsregel kan volgen: er zijn bijzondere omstandigheden die op grond van artikel 4:84 Awb die tot een afwijking van de beleidsregel nopen, gezien de onevenredig grote gevolgen die dat voor haar heeft. Zo wist ze er niet van het bestaan van de pillen: het was haar ex-partner die ze buiten haar medeweten in het tuinschuurtje had verstopt. Ook was er nog niet eerder sprake van overlast vanuit de woning. En de sluiting zelf heeft ook (té) grote gevolgen: ze zou daardoor uit haar woning worden gezet en op een zwarte lijst komen. Dat heeft grote psychische gevolgen voor haar als moeder van twee jonge kinderen.

De Adviescommissie bezwaarschriften adviseerde de burgemeester dan ook de beslissing te heroverwegen en af te wijken van de beleidsregel. Dat doet hij echter niet. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelt vervolgens dat de burgemeester bij zijn afweging aan bepaalde omstandigheden te weinig gewicht heeft toegekend, vernietigt daarop het bestreden besluit en voorziet vervolgens zelf in de zaak door de sluiting te vervangen door een waarschuwing. De Afdeling komt voor de vraag te staan welk gewicht nu aan die bijzondere omstandigheden moet worden toegekend? Er zijn verschillende bijzondere omstandigheden. Een aantal daarvan is al meegenomen (i.e. afwezigheid van wetenschap en overlast) bij het opstellen van de beleidsregel zelf – laat de burgemeester weten: ze zijn als het ware *verdisconteerd*. Dat zou betekenen dat de burgemeester zou kunnen volstaan met (een verwijzing naar) de afweging die is gemaakt in de beleidsregel, en – ingevolge het ‘consistentiebeginsel’¹⁶⁵ – de beleidsregel zou moeten toepassen zonder nog nader in te hoeven gaan op deze omstandigheden. Ze zijn als het ware niet meer bijzonder. De Afdeling keert zich hier echter tegen deze lijn van stempelmachine-denken. De burgemeester heeft de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet niet in de eerste plaats gekregen om (nadere beleids)regels te stellen, maar juist om een situationele afweging te maken in individuele gevallen, opdat de bijzondere omstandigheden en context meegenomen kunnen worden in die individuele beslissing. De Afdeling vindt in dit geval dan ook dat: ‘omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, *niet reeds daarom* buiten beschouwing kunnen worden gelaten’.¹⁶⁶ Als je wel toe zou staan dat een bestuursorgaan eigenlijk blind af mag gaan op een beleidsregel, vooral waar het afwegingen, omstandigheden, of zaken betreft die bij de vaststelling van de regel al op de een of andere manier aan de orde zijn geweest, dan creëer je regelautomatismen, wordt een beleidsregel eigenlijk een verkapt algemeen verbindend voorschrift en ondergraaf je de bedoeling van het toekennen van bestuursbevoegdheden – zelfs al was dat misschien niet je bedoeling. Want zo zegt de Afdeling: ‘In de

¹⁶³ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, r.o. 4.3.

¹⁶⁴ Zie Voermans 2017, p. 7-94.

¹⁶⁵ De verzamelnaam die Jan van Kreveld aan de gecombineerde werking van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel meegaf. Van Kreveld 1983.

praktijk blijkt dat ook al heeft het betrokken bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel (...) omstandigheden bezien, het daarmee niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden.¹⁶⁷

Het is duidelijk dat de Afdeling hier heel goed het fenomeen van de generieker wordende bestuurlijke besluitvorming, via het vaststellen van algemene (beleids)regels aanvoelt en daar ook heel terecht paal en perk aan stelt. Door te veel op die regels te leunen ontnemt het bestuursorgaan als het ware ruimte voor een situatieve beoordeling – bestuursbevoegdheden zijn veelal gegeven om een individuele beoordeling te kunnen geven. Met beleidsregels wordt die beoordeling generiek gemaakt. Daarom vergt artikel 4:84 van de Awb dat het bestuursorgaan zich steeds af moet vragen of er een bijzonder geval aan de orde is, met bijzondere aspecten die afwijking van de regel nodig maken. Die afweging over ‘bijzonderheid’ kan je nooit weg-regelen. Vertaald naar het Bredase geval dat ten basis ligt aan de uitspraak van 26 oktober 2016: Het bestuursorgaan kan niet voorzien of bijzondere omstandigheden, die het op zichzelf wel heeft voorzien, in een concreet geval tot onevenredige gevolgen leiden. Het bestuursorgaan moet daarom alle belangen betrekken in zijn beoordeling en moet bekijken of die omstandigheden op zichzelf, of in combinatie met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden die maken dat het handelen overeenkomstig de beleidsregel tot onevenredige gevolgen leidt.

Door deze benadering is het niet meer zo gemakkelijk om de aspecten ‘bijzondere omstandigheden’ en ‘evenredigheid’ apart van elkaar te beoordelen, en is de vraag naar de (on)evenredigheid van een uitkomst sterker op de voorgrond getreden. De bijzondere omstandigheden kunnen namelijk ook gelegen zijn in het onevenredige gevolg van toepassing van de beleidsregel in het specifieke geval.¹⁶⁸ Dit betekent dat het bestuursorgaan, zoals artikel 3:4 Awb ook vereist, in elke zaak moet bekijken hoe de toepassing van de beleidsregel uitpakt. Zoals wel opgemerkt in de literatuur, biedt deze nieuwe benadering van de Afdeling de mogelijkheid voor meer maatwerk.¹⁶⁹

De andere kant van de medaille is dan natuurlijk dat de beleidsregel minder rechtszekerheid biedt. In dit kader is de oorspronkelijke motivatie van de wetgever bij artikel 4:84 interessant:

“Naar onze mening is er alleen aanleiding om van beleidsregels af te wijken indien zich bijzondere omstandigheden voordoen. Dit betekent derhalve dat de onevenredigheid van de gevolgen van de toepassing van de beleidsregel in een concreet geval zijn oorzaak zal moeten vinden in bijzondere omstandigheden. Zouden ook onder normale omstandigheden onevenredige gevolgen optreden, dan zou dit impliceren dat de beleidsregel zelf – die immers met het oog op de normale gevallen geschreven is – onevenredig is. In dat geval zou de beleidsregel in strijd zijn met artikel 3:4, tweede lid, Awb. Ervan

¹⁶⁸ Tollenaar & Feenstra *JBplus* 2018, par. 3.

¹⁶⁹ Tollenaar & Feenstra *JBplus* 2018, par. 1.

*uitgaande echter dat de beleidsregel rechtmatig is, is er alleen reden voor afwijking in geval van bijzondere omstandigheden.*¹⁷⁰

Ook hier zien we dus de zoektocht naar de balans tussen een degelijk stelsel van algemene regels en individuele uitzonderingen. Indien het bestuursorgaan merkt dat het voor vergelijkbare gevallen telkens een uitzondering maakt, dan zou het beter de beleidsregels kunnen aanpassen. In theorie kan de bestuursrechter in dit geval ook exceptief het stelsel aan beleidsregels toetsen en bijvoorbeeld buiten toepassing verklaren.

Het opstellen van beleidsregels

Het belang van de balans tussen heldere regels en ruimte voor uitzonderingen speelt ook een rol bij wat eigenlijk een voorvraag is, namelijk hoe richt een bestuursorgaan zijn stelsel van beleidsregels in. Zoals eerder opgemerkt, leidt de neiging van bestuursorganen om alles in te kaderen met beleidsregels tot een gebrek aan (ruimte voor) maatwerk. Uitvoerende ambtenaren zullen zich gehouden voelen om simpelweg naar het beleid te verwijzen, in plaats van een meer zelfstandige afweging te maken op basis van de uitgangspunten van het beleid. Hoewel de nieuwe uitleg van 4:84 dat in zekere zin wel vraagt van het bestuursorgaan, zal dit in de praktijk niet makkelijk af te dwingen zijn in het individuele geval. De rechter zal op basis van een terughoudende toetsing immers niet snel aannemen dat een uitzondering ten onrechte niet is gemaakt.

Omgekeerd leidt het afschaffen van beleidsregels tot een risico op rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Ook zal het ontbreken van duidelijke beleidsregels ervoor zorgen dat het bestuur doorgaans minder goed zal kunnen motiveren waarom het in een specifieke zaak een bepaalde inhoudelijke keuze heeft gemaakt. Ook hier geldt dat de rechter in theorie exceptief zal kunnen oordelen dat het stelsel van beleidsregels niet deugt. Ook kan de rechter uit uitvoeringspraktijk opmaken dat er sprake is van een vaste gedragslijn, waarbij individuele burgers toch aanspraak kunnen maken op een bepaalde opstelling van de overheid.

Al met al blijven beleidsregels noodzakelijk, al was het maar omdat steeds opnieuw het wiel uitvinden en op meer of minder subjectieve wijze de belangen af te wegen, geen oplossing is. Waarbij echter niet mag worden vergeten dat ook in beleidsregels al maatwerk kan zitten.¹⁷¹

3.4.3. Beslissingsruimte en deskundigheid

Een andere manier om met beslissingsruimte om te gaan is door deze ruimte in te vullen met behulp van een specifieke deskundigheid. Daarmee wordt erkend dat niet alles (volledig) in algemene (beleids)regels is te vangen, en een bepaald type besluit een maatwerkbeoordeling vergt. Voor een dergelijke beoordeling is in meer of mindere mate professionele ruimte nodig.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 47.*

¹⁷¹ Wat hierbij de precieze mogelijkheden zijn komt nader aan bod in het eindrapport.

De legitimatie voor maatwerk in combinatie met professionele ruimte ligt in de deskundigheid van de beoordelaar(s).

Dit betekent overigens ook hier niet dat het gaat om een ‘vrije’ beslissingsruimte. Er kunnen in de eerste plaats enige instructies in (beleids)regels zijn vastgelegd over hoe de beslissingsruimte moet worden ingevuld. Het besluit evenals de invulling van de beslissingsruimte blijven immers de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Het te zeer dichtregelen van deze ruimte met wettelijke regels of beleidsregels staat in ieder geval haaks op het uitgangspunt van maatwerk. Ten tweede wordt de beslissingsruimte vaak ingevuld met de maatstaven van de beroepsgroep (welke dus door het bestuursorgaan worden overgenomen). Deze samenwerking met een beroepsgroep is bijvoorbeeld goed zichtbaar in de medische hoek, zoals de al eerdergenoemde verzekeringsartsen bij het UWV en de medici bij het CBR.

Beslissingsruimte (gedeeltelijk) overlaten aan deskundigen heeft potentieel positieve gevolgen voor de inhoudelijke kwaliteit van het besluit en het kan bijdragen aan het draagvlak voor het uiteindelijke besluit. Er zijn echter ook risico's. In de eerste plaats kan de beroepsgroep de beslissingsruimte sterk protocolleren en standaardiseren, waardoor het weer lastiger kan worden om aan de hand van alle relevante omstandigheden van het individuele geval maatwerk te bieden. Een dergelijke sterk geprotocolleerde aanpak is bijvoorbeeld zichtbaar bij de beoordelingen rondom rijgeschiktheid van het CBR. Protocollen hebben natuurlijk een bepaalde waarde; ze geven houvast en kunnen helpen fouten te voorkomen. Bovendien zijn de meeste professionals niet alleen getraind om protocollen toe te passen, maar ook om daarvan beredeneerd af te wijken. De vraag is alleen of professionals in de organisatie altijd de ruimte en het vertrouwen krijgen om te kunnen afwijken bij het nemen van overheidsbesluiten. Krijgen ze dat niet, dan kan het zijn dat besluiten ‘loszingen van de werkelijkheid’, omdat relevante omstandigheden niet mee worden genomen.

Een tweede risico is dat besluiten op basis van een specifieke deskundigheid moeilijk gecontroleerd kunnen worden. Bestuursrechtelijke besluitvorming kan buiten bestuursrechtelijke kaders komen te staan. Het (algemeen) bestuursrecht biedt namelijk weinig kaders voor de inzet van deskundigen¹⁷² en ook de bestuursrechter stelt zich regelmatig terughoudend op, hoewel dit wel wisselt per terrein. Zicht op de (inhoudelijke) kwaliteit van besluiten is dan sterk afhankelijk van de vraag hoe de beroepsgroep of de overheidsorganisatie is georganiseerd en welke controlemechanismen zijn ingebouwd (zoals opleidings- en registratie-eisen, second opinions en tuchtrecht). Dit is bijvoorbeeld de reden dat in het sociaal domein sterk wordt ingezet op professionalisering.

Een derde risico is dat besluiten op basis van een specifieke deskundigheid soms onterecht als ‘neutraal’ of ‘objectief’ worden gezien, alsof er geen (politieke) belangenafweging aan ten grondslag ligt. De hete aardappel wordt ‘doorgegeven’ aan de deskundige, die dan een ogenschijnlijk ‘neutrale’ beslissing neemt op basis van deskundigheid. Dit vertekent de

¹⁷² Zo heeft de Awb-wetgever weinig oog gehad voor deskundigenadvisering: Kummeling 1988. p. 248; Bots 2004. p. 164.

afweging die moet worden gemaakt, zeker bij besluiten over complexe en onzekere omstandigheden.

Knelpunten:

- Lang niet altijd is duidelijk wat een beoordeling van een specifieke deskundigheid vraagt en wat een algemeen/politieke afweging is.
- Is er een (goed georganiseerde) beroepsgroep / professioneel domein die/dat hier betrouwbare maatstaven kan bieden?
- Hoe verhouden dergelijke maatstaven zich weer tot individueel maatwerk?

3.4.4. Gebonden bevoegdheden

Indien er een wettelijk voorschrift van toepassing is dat een gebonden bevoegdheid geeft, zal het bestuursorgaan zich hier in principe aan moeten houden. Toch zijn hier soms ook mogelijkheden tot het bieden van maatwerk. Hierbij speelt met name de vraag wat er moet gebeuren indien de uitvoering van het wettelijk voorschrift tot onevenredige gevolgen leidt. Door bijvoorbeeld de discussie over het terugvorderen van de kinderopvangtoeslag, is dit een zeer relevante vraag gebleken.¹⁷³

Het interpreteren van een wettelijk voorschrift

Een belangrijke eerste vraag is of het wettelijk voorschrift daadwerkelijk een gebonden bevoegdheid voorschrijft. Soms zal het bestuursorganen zich kunnen verdedigen door te stellen dat het geen andere keuze had. In de recente kinderopvangtoeslagaffaire heeft de Afdeling echter laten zien hier niet altijd in mee te gaan. In de betreffende zaken gaf de Afdeling aan dat artikel 26 van de Awir een inherente discretionaire bevoegdheid bevat, in plaats van een gebonden bevoegdheid tot terugvordering.¹⁷⁴

Hardheidsclausule van toepassing

De discussie over de kinderopvangtoeslag laat zien dat er in veel gevallen behoefte is aan een afweging van de aan de orde zijnde belangen in plaats van een strikte regeltoepassing. Afwijking is uiteraard mogelijk indien een bepaling in strijd is met een ieder verbindende bepaling van internationaal recht, zoals bijvoorbeeld een recht dat is vastgelegd in het EVRM. Om incidentele strijdigheid met bijvoorbeeld mensenrechten te voorkomen, kan ook een hardheidsclausule uitkomst bieden. Een dergelijke clausule is een maatwerkinstrument bij uitstek, omdat het ruimte creëert om anders te besluiten dan wat de algemene – en slechts op een beperkt aantal denkbare situaties afgestemde regel – voorschrijft. Een dergelijke

¹⁷³ Vgl. bijv. het eindrapport van de adviescommissie-Donner van 12 maart 2020.

¹⁷⁴ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 5.12.

mogelijkheid kan dan dienen als een vangnet en ervoor zorgen dat afwijking van de wet niet nodig is om toch recht te kunnen doen aan verschillende belangen.¹⁷⁵ Vragen die hierbij een rol spelen zijn bijvoorbeeld wel: in welke situaties is de hardheidsclausule van toepassing, en wie wordt geacht om welke informatie aan te leveren om dit te onderbouwen? Ook hier geldt overigens het knelpunt van spanning met politiek gedragen ‘hard’ beleid, zoals bij asielprocedures.

De strikt gebonden bevoegdheid

Indien het wettelijk kader inderdaad een gebonden bevoegdheid voorschrijft en er ook geen hardheidsclausule van toepassing is, zal het bestuursorgaan in principe de wettelijke regeling moeten uitvoeren. De ruimte voor maatwerk lijkt dan beperkt. Indien de uitkomst toch geen recht doet aan de specifieke situatie, zijn er twee mogelijkheden:

Exceptief toetsen van het wettelijk kader

Indien het wettelijk kader een bepaald besluit voorschrijft, kan de belanghebbende betogen dat het wettelijk kader zelf onrechtmatig is.¹⁷⁶ Hij kan dan in de procedure tegen het besluit, de wettelijke regeling exceptief laten toetsen. Een belangrijke vraag is dan welke status het wettelijk kader heeft. Indien dat een wet in formele zin is, zal deze wet enkel aan hoger recht kunnen worden getoetst, zoals het Unierecht of internationale verdragen zoals het EVRM. Indien het regelgeving van lagere status betreft, zal de regelgeving ook aan de Grondwet, de Awb en algemene rechtsbeginselen kunnen worden getoetst: dus ook aan het evenredigheidsbeginsel. Wel zal deze toets in de praktijk terughoudend zijn: de rechter kan immers niet zelf de afweging van de regelgever maken. Desalniettemin is ook dit leerstuk volop in beweging, zoals blijkt uit de recente conclusie van advocaat-generaal Widdershoven.¹⁷⁷ Indien de rechter oordeelt dat het wettelijk kader onrechtmatig is, zal hij het onverbindend verklaren of in de specifieke situatie buiten toepassing laten.

Contra legem afwijken

Een andere mogelijkheid is om niet het wettelijk kader zelf actief te toetsen, maar om te betogen dat de toepassing in het specifieke geval onrechtmatig zou zijn en daarom afgeweken moet worden van het wettelijk kader.¹⁷⁸ Dan hebben we het over de *contra legem* toepassing van

¹⁷⁵ Ook ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019, p. 56, bepleit in bepaalde gevallen een hardheidsclausule op te nemen. Vgl. ook WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, p. 15, 135; Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 21-22.

¹⁷⁶ In sommige gevallen zal de rechter dit zelf toetsen in zijn taak om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Dit procesrechtelijke vraagstuk laten wij hier verder rusten.

¹⁷⁷ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (Conclusie Widdershoven exceptieve toetsing).

¹⁷⁸ Het onderscheid tussen deze twee wordt niet altijd even scherp gemaakt. Zie voor een heldere uiteenzetting de annotatie van H.J. Simon bij ABRvS 1 februari 1988, AB 1988/456.

rechtsbeginselen. Zo kan bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel in uitzonderingsgevallen worden toegepast in afwijking van een wettelijk voorschrift. Bij wettelijke regelingen die geen wetten in formele zin zijn, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van hogere aard en daarom onverkort van toepassing op de uitwerking van het wettelijk kader in het specifieke geval.¹⁷⁹

Maar geldt dat nu ook voor wetten in formele zin? In dit kader bestaat discussie over de rol van artikel 3:4 Awb. Afgezien van een hardheidsclausule voor punitieve sancties (artikel 5:46 lid 3 Awb) kent de Awb geen algemene hardheidsclausule. Sommige auteurs bepleiten dat het evenredigheidsbeginsel toegepast moet worden ook ingeval van gebonden bevoegdheden. Zo zet Scheltema uiteen dat dit bij de toepassing van formele wetten die geen beslissingsruimte toestaan, het bestuur in zijn besluitvorming wel geacht wordt ervoor te zorgen dat de evenredigheid wordt bewaakt.¹⁸⁰ Hij is van mening dat bestuursorganen van wettelijke voorschriften kunnen afwijken indien de uitkomst anders onevenredig zou zijn. Dit zou ook gelden voor wetten in formele zin, omdat de bijzondere wetgever anders expliciet had moeten aangeven dat in afwijking van de Awb de wet ook doorgang vindt indien de uitkomst onevenredig is.¹⁸¹ Toch geeft ook hij de voorkeur aan een nieuwe, algemene en eenduidige 'hardheidsclausule' in de Awb.¹⁸² Hij stelt in het kader van de wens om meer maatwerk te bieden voor om de volgende bepaling in de Awb op te nemen:¹⁸³

Artikel 3:4a: Indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen.

Een dergelijke bepaling zou de rol van evenredigheid aanzienlijk versterken en daarmee de mogelijkheid om materieel maatwerk te bieden ook ingeval van gebonden bevoegdheden. Tegelijkertijd is dit ook juist een knelpunt: een dergelijke afwijkingsbevoegdheid verandert de status van de bevoegdheid van een gebonden bevoegdheid naar een bevoegdheid die een eigen afweging vergt. Maar wie mag er eigenlijk afwegen wat een evenredige uitkomst is? Zeker in gevallen van wetten in formele zin, kunnen we niet zomaar voorbijgaan aan de afweging die de formele wetgever zelf heeft gemaakt en die de wetgever als opdracht aan het bestuursorgaan heeft gesteld. Het blijft echter zo dat bij wetten in formele zin de rechter niet is toegestaan om deze aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen en dit dus een soort 'verkapte' toetsingsmogelijkheid zou kunnen worden.

Een belangrijke vraag is daarom ook wat een dergelijke afwijking zegt over het wettelijk voorschrift zelf. In principe is hier hetzelfde aan de hand als bij art. 4:84 lid 2 Awb (de inherente

¹⁷⁹ Zie hierover ook Pels Rijcken, *Maatwerk met de Awb* 2019, p. 36.

¹⁸⁰ Scheltema, *NTB* 2019/24, p. 248 ev.,

¹⁸¹ Scheltema, *NTB* 2019/24, p. 250.

¹⁸² Scheltema in Kromhout & Marseille *NTB* 2019/60, p. 378.

¹⁸³ Scheltema *Regelmaat* 2018, p. 128.

afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels): de beleidsregel is op zichzelf rechtmatig en geldt voor de meeste gevallen, maar in het geval van een uitzondering, moet ook een uitzondering gemaakt worden. Hierbij speelt dan wel dezelfde discussie als bij de beleidsregels: als de bijzondere omstandigheden niet in feitelijk onvoorziene omstandigheden zitten, maar in de onevenredige uitkomst zelf, is er dan misschien niet wel degelijk iets mis met de wettelijke regeling zelf? In het kader van rechtmatigheid en rechtszekerheid zou er dan eigenlijk gestreefd moeten worden naar een betere wettelijke regeling, terwijl de rechter dat dus juist niet mag toetsen.

Al met al is er in het licht van ontstane problemen bij besluitvorming op basis van gebonden bevoegdheden, behoefte aan een algemene maar op dit moment niet voorhanden zijnde afwijkingsmogelijkheid. Toepassing van artikel 3:4 lid 2 bij gebonden bevoegdheden stuit immers op problemen nu de evenredigheid bij het vaststellen van de bevoegdheden niet voor alle gevallen kan worden overzien. Een algemene afwijkingsmogelijkheid roept echter ook vragen op over wie wanneer dient af te wijken en hoe dit zich verhoudt tot het wettelijk stelsel.

4. Illustratie & Inspiratie

*Omgevingsrecht
Sociaal Domein*

4. Ter illustratie en inspiratie: het omgevingsrecht en het sociaal domein

4.1. Inleiding

Zoals in de Inleiding al werd aangekondigd, bevat dit rapport twee case studies. Deze gaan over maatwerk in het omgevingsrecht en in de decentralisaties in het sociaal domein. De bedoeling hiervan is niet om de focus van dit rapport te versmallen. In plaats daarvan geeft het onderstaande kleur aan wat werd besproken in de voorgaande hoofdstukken. Ook bieden de case studies – van terreinen die volop in beweging zijn – inspiratie voor het hoe en wat van het streven naar maatwerk.

4.1. Maatwerk in het omgevingsrecht

4.1.1. Procedureel maatwerk in het omgevingsrecht

Het omgevingsrecht heeft zich de laatste decennia meer en meer ontwikkeld van een beschikkingenfabriek naar een standaardwinkel voor simpelere gevallen en een atelier voor de complexere gevallen. Waar voorheen voor relatief veel activiteiten een vergunningplicht gold en derhalve veel individuele beschikkingen genomen moesten worden, zijn nu veel activiteiten vergunningvrij gemaakt. Deze activiteiten moeten nu wel voldoen aan algemene regels die zijn gesteld in verschillende algemene maatregelen van bestuur, zoals het Activiteitenbesluit milieubeheer en het Besluit omgevingsrecht. Deze ontwikkeling wordt onder de Omgevingswet bewust en op grote schaal voortgezet. Dit sluit goed aan bij de zogenoemde verbeterdoelen van deze wet, zoals het vergroten van het gebruiksgemak van het omgevingsrecht en het versnellen van besluitvorming over activiteiten in de fysieke leefomgeving.¹⁸⁴ Deze ontwikkeling is ingegeven door een vrijwel voortdurende wens van de wetgever om de administratieve lasten voor burgers en bedrijven in het omgevingsrecht te verminderen.¹⁸⁵ Hierbij past wel de kanttekening dat in veel gevallen het vervangen van een voorafgaande toestemming van het bevoegde bestuursorgaan niet mogelijk is vanwege Europeesrechtelijke verplichtingen. Zo kent het omgevingsrecht in dit kader zelfs het wat bijzondere instrument van de omgevingsvergunning beperkte milieutoets (OBM-vergunning), dat er in voorziet dat bij in beginsel vergunningvrije inrichtingen toch een voorafgaande toestemming is vereist en waarbij uitsluitend wordt beoordeeld of een milieueffectrapport voor de inrichting is vereist.¹⁸⁶

Het op grote schaal werken met algemene regels sluit procedureel maatwerk in het omgevingsrecht niet bij voorbaat uit. Op verschillende manieren kan het ‘confectiepak’ van de algemene regels toch enigszins op maat worden gesneden. Zo is het bij veel vergunningvrije

¹⁸⁴ *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33962, nr. 3, p. 25.

¹⁸⁵ Zie ook Houweling 2006, p. 30-39.

¹⁸⁶ Zie artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en artikel 2.2a van het Besluit omgevingsrecht.

situaties voor het bestuursorgaan wel mogelijk om bij wijze van maatwerk bij afzonderlijke beschikking maatwerkvoorschriften te stellen.¹⁸⁷ Met een dergelijk voorschrift kunnen aanvullende eisen worden gesteld aan de inrichting als de specifieke omstandigheden dat vergen. Ook is het soms mogelijk dat bij wijze van maatwerkvoorschrift kan worden bepaald dat van bepaalde algemene regels in het specifieke geval mag worden afgeweken. Ook in de Omgevingswet zal dit instrument voorkomen om meer maatwerk te kunnen leveren bij vergunningvrije activiteiten.¹⁸⁸ Het op grote schaal vergunningvrij maken van activiteiten kent in het licht van maatwerk wel een belangrijke keerzijde: in veel gevallen zal juist de behoefte bestaan aan enige rechtszekerheid over de vraag of de activiteit in overeenstemming is met het recht. Vaak willen bedrijven en burgers een beschikking omdat deze voorafgaande toestemming zekerheid geeft die algemene regels niet bieden. Het oordeel van het bestuursorgaan of een voorgenomen activiteit in overeenstemming is met de algemene regels is momenteel in beginsel geen voor bezwaar en beroep vatbaar besluit, zodat het uiteindelijke oordeel of een activiteit in overeenstemming is met algemene regels een kwestie van handhaving wordt.¹⁸⁹ Onder de Omgevingswet is vergunningvrij het uitgangspunt geworden en de vergunningplicht de uitzondering. In combinatie met het omgevingsplan, dat vaak globaler van aard zal zijn dan het huidige bestemmingsplan, zal het vergunningvrij laten van veel bouwactiviteiten tot rechtsonzekerheid kunnen leiden. Een omgevingsplan dat veel verschillende functies en bouwwerken toelaat en waarvoor geen vergunning is vereist biedt zowel initiatiefnemers als omwonenden immers meer flexibiliteit, maar minder rechtszekerheid. Als een initiatiefnemer zekerheid wil verkrijgen of zijn bouwplan vergunningvrij is, kan hij het bestuursorgaan dus om een bestuurlijk rechtsoordeel vragen. Opvallend is dat naar aanleiding van het in de Omgevingswet opgenomen systeem een discussie is ontstaan over het niet voor beroep vatbare bestuurlijke rechtsoordeel. Deze discussie heeft geleid tot een motie van senator Nicolai over de zogenoemde voor beroep vatbare conformiteitsverklaring, die door de Eerste Kamer is aangenomen.¹⁹⁰ Dit betekent dat zal worden heroverwogen of een voor beroep vatbare conformiteitsverklaring alsnog in de Omgevingswet moet worden opgenomen, als uit de rechtspraak na inwerkingtreding van de Omgevingswet blijkt dat een bestuurlijk rechtsoordeel over het vergunningvrije karakter van een bouwplan niet wordt aangemerkt als besluit. De bal is ligt in zoverre dus eerst bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Deze discussie geeft mooi weer dat bij een (te) ver doorgevoerde keuze voor flexibiliteit de wens naar enige rechtszekerheid de wal het schip uiteindelijk zal keren.

Naast de mogelijkheden van het bestuursorgaan om met maatwerkvoorschriften af te wijken van algemene regels, staat soms voor belanghebbenden de mogelijkheid open om te

¹⁸⁷ Zie artikel 1.2 en artikel 2.1, vierde lid, van het Activiteitenbesluit milieubeheer en artikel 8.42 van de Wet milieubeheer. Zie ook ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1682, *M&R* 2017/113, m. nt. V.M.Y. van 't Lam en E.C. van der Maden.

¹⁸⁸ Artikel 4.5 van de Omgevingswet.

¹⁸⁹ Zie in dit verband ook Van Driel *BR* 2017/37 en De Haan & Moesker, *TBR* 2017/109.

¹⁹⁰ Kamerstukken I, 2019-2020, 34986, nr. Y en Kamerstukken I, 2019-2020, 34986, nr. 20, item 15.

verzoeken om een andere, maar gelijkwaardige maatregel ten opzichte van de voorgeschreven maatregel in de algemene regel.¹⁹¹ Ook dat is een vorm van procedureel maatwerk in het omgevingsrecht. In het huidige omgevingsrecht hebben dergelijke gelijkwaardigheidsbepalingen een beperkte rol.¹⁹² In de Omgevingswet krijgt het instrument van gelijkwaardigheid echter een bredere reikwijdte, nu dit instrument wordt opengesteld over de volle breedte van de Omgevingswet en toepasbaar zal zijn op iedere maatregel die in een algemene regel is voorgeschreven, tenzij deze maatregel hiervan is uitgesloten.

Een andere vorm van procedureel maatwerk in het omgevingsrecht is gebieds- of onderwerpsgebonden maatwerk. Daarmee wordt bedoeld op het geval dat algemene regels die gelden voor een groter gebied kunnen worden toegesneden op een specifieke situatie of een specifiek onderwerp. Deze vorm van maatwerk kan worden geboden door het opnemen van een specifieke (maat)bestemming in een bestemmingsplan, al dan niet op aanvraag, of door middel van het verlenen van een omgevingsvergunning tot afwijking van dat bestemmingsplan.¹⁹³ Daarnaast kan in een bestemmingsplan worden bepaald dat het college van burgemeester en wethouders ten aanzien van onderdelen van het plan nadere eisen kunnen stellen.¹⁹⁴ Op Rijks- en provinciaal niveau is maatwerk ten opzichte van de nationale of provinciale algemene regels mogelijk door het instrument van de ontheffing die onder bijzondere omstandigheden mag worden verleend.¹⁹⁵ In de Omgevingswet zullen deze mogelijkheden voor maatwerk ook bestaan. Zo kan maatwerk worden geleverd door middel van (partiële herziening van) het omgevingsplan en door middel van een omgevingsvergunning voor een (buitenplanse) omgevingsplanactiviteit.¹⁹⁶ Daarnaast zal een belangrijk instrument voor maatwerk de zogenoemde maatwerkregels zijn.¹⁹⁷ In een algemene maatregel van bestuur, zoals het Besluit kwaliteit leefomgeving, of een provinciale omgevingsverordening kan immers worden bepaald dat in het omgevingsplan maatwerkregels mogen worden gesteld over daarbij aangewezen onderwerpen. Een dergelijke maatwerkregel kan aanvullend of afwijkend zijn van de algemene regels van het Rijk of provincie. Maatwerkregels kunnen territoriaal worden begrensd of van toepassing worden verklaard op bepaalde omgevingsrechtelijke onderwerpen.¹⁹⁸ Ook het instrument van de ontheffing van nationale en provinciale algemene regels komt in de Omgevingswet weer terug.¹⁹⁹

¹⁹¹ Zie artikel 1.8 van het Activiteitenbesluit milieubeheer en artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2012.

¹⁹² In 't Hout *RegelMaat* 2019.

¹⁹³ Zie artikelen 3.1 en 3.9 van de Wet ruimtelijke ordening en artikel 2.12 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

¹⁹⁴ Zie artikel 3.6, eerste lid, onder d, van de Wet ruimtelijke ordening. Van deze bevoegdheid wordt overigens weinig gebruik gemaakt.

¹⁹⁵ Zie artikelen 4.1a en 4.3a van de Wro. Zie ook ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3224, AB 2018/410, m. nt. R. Kegge.

¹⁹⁶ Zie voor het omgevingsplan artikel 2.4 en 2.8 van de Omgevingswet en voor de omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit artikel 5.1 van de Omgevingswet.

¹⁹⁷ Artikel 4.6 van de Omgevingswet.

¹⁹⁸ De Graaf & Tolsma *M&R* 2014/126.

¹⁹⁹ Zie artikel 2.32 van de Omgevingswet.

Tot slot mag het instrument van inspraak in het kader van procedureel maatwerk niet ontbreken. Daarmee doelen wij op inspraak voorafgaand aan de formele bestuurlijke voorprocedure. Onder het huidige regime maakt inspraak geen verplicht deel uit van de wettelijke voorprocedure bij ruimtelijke projecten.²⁰⁰ Onder de Omgevingswet komt hier verandering in en wordt vroegtijdige inspraak bij verschillende instrumenten, zoals de omgevingsvisie, het omgevingsplan en de omgevingsvergunning, ingevoerd.²⁰¹ Het bieden van inspraak voordat de formele besluitvormingsprocedure aanvangt, heeft onder meer tot doel meer draagvlak bij omwonenden te creëren. Daarbij speelt maatwerk een rol, nu in deze fase een project vaak nog gedeeltelijk kan worden aangepast op de wensen van deze omwonenden. Dit kan tot gevolg hebben dat deze omwonenden geen aanleiding zullen zien om hiertegen rechtsmiddelen aan te wenden, waardoor maatwerk aan de ‘voorkant’ uiteindelijk kan leiden tot versnelling van de procedure aan de ‘achterkant’. Daarbij past wel de kanttekening dat investeren in maatwerk aan de voorkant zich uiteraard niet steeds zal uitbetalen in een versnelling van de procedure aan de ‘achterkant’, aangezien het vaak zal voorkomen dat niet volledig tegemoet zal of kan worden gekomen aan de wensen van burgers en bedrijven en dat deze, ondanks de inspraak, toch rechtsmiddelen zullen aanwenden tegen het uiteindelijke besluit.

4.1.2. Materieel maatwerk in het omgevingsrecht

Naast de hierboven beschreven instrumenten voor maatwerk, is van wezenlijk belang dat de aan het bestuursorgaan toegekende bevoegdheid ook ruimte laat voor het leveren van maatwerk in het individuele geval. Dat is alleen het geval indien een bevoegdheid aan het bestuursorgaan beslissingsruimte toekent. Bij een gebonden bevoegdheid is er geen ruimte voor maatwerk. Veel bevoegdheden in het omgevingsrecht kennen het bestuursorgaan dan ook beslissingsruimte toe. Dat stelt deze bestuursorganen in staat om materieel maatwerk te kunnen leveren op basis van een zorgvuldige inventarisatie en afweging van de relevante belangen. Een van de centrale verbeterdoelen van de Omgevingswet is het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte, waardoor meer ruimte zal worden geboden voor activiteiten van burgers en bedrijven.²⁰² Verhoeven wijst er op dat bij een toenemende bestuurlijke afwegingsruimte er een grotere rol zal zijn weggelegd voor de bestuursrechter die steeds indringender de gekozen invulling van de beslissingsruimte zal moeten beoordelen.²⁰³ Het is echter vooralsnog de vraag of de Afdeling bij een toename van bestuurlijke afwegingsruimte per definitie indringender terughoudend zal toetsen. De bestuursrechter zal deze indringender, maar terughoudende toetsing met name aan de hand van de artikelen 3:2, 3:46 en 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht vormgeven.²⁰⁴ Lurks en Van Renssen bevelen in hun preadvies “Doelgericht maatwerk: tussen

²⁰⁰ Zie bijvoorbeeld ABRS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1686.

²⁰¹ Boeve en Groothuijse *Recht der Werkelijkheid* 2019.

²⁰² *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33962, nr. 3, p. 7 en 39.

²⁰³ Verhoeven *M&R* 2019/124.

²⁰⁴ Kegge *JBplus* 2018/4.

integratie en specialisatie in de Omgevingswet” aan dat bestuursorganen, gelet op de vele mogelijkheden tot maatwerk in de Omgevingswet, consequent en stelselmatig in lijn moeten handelen met hun beleid en dat maatwerk alleen aan de orde moet zijn bij uitzonderingsgevallen.²⁰⁵ Als in een dergelijk uitzonderingsgeval al dan niet maatwerk wordt geboden, dan kan de bestuursrechter zijn evenredigheidstoets het beste vormgeven aan de hand van de criteria noodzakelijkheid, geschiktheid en proportionaliteit, zoals die in de bestemmingsplanjurisprudentie over de Dienstenrichtlijn reeds worden gehanteerd. In het kader van materieel maatwerk zal het bestuursorgaan uitgebreider dan nu vaak het geval is, moeten motiveren waarom wel of niet is gekozen voor maatwerk en wat daar de gevolgen voor belanghebbenden zullen zijn.

Maatwerk in materiële zin wordt ook in toenemende mate mogelijk gemaakt doordat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (onder meer in het omgevingsrecht) strenge jurisprudentielijnen heeft verlaten. Zo is de ambtshalve toetsing van nieuwe feiten en omstandigheden bij herhaalde aanvragen als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb komen te vervallen, waardoor bestuursorganen de ruimte hebben gekregen om een herhaalde aanvraag bij het ontbreken van nieuwe feiten en omstandigheden toch inhoudelijk te beoordelen.²⁰⁶ Ook is, zoals reeds vermeld, de jurisprudentielijn verlaten dat bij de vaststelling van een beleidsregel verdisconteerde omstandigheden niet kunnen leiden tot toepassing van de afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 van de Awb.²⁰⁷ Dit maakt een ruimere toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels mogelijk en biedt meer ruimte voor maatwerk. Daarnaast is van belang dat de toepassing van het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht enigszins is versoepeld, waardoor eerder gerechtvaardigd vertrouwen moet worden aangenomen op basis van een uitlating of gedraging van een persoon waarvan een burger op goede gronden mocht verwachten dat deze persoon het standpunt van het bevoegde bestuursorgaan verkondigde.²⁰⁸ Deze nieuwe jurisprudentielijn geeft aldus de Afdeling een verschuiving weer van het bestuurlijke naar het burgerperspectief. Met deze jurisprudentie probeert de Afdeling de rechtspositie van de burger ten opzichte van het bestuur in het vaak complexe omgevingsrecht te versterken.²⁰⁹

Tot slot speelt in kader van maatwerk digitalisering van het omgevingsrecht een grote rol. Veel omgevingsrechtelijke besluiten worden genomen met behulp van geautomatiseerde systemen en modellen. Dat verhoogt in veel gevallen het gebruiksgemak van het omgevingsrecht voor zowel de burger als het bestuursorgaan en maakt besluitvorming sneller en efficiënt. Maar daar staat tegenover dat dergelijke systemen vaak niet zijn gebouwd om

²⁰⁵ Lurks & Van Renssen 2020.

²⁰⁶ ABRvS 23 november 2016, AB 2017/101, m. nt. H.E. Bröring.

²⁰⁷ ABRvS 26 oktober 2016, AB 2016/447, m. nt. H.E. Bröring.

²⁰⁸ ABRS 29 mei 2019, AB 2019/302, m. nt. L.J.A. Damen.

²⁰⁹ Volledigheidshalve wordt wel gewezen op de uitspraak van de Afdeling van 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2949, waarin zij voor de toerekening van een toezegging aan de gemeenteraad belangrijke beperkingen aanbrengt.

maatwerk mogelijk te maken en weinig inzicht bieden in de wijze waarop het systeem tot beslissingen komt. In haar verwijzingsuitspraak over het Programma Aanpak Stikstof signaleerde de Afdeling dit risico en heeft zij overwogen dat bij gebruikmaking van dergelijke systemen de verplichting bestaat om de daarin gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze voor derden toegankelijk zijn.²¹⁰ In navolging van jurisprudentie van de Hoge Raad heeft de Afdeling haar eerdere jurisprudentie wel wat genuanceerd door een onderscheid te maken tussen standaard invoergegevens en maatwerk invoergegevens en te overwegen dat verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42 van de Awb alleen geldt voor de maatwerk invoergegevens en dat de standaard invoergegevens slecht op verzoek van een belanghebbende moeten worden overgelegd.²¹¹

4.1.3. Inspiratie uit het omgevingsrecht

Het omgevingsrecht kent geen massale beschikkingverlening in een beschikkingenfabriek, zoals het geval is bij bijvoorbeeld de Belastingdienst of DUO. Naar zijn aard is besluitvorming in het omgevingsrecht maatwerk omdat de fysieke leefomgeving waarin activiteiten worden ontplooid steeds zal verschillen en de relevante belangen steeds om een andere afweging kunnen vragen. Toch gaat het te ver om het hele omgevingsrecht als ‘atelier’ aan te duiden. Veel situaties vertonen grote gelijkenis en in die situaties kan, zoals momenteel ook het geval is, worden gekozen voor een stelsel van vergunningvrije activiteiten die onder het bereik van algemene regels vallen. In het kader van deregulering is het aantal vergunningplichten vergaand teruggebracht en zijn veel activiteiten vergunningvrij geworden. Dat heeft echter meteen de behoefte aan verschillende maatwerkinstrumenten, zoals maatwerkvoorschriften, in het omgevingsrecht doen toenemen. De veelheid aan maatwerkinstrumenten in het omgevingsrecht maakt het systeem helaas ook meteen complex en weinig inzichtelijk voor de gebruiker. Dat zal onder de Omgevingswet niet veranderen, zoals al volgt uit de recente discussie over het instrument van de conformiteitsverklaring. Het toevoegen van steeds nieuwe instrumenten om maatwerk te leveren kent dus een belangrijk risico. Maatwerk kan beter worden gevonden door goed gebruik te maken van de huidige instrumenten en zo vroeg mogelijk in de procedure. Met name in de fase van inspraak, nog voordat formele besluitvormingsprocedure aanvangt, liggen hier mogelijkheden. Daarbij is wel een vereiste dat het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft om in het individuele geval ook maatwerk te kunnen leveren en dat de bestuursrechter de uiteindelijke keuze van het bestuursorgaan om al dan niet maatwerk te leveren op een inzichtelijke wijze toetst aan het evenredigheidsbeginsel.

²¹⁰ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017, *Gst* 2017/170, m. nt. B. Assink.

²¹¹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, *Milieu & Recht* 2018/124, m. nt. M. Kaajan.

4.2. Maatwerk in het sociaal domein

In 2015 werden met onder andere als doel ondersteuning op maat, de terreinen van de Jeugdwet, de Participatiewet en de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO 2015) gedecentraliseerd. ‘Doen wat nodig is’ en ‘integraal werken’ waren daarbij belangrijke uitgangspunten. Maatwerk stond centraal in de beleidshypothese om ondersteuning op gemeentelijk niveau te organiseren.²¹² De gemeente staat dicht bij haar burgers en zou daarom een beter zicht hebben op de behoefte van burgers. Daarnaast werd ingezet op de eigen verantwoordelijkheid van burgers voor participatie en zelfredzaamheid, voordat de overheid zelf hulp biedt ‘énkel dat doen wat écht nodig is’. Gemeenten zouden beter zicht hebben op de mogelijkheden om het sociale netwerk, vrijwilligers en mantelzorgers in te schakelen. In het verlengde hiervan ligt een integrale uitvoering, waarmee wordt beoogd dat de oplossingen voor verschillende problemen elkaar versterken en niet in de weg zitten. Maatwerk heeft in het sociaal domein dus twee kanten: enerzijds verfijning van het aanbod en anderzijds beperking van het aanbod tot de gevallen ondersteuning strikt noodzakelijk is. Het bekendste voorbeeld van deze dubbele maatwerkambitie is het keukentafelgesprek, waarbij de overheid letterlijk aanschuift in de leefwereld van de cliënten.

Maatwerk in het sociaal domein vindt plaats op twee niveaus. Ten eerste hebben gemeenten veel ruimte om zowel het proces, zoals waar een aanvraag voor ondersteuning kan worden ingediend, als de mogelijke ondersteuningsmaatregelen, vorm te geven. Gemeenten zijn verantwoordelijk voor het opstellen van een WMO plan,²¹³ de arbeidsinschakeling onder de Participatiewet²¹⁴ en een plan voor Jeugdzorg.²¹⁵ De gemeente heeft de ruimte om haar beleid toe te spitsen op de specifieke belangen van ingezetenen.²¹⁶ Naast dit maatwerk op decentraal beleidsmatig niveau, is er individueel maatwerk op het niveau van besluitvorming en uitvoering. Bij het organiseren van dit individuele maatwerk is een belangrijke rol weggelegd voor de professionals. Zij hebben contact met de hulpbehoevende en van hen wordt verwacht op basis van hun deskundigheid met een oplossing op maat te komen. Zo hebben huisartsen een rol in de toegang tot de jeugdzorg en is de uitwerking en uitvoering van sommige maatwerkvoorzieningen, bijvoorbeeld thuishulp, grotendeels aanbesteed aan (private) zorgaanbieders.

In het sociale domein is het vaak niet nuttig om de hulp in detail vast te leggen in een besluit, aangezien situaties (mate van hulpbehoefte, beschikbare mantelzorgers, etc.) snel veranderen. Daarom beogen gemeenten om resultaatgericht te beschikken. De burger krijgt

²¹² Raad van State, *En nu verder!* 2016, p. 14.

²¹³ Artikel 2.1.2 WMO 2015.

²¹⁴ Artikel 7 Participatiewet.

²¹⁵ Artikel 2.2 Jeugdwet. Ondertussen geeft de overheid aan met betrekking tot de jeugdzorg bepaalde bevoegdheden weer te centraliseren in de zin dat een deel van de vormen van jeugdhulp bovenregionaal georganiseerd zullen worden, Kamerstukken II, 2019-2020, 31839, nr. 699.

²¹⁶ Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 107. .

bijvoorbeeld aanspraak op een schoon huis in plaats van een aantal uur schoonmaakhulp. Voor de zorgaanbieder is er tijdens de uitvoering dus ruimte om zorg op maat te leveren.²¹⁷

4.2.1. Procedureel maatwerk in het sociaal domein

De maatwerkketen in het sociaal domein zal hieronder chronologisch uiteen worden gezet.

In de Awb worden geen bijzondere aanwijzingen gegeven over hoe gemeenten de toegang tot hulp moeten organiseren. In sectorwetgeving wordt aan gemeenten enkel de opdracht gegeven om hulp toegankelijk te maken. In de praktijk organiseren gemeenten een centraal meldpunt en sociale wijkteams.²¹⁸ De ambitie is daarbij om de toegang juist in het sociaal domein zo laagdrempelig mogelijk te organiseren. Het bestaan van verschillende ingangen voor hulpaanvragen van verschillende aard kan voor de aanvrager, die zelf misschien niet weet waar hij recht op heeft, als onduidelijk worden ervaren.²¹⁹ Eén loket voor alle aanvragen wordt geprefereerd. Anderzijds voelen aanvragers met privacygevoelige problematiek zich juist minder comfortabel bij een breed, centraal meldpunt, aangezien zij niet meteen de juiste persoon voor zich hebben. Dat kan een barrière zijn voor het aanvragen van ondersteuning.²²⁰ De meeste gemeenten werken daarom met meerdere gemixte wijkteams waarin vrijwilligers, WMO-consulenten, jeugdzorg professionals en soms wijkverpleegkundigen plaats hebben.²²¹ Daar kunnen mensen direct terecht bij de juiste persoon en dat kan helpen bij een integrale aanpak van problemen, aangezien er op meerdere terreinen deskundigheid voorhanden is.

Hulp op maat veronderstelt een juiste voorstelling van de persoonlijke situatie van een hulpbehoevende. ‘Uitgangspunt is een proces waarin de gemeente en de persoon met een ondersteuningsbehoefte in samenspraak diens situatie in kaart brengen en op basis daarvan bezien op welke wijze de zelfredzaamheid en participatie van betrokkene kan worden versterkt.’²²² In de praktijk komt dit neer op een keukentafelgesprek of een gesprek in een wijkcentrum met een professional. Op basis van het gesprek schat die in wat de burger zelf kan organiseren met behulp van diens sociale netwerk en waar de gemeente met algemene of specifieke voorzieningen moet aanvullen. Het is aan de gemeente de taak om de professional daarvoor de tijd te geven. Maatwerk kost nu eenmaal meer tijd dan standaardwerk, zeker omdat er soms dieper liggende problemen zijn, die de oorzaak zijn van de verslechterde situatie van de hulpbehoevende.²²³ Om te doen wat écht nodig is, is er zicht op die dieper liggende problemen nodig. Een door professionals ervaren barrière voor het leveren van maatwerk is beperkte tijd

²¹⁷ Pommer e.a., *Wisselend Bewolkt* 2018, p. 173; Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 51-53

²¹⁸ Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 65, 70.

²¹⁹ Pommer e.a., *Wisselend Bewolkt* 2018, p. 35; Nationale Ombudsman, *Zorgen voor burgers* 2018, p 14.

²²⁰ Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 66.

²²¹ Ruim 80% van de gemeenten maakt gebruik van gemixte sociale wijkteams. In de meeste gemeenten zijn die een belangrijk aanmeldpunt voor aanvragers, Van Arum & Van den Enden, *Sociale (wijk)teams* 2018, p. 15.

²²² *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 10.

²²³ Bakker 2019, p. 258.

voor individuele aanvragers, door hoge werkdruk.²²⁴ Professionals worden in veel gemeenten beoordeeld naar de hoeveelheid mensen die zij hulpbieden en voelen dus druk om te ‘scoren’.²²⁵ Als gevolg daarvan verandert maatwerk in standaardwerk. Er wordt minder meegedacht met de aanvrager en professionals zijn eerder geneigd aanvragen af te wijzen op administratieve gronden.²²⁶ Vooral onmondige hulpbehoevenden zijn hier de dupe van, aangezien zij minder snel en precies kunnen aangeven waar de problemen werkelijk liggen.²²⁷

Bij meerdere problemen van verschillende aard vereist maatwerk dat meerdere partijen samen een integrale oplossing voor problemen vinden. Die organisatie van die samenwerking loopt nog niet altijd vlekkeloos. Omdat voorbereiding van een besluit, het besluit zelf en de uitvoering vanuit een private partij allemaal verweven zijn, is samenwerking van een groot aantal partijen vereist. Professionals hebben alleen mandaat op het terrein waarop zij zorg bieden en hebben dus onvoldoende bevoegdheden om integraal de problemen op te lossen.²²⁸ Daar komt bij dat professionals op diverse beleidsterreinen binnen verschillende wettelijke kaders moeten opereren. De participatiewet geeft bijvoorbeeld minder ruimte voor handelen naar eigen inzicht dan de WMO 2015.²²⁹ Tussen twee aanbieders kan het vanuit privacyoverwegingen lastig zijn om informatie over een hulpbehoevende te delen.²³⁰ Daarnaast hebben aanbieders niet altijd voldoende prikkels om samen met een concurrent zorg te leveren en is de verdeling van verantwoordelijkheden tussen zorgaanbieders onoverzichtelijk.

De klassieke bescherming in het bestuursrecht botst op een aantal punten met de maatwerk-ambities in het sociaal domein.²³¹ De inzet op globale indicatiestelling met flexibiliteit in de private uitvoering is op een aantal punten in strijd met het recht geoordeeld door de Centrale Raad van Beroep. Centraal in deze discussie staat de reeds besproken resultaatgerichte indicatie waarin de burger niet meer recht heeft op een bepaald aantal uren hulp maar aanspraak krijgt op een ‘schoon en leefbaar huis’. Omdat klachten over de kwaliteit van de schoonmaak na afloop van de bezwaartermijn niet meer aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd, oordeelde de CRvB deze situatie in strijd met de rechtszekerheid.²³² Door deze uitspraak is maatwerk en integrale oplossing van problemen onder druk komen te staan en veel gemeenten zijn teruggevallen op oud beleid.²³³ Gemeenten mogen namelijk niet meer resultaatgericht beschikken en daarmee gebruik maken van private flexibiliteit. Deze

²²⁴ Bredewold e.a.2018, p. 192; Bakker 2019, p. 313.

²²⁵ Bredewold e.a. 2018, p. 193.

²²⁶ Bredewold e.a., 2018, p. 193., p. 192-196.

²²⁷ Bredewold e.a., 2018, p. 193, p. 193.

²²⁸ Eindrapportage Verkenning Regeling (wellicht wet) Maatwerk Multiprobleem Huishoudens, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2018-2019, 34477, nr. 63, p. 9.

²²⁹ Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 11; Verkenning Regeling (wellicht wet) Maatwerk Multiprobleem Huishoudens 2019, p. 9.

²³⁰ Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 112.

²³¹ Advies Scheltema: *Kamerstukken II*, 2017-2018, 34477, nr. 27.

²³² CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1491; CRvB 8 oktober 2018 ECLI:NL:CRVB:2018:3241.

²³³ Van Ettehoven *NTB* 2016/50, p. 375.

problematiek is de regering niet ontgaan. Sinds dit jaar worden er stappen gezet om een meer integrale geschilbeslechting te verankeren in sectorwetgeving.²³⁴

4.2.2. Materieel maatwerk in het sociaal domein

Materieel maatwerk in het sociaal domein in de zin van ‘doen wat nodig is’, is vooral een kwestie van het organiseren van de juiste professionaliteit met de juiste ruimte op de juiste plek. Beoordelen wat iemand nodig heeft is niet hetzelfde als het vaststellen waar iemand recht op heeft. Dat betekent allereerst dat de regels voldoende ruimte voor variatie moeten bieden. Doorgaans ontbreekt het daar niet. Het gemiddelde beleidsplan van de gemiddelde gemeente staat bol van de wens dat er ruimte moet zijn voor de professional om tot een passende oplossing te komen. Regels en bureaucratie mogen daaraan niet in de weg te staan.²³⁵ Veel professionals in de Wmo 2015 geven aan dat ze ruimte ervaren.²³⁶ Gebrek aan ruimte ervaren de professionals in het systeem van verantwoording. De inschatting aan de keukentafel van de professional wordt dan verderop in de gemeentelijke organisatie aanvullend getoetst aan de kaders van het beleid en de financiële haalbaarheid. In die gevallen gebeurt dan dus niet wat de professional aan de keukentafel dacht dat nodig was.²³⁷

Net als op het procedurele vlak, heeft de gemeente ruimte om te bepalen wat voor voorzieningen zij (deels) vergoeden. Verschil in het zorgaanbod tussen gemeenten is een uiting van maatwerk, maar kan door burgers als onrechtvaardig worden beschouwd. Zo nam Pauline Meurs in haar essay het voorbeeld van begeleiding bij niet-aangeboren hersenletsel. In Apeldoorn wordt dat vrijwel volledig vergoed, terwijl in Epe dat vrijwel geheel zelf betaald moet worden.²³⁸ Daarnaast kan verhuizing van een hulpbehoevende meebrengen dat de toegekende voorzieningen veranderen, niet meer vergoed worden of in het geval van geleverde goederen geheel moeten worden afgestaan. Verschillen in het zorgaanbod is inherent aan gedecentraliseerde bevoegdheden omtrent zorgaanbod en daarbij is de vraag hoe gelijkheid zich verhoudt tot de gemaakt beleidskeuze. Ook op individueel niveau kan, zoals eerder geschetst in hoofdstuk 3, het gelijkheidsbeginsel schuren met individueel maatwerk. Onderzoek laat zien dat in de uitvoering van de WMO 2015 maar weinig gemeenten maatwerk afwijzen, omdat dit ongelijke behandeling tussen burgers zou meebrengen.²³⁹ Een oplossing op maat moet immers aansluiten bij de specifieke omstandigheden van het individu en die zijn in elk apart geval anders. Professionals geven aan rekening te houden met het gelijkheidsbeginsel wanneer zij voorzieningen toekennen. Daarbij gaat het hen er vooral om geen schijn van ongelijkheid te

²³⁴ Kamerstukken II, 2019-2020, 34477, nr. 69.

²³⁵ Bredewold e.a. 2018, p. 189.

²³⁶ Slechts 8% gaf aan genoeg grotendeels of geheel geen ruimte te hebben om naar eigen inzicht te handelen, Feijten e.a., *Zicht op de WMO 2015*, p. 109.

²³⁷ Bredewold e.a., 2018, p. 196-198; Bakker 2019, p. 307-310.

²³⁸ Meurs 2016, p. 97-98.

²³⁹ Maar 6% van de geënquêteerde gemeenten geeft aan maatwerk af te wijzen, omdat het in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel, Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 108.

willen creëren.²⁴⁰ Als reden wordt gegeven dat het moeilijk uit te leggen is waarom er met twee ogenschijnlijk gelijke gevallen, anders wordt omgegaan.

4.2.3. Inspiratie uit het sociaal domein

Individueel maatwerk in het sociaal domein heeft twee kanten: zowel het toespitsen van het aanbod op het individuele geval, als het beperken van het aanbod tot de gevallen waarin dat echt nodig. In de context van het sociaal domein speelt die discussie zich niet alleen af binnen de tegenstelling van algemene normen en individuele besluiten. Het is óók, en misschien wel meer, een kwestie van deskundigheid: van het toepassen van regels naar het inschatten van een hulpvraag. Vanuit juridisch perspectief is het bevorderen hiervan hoofdzakelijk gericht op het bieden van ruimte. De professional moet vooral niet voor de voeten worden gelopen met regels en bureaucratie. Veel aandacht is de afgelopen vijf jaar gegaan naar dit juridisch mogelijk maken van maatwerk. Daarbij is een deel van de oorspronkelijke ambitie om de juridische rationaliteit zoveel mogelijk terug te dringen, voorlopig afgeketst bij de bestuursrechter op de klassieke wijze waarop het bestuursprocesrecht nog is georganiseerd. Het terugdringen van de juridische rationaliteit in de maatwerkketen is echter maar één kant van de medaille. Minstens zo belangrijk voor het realiseren van individueel maatwerk in het sociaal domein is het in positieve zin organiseren van de juiste professionaliteit bij de specifieke bevoegdheden. Dat gaat niet over algemene of specifieke materiele normstelling, maar over specifieke opleidingen voor degenen die aan de keukentafels de gesprekken voeren, professionele richtlijnen voor het toekennen voor voorzieningen, over bruisende beroepsverenigingen, tijd voor en aanbod van bijscholing en effectieve interventie.

²⁴⁰ Van der Ham e.a., *De Wmo 2015 in praktijk* 2018, p. 108; Bakker 2019, p. 227.

5. Conclusie

5. Aanloop naar oplossingsrichtingen en conclusie

5.1. Inleiding

Dit tussenrapport vormt het voorlopige resultaat van de eerste fase van ons onderzoek, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving. Zoals in de inleiding al werd aangegeven hebben wij ons in deze fase gericht op ‘het met behulp van reeds verricht onderzoek ordenen van knelpunten in de praktijk die in de weg staan aan maatwerk en het op basis van de Awb beoordelen van die knelpunten’.²⁴¹ Voor deze desktopstudie hebben wij tegen de achtergrond van een aantal uitgangspunten (zie par. 1.3) een studie verricht naar recente publicaties (rapporten/literatuur/jurisprudentie) over maatwerk en aanverwante thema’s zoals bijvoorbeeld ontwikkelingen rondom de Awb en verschillende bestuursrechtelijke deelterreinen. De bedoeling was om in dit tussenrapport de basis te leggen voor denk- en oplossingsrichtingen die het mogelijk maken de bij dit onderzoek behorende onderzoeksvragen van antwoorden te voorzien.²⁴² Bovendien zullen de bevindingen in dit rapport worden gebruikt als opmaat voor het komen tot een bredere analyse van de kansen van en kanttekeningen bij maatwerk in het bestuursrecht. Het feit dat het hier niet gaat om een zuiver juridisch vraagstuk maakt dat de waarde van juridische conclusies – hoewel uiterst belangrijk – beperkt is. In het eindrapport zal niettemin worden gepoogd, onder meer door het toevoegen van enkele niet-juridische perspectieven, de meerwaarde ervan zo groot mogelijk te laten zijn.

Voordat we dat doen vatten we eerst nog even onze voornaamste bevindingen en conclusies samen. Daarna geven we een schets van specifieke knel- en aandachtspunten waar we ‘wat mee moeten’; zaken die we nader moeten onderzoeken in een tweede fase van dit onderzoek om tot meer inzicht en ‘hardere’ conclusies en gedragen oplossingsrichtingen en aanbevelingen te komen.

5.2. De bevindingen samengevat

5.2.1. Procedureel maatwerk

In hoofdstuk twee werden knelpunten bij het bieden van procedureel maatwerk besproken. Het onderscheid tussen procedureel en materieel maatwerk is in dit rapport met name gekozen om de bevindingen op een logische wijze te kunnen ordenen. Zoals hieronder wordt aangegeven, leert het gemaakte onderscheid ons echter ook iets over waar we op in moeten zetten willen we daadwerkelijk meer maar ook beter maatwerk bieden (par. 5.3). Procedureel maatwerk ziet op de inrichting van de procedure van besluitvorming en de manier waarop de overheid zich – ook in de fasen daaromheen – opstelt jegens de burger. In het eerste deel van hoofdstuk 2 zijn twee

²⁴¹ Offerteaanvraag HIDM* Voor een overzicht van de huidige mogelijkheden op basis van de Awb, kan ook worden verwezen naar de Awb-toolbox in het advies van Pels Rijcken, *Maatwerk in de Awb* 2019.

²⁴² Zie Bijlage 1 bij dit onderzoek.

belangrijke redenen voor procedureel maatwerk besproken. Ten eerste kan de overheid middels procedureel maatwerk responsiever zijn en aansluiting zoeken bij het doenvermogen van de burger. Niet alleen kunnen bepaalde procedures gebruiksvriendelijker zijn, daarbij kan ook aandacht zijn voor de individuele burger en zijn behoeften en capaciteiten. Een tweede reden is die van procedurele rechtvaardigheid. Kort gezegd: zelfs als de burger niet tevreden is over de uitkomst van de besluitvorming, kan hij tevreden zijn met de bejegening en handelswijze van het bestuur – en zo toch ook vrede hebben met de uitkomst.

Vervolgens is gekeken naar de algemene normering van het handelen van de overheid: hierbij spelen beginselen als zorgvuldigheid en motivering een centrale rol, evenals vertrouwen in en betrouwbaarheid van de overheid. Relatief nieuw daarbij is het zogenoemde dienstbaarheidsbeginsel, dat inhoudt dat de overheid de burger dient te ondersteunen en langzaamaan in Nederland aan terrein wint. In lijn hiermee kan gedacht worden aan de aanstaande wijziging van de Awb, waarna artikel 2:1 zal voorschrijven dat het bestuursorgaan zorg draagt voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan, of aan de discussie over – de praktische betekenis en inbedding van – een recht van de burger om fouten te maken. Dit is te meer relevant in tijden dat digitalisering toeneemt en niet iedereen daarmee uit de voeten kan. Daar komt bij dat geautomatiseerde besluitvorming niet altijd genoeg ruimte biedt voor het bieden van maatwerk in individuele gevallen of althans de indruk wekt dat dat dat niet gebeurt.

Digitalisering maakt het probleem van een gebrek aan menselijke interventie zichtbaar. Moet er niet altijd – en dit geldt ook bij bijvoorbeeld besluitvorming op basis van gebonden bevoegdheden – sprake zijn van menselijke tussenkomst om onwenselijke of onevenredige besluiten te voorkomen? Hoorplichten spelen hierbij een belangrijke rol. Het lijkt echter niet realistisch en efficiënt om voor alle besluiten menselijk maatwerk te garanderen, en het is dan ook niet verwonderlijk dat deze doelstelling al snel naar de bezwaarfase wordt verschoven. Willen we daadwerkelijk meer maatwerk aan de voorkant, dan moet er wellicht een knop ‘ik heb maatwerk nodig’ komen, of kan gekeken worden welk soort besluiten hier het meest bij gebaat zijn. Want hoewel digitalisering voordelen heeft, zoals geüniformeerde en op veel data gebaseerde besluitvorming, kleeft er ook het nadeel aan dat die besluitvorming niet (voldoende) transparant is. Met name bij ketenbesluitvorming kan een enkele fout dan vergaande gevolgen hebben. Algemeen geldt dat wanneer systemen slimmer worden en met meer individuele data werken om zo ‘op maat’ te kunnen besluiten, burgers ook een grote rol krijgen in het aanleveren en controleren van al die gegevens. Dit legt een grote verantwoordelijkheid bij burgers, terwijl zij die juist niet allemaal even goed kunnen dragen.

Ook de rol van deskundigen is bij het bieden van maatwerk – waar mogelijk aan de voorkant – relevant. Met hun deskundigheid en kennis kunnen zij de menselijke check realiseren. In regelgeving is echter niet altijd duidelijk of en welke deskundigheid gebruikt kan worden en hoe deze integraal ingezet kan worden. Uiteraard kosten deskundigenbeoordelingen ook veel tijd en geld.

Concrete (juridische) aandachtspunten die in hoofdstuk 2 werden gesignaleerd zijn de instelling ambtenaren (werken zij oplossingsgericht?) en de verhouding van responsiviteit en dienstbaarheid tot gelijkheid en rechtszekerheid. Het eerste verlangt immers dat verschillende burgers op basis van een geschat doenvermogen een verschillende behandeling krijgen, of dat termijnen of andere vormvereisten – waar mogelijk mede in het licht van de belangen van derden – door de vingers worden gezien. Met betrekking tot de informatievoorziening aan de overheid is vastgesteld dat maatwerk een meer proactieve houding van de overheid bij het verzamelen van informatie verlangt. Het gegevensbeschermingsrecht zal hier echter grenzen aan stellen en een keerzijde is dan bovendien dat de burger geacht wordt meer informatie over zichzelf te ontsluiten en daarmee een grotere bewijslast krijgt. Het kan niet de bedoeling zijn dat de burger op deze manier een *te* grote verantwoordelijkheid krijgt en zijn of haar eigen maatwerk moet regelen. Aan het leveren van maatwerk kan bovendien de vereiste tijdigheid van overheidshandelen in de weg staan. Fraudegevoeligheid en mogelijke doorkruising van politiek gedragen hard beleid komen het daadwerkelijk bieden van maatwerk bovendien niet ten goede.

Tot besluit van hoofdstuk 2 is de ‘maatwerkketen’ doorgelopen om zo per fase de knelpunten bij het bieden van procedureel maatwerk de revue te laten passeren. Dit begint al bij de keuze voor een algemene regel of een beschikkingsstelsel die gevolgen heeft voor het moment waarop ruimte is of kan worden gemaakt voor maatwerk. Ook de aanvraag van een besluit is relevant: maatwerk in de besluitvorming kan slechts geboden worden indien burgers daadwerkelijk een aanvraag indienen, waarbij integraliteit – en dus de aanvraagmogelijkheden aanpassen op de behoeften van burgers – een positieve rol kan spelen. De besluitvormingsfase in *primo* vormt het centrale punt in dit onderzoek naar maatwerk. Op het gebied van de procedure, verlangt dit in die fase een dienstbare opstelling waarin goed wordt gecommuniceerd en een besluit zorgvuldig wordt voorbereid en ook gemotiveerd. Verschillende al eerder in het hoofdstuk aan de orde gekomen knelpunten werden hier nog eens overzichtelijk gepresenteerd: denk aan (gebrekkige of ingewikkelde) informatievoorziening, tijdigheid en de focus op het ervoor zorgen dat besluitvorming bezwaar- of beroep*proof* is en de in beginsel geringe geschiktheid van automatische besluitvorming voor maatwerk. Bij ketenbesluitvorming speelt dat bestuursorganen van elkaar afhankelijk zijn, en dat de formele rechtskracht roet in het eten kan strooien, al is dit leerstuk in ontwikkeling. Ook het niet inhoudelijk behandelen van herhaalde aanvragen kan in de weg staan aan maatwerk. Het spreekt voor zich dat deze knelpunten bij het bieden van maatwerk aan de voorkant (bij de besluitvorming in *primo*) in de weg kunnen staan aan het bereiken van maatwerk in materiële zin.

Ook de bezwaarfase is in ons onderzoek meegenomen, en dit heeft tot verschillende inzichten geleid. Veel is hier – net als in andere fasen – afhankelijk van de instelling van het bestuur. De plicht om te horen en de mogelijkheid om een besluit te wijzigen scheppen ruimte voor maatwerk, maar van belang is wel dat de burger weet dat de procedure toegankelijk is en

de burger er ook daadwerkelijk gebruik van maakt. Op het moment dat het bestuursorgaan zich uitsluitend richt op een rechtmatigheidstoets of het idee heeft het besluit te moeten ‘verdedigen’, blijft waardevolle maatwerkruimte onbenut. Ervaringen met PCMO stemmen hoopvol, maar onderzoek laat ook zien dat ook een formelere procedure – waarop uiteindelijk toch vaak wordt teruggevallen – niet aan heroverweging en het oplossen van problemen in de weg hoeft te staan. Belangrijker is dat formele vereisten niet strikter worden geïnterpreteerd dan ze zijn, of dat daar meer ruimte wordt gecreëerd. Bezien in het licht van de gehele maatwerkketen, is ten slotte opgemerkt dat indien de bezwaarfase wordt gebruikt als ‘eerste’ maatwerkmoment, de besproken knelpunten en defensieve houding des te problematischer zijn nu maatwerk dan in het geheel niet van de grond komt.

De discussie over beroep en de eventuele schaduwwerking daarvan vormde het sluitstuk van hoofdstuk 2. Daarbij zijn verschillende vormen van invloed van de rechterlijke fase op het bieden van procedureel maatwerk in de besluitvorming geformuleerd. De negatief-normerende functie van beroep houdt in dat de rechter het bestuur op de vingers tikt bij het niet houden aan bijvoorbeeld bezwaartermijnen, terwijl passiviteit en het dus niet op de vingers tikken van bestuursorganen kan leiden tot een gebrek aan externe motivatie om dit te doen. Dit laatste wordt wel schaduwwerking genoemd. Denk aan het passeren van gebreken door de rechter of het niet in overweging nemen van gronden in bezwaar die in beroep toch niet tot vernietiging kunnen leiden. Met andere woorden, als het bestuursorgaan wel de ruimte heeft om maatwerk te bieden, maar niet de plicht, of wanneer een bestaande plicht niet wordt gecontroleerd, kan een gebrek aan rechterlijke toetsing eraan bijdragen dat ze die ruimte onbenut laten. Hetzelfde geldt voor het (niet) tegenwerpen van de formele rechtskracht.

5.2.2. Materieel maatwerk

In hoofdstuk 3 stonden de knelpunten bij het bieden van materieel maatwerk centraal. Het gaat er dan om dat niet zozeer de procedure, maar de uitkomst ervan, aansluit bij de behoeften en belangen van burgers. Een belangrijk thema dat daarbij speelt is uiteraard dat van gelijkheid. Op het eerste gezicht lijkt het nemen van verschillende besluiten voor verschillende burgers een ongelijke behandeling – helder is inmiddels echter dat juist vanuit het perspectief van gelijkheid verschillende uitkomsten soms juist heel wenselijk zijn. Een afweging van de verschillende belangen moet steeds afgestemd worden op de concrete situatie. Dit wordt overigens ook vanuit een mensenrechtelijk perspectief steeds meer verlangd. Op veel bestuurlijke besluitvorming zijn mensenrechten van toepassing en waar die lang niet altijd meer een concrete uitkomst verlangen, wordt wel verwacht dat gemaakte keuzes zichtbaar proportioneel zijn in het licht van de (individuele) belangen.

Dat dit niet altijd gebeurt is – net als bij procedureel maatwerk – te wijten aan verschillende zowel algemene als meer specifiek juridische knelpunten. In hoofdstuk 3 is bijvoorbeeld besproken dat ongelijke behandeling van ongelijke gevallen niet eenvoudig te operationaliseren is. Wie bepaalt wanneer een geval anders is, en hoe wordt willekeur

voorkomen als verschillende ambtenaren zich zaaksgewijs over deze vraag buigen. De behoefte aan normering in de vorm van beleid of protocollen is dan menselijk en ook groot. Maatwerkruimte kan daardoor worden ingedamd. Datzelfde geldt ook bij digitalisering, dat niet alleen procedurele mogelijkheden voor het bieden van maatwerk beperkt, maar ook op het niveau van uitkomsten een belemmering kan zijn. Dit hangt samen met de simplificatie van de werkelijkheid die daaraan niet altijd recht doet, alsmede de ondoorzichtigheid en stugheid van automatische systemen die aanpassing in het licht van individuele omstandigheden niet altijd toelaten. Tegelijkertijd is het goed denkbaar dat systemen op termijn verfijnder – en dus ‘responsiever’ – worden. Zolang dat, zoals in hoofdstuk 2 besproken, geen te zware informatie- en bewijslast op de burgers legt, zijn er dus wel degelijk mogelijkheden om ook bij het doorzetten van de digitaliseringstrend in de primaire besluitvorming meer maatwerk te bieden. Dit moet ook bezien worden tegen de achtergrond van de beperkte *menselijke* mogelijkheden om op basis van een veelheid aan informatie het juiste op maat gesneden besluit te nemen.

In hoofdstuk 3 zijn vervolgens enkele concrete aandachtspunten in situaties van beslissingsruimte en bij gebonden bevoegdheden aan de orde gekomen. Op het moment dat het wettelijk kader niet (het gehele) materiële rechtsgevolg dicteert, lijkt aan de belangrijkste voorwaarde voor maatwerk voldaan te zijn. Beginselen van evenredigheid, gelijkheid en vertrouwen dragen daar in beginsel aan bij. Toch blijkt het lastig evenredigheid te operationaliseren, waarbij ook een rol speelt dat de rechter het bestuur niet snel onevenredigheid in de belangenafweging zal aannemen in het concrete geval. De vraag is dan ook hoe ‘evenredigheid’ nader kan worden ingekleurd. Datzelfde geldt eigenlijk voor het gelijkheidsbeginsel, dat op de achtergrond een belangrijk uitgangspunt vormt (ook voor het maken van maatwerkuitzonderingen) maar in concreto weinig handvatten biedt en ook een gepercipieerd gevaar voor ‘precedentwerking’ met zich brengt. Begrijpelijk is dat ook het rechtszekerheidsbeginsel maatwerkambities in toom houdt, en dat dit kan leiden tot het opstellen of niet buiten toepassing laten van beleidsregels.

Over beleidsregels gesproken: in hoofdstuk 3 is tevens stilgestaan bij het feit dat er meer ruimte is gekomen voor het afwijken van beleidsregels nu het daarbij niet meer hoeft te gaan om omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregel niet al zijn verdisconteerd. Ook omstandigheden die wel zijn meegenomen, maar in een individueel geval voor een onevenredige uitkomst zorgen, kunnen dus reden zijn tot afwijking. Uiteraard brengt dit enig risico voor de rechtszekerheid met zich. In dat licht geldt dan ook dat het te vaak (moeten) afwijken wellicht consequenties moet hebben voor de beleidsregel zelf, terwijl een te gedetailleerd web van beleidsregels (waaraan behoefte kan ontstaan) er weer voor zorgt dat maatwerkruimte te zeer wordt dichtgetimmerd. Strengere normering van de mogelijkheden biedt hier wellicht uitkomst, maar dient tegelijkertijd rekening te houden met de daadwerkelijke capaciteiten van diegenen die in een beleidsluwe context moeten besluiten.

Net als bij het inrichten van de procedure, kunnen deskundigen bij het bieden van materieel maatwerk een belangrijke rol spelen. De professionele kennis en protocollen die zij daarbij gebruiken kunnen zorgen voor een goede invulling van beslissingsruimte die aansluit

bij de behoeften van de burger. Wel bestaat hierbij een spanning tussen de verantwoordelijkheid van de overheid en de ruimte voor de deskundige. Ook is niet altijd duidelijk welke afwegingen vragen om deskundigheid, en welke toch echt politiek van aard zijn.

Hoofdstuk 3 besluit met een discussie over maatwerk bij gebonden bevoegdheden. Deze lijken (zeer) beperkt, maar recente ontwikkelingen met betrekking tot de kinderopvangtoeslagaffaire, en ook ons onderzoek waar in de gehele ‘maatwerkketen’ wordt betrokken, laten zien dat dit het zo eenvoudig toch niet ligt. In sommige gevallen bestaat er een mogelijkheid het wettelijke voorschrift toch niet zo ‘gebonden’ te interpreteren, of is een hardheidsclausule van toepassing die bij goed gebruik het nodige maatwerk kan garanderen. Bestaan deze mogelijkheden niet, dan zijn er grofweg twee alternatieven: ten eerste kan het wettelijk kader exceptief worden getoetst om zo een onevenredigheid te kunnen opsporen. Wel geldt hierbij dat formele wetgeving slechts aan hoger recht kan worden getoetst. In plaats daarvan is het contra legem afwijken in lijn met rechtsbeginselen mogelijk, waar de huidige discussie de vraag betreft of dit ook geldt ingeval het een wet in formele zin betreft. Volgens sommige auteurs moet artikel 3:4 lid 2 dan onverkort gelden; een andere optie is het opnemen van een algemene ‘hardheidsclausule’ in de Awb die afwijking van wetten in formele zin in verband met anders te ontstane onevenredigheid te garanderen. Deze discussie en de verhouding tussen de individuele afweging en de evenredigheid van het wettelijke voorschrift die daarin centraal staat, zijn voor het zoeken van meer mogelijkheden van maatwerk uiterst relevant.

5.2.3. De case studies

In hoofdstuk 5 zijn ter illustratie en inspiratie twee case studies gepresenteerd: van het omgevingsrecht en van het sociale domein. Hierin is een veelheid aan maatwerkmogelijkheden en knelpunten gesignaleerd. Deels zijn deze domeinspecifiek, maar in de zoektocht naar meer en beter maatwerk kunnen we er wel degelijk het een en ander van leren.

In het omgevingsrecht is een ontwikkeling waar te nemen waarbij de beschikkingenfabriek als het ware heeft plaatsgemaakt voor een standaardwinkel in combinatie met een atelier voor meer ingewikkelde gevallen. Het uitgangspunt bij veel activiteiten is dat deze vergunningvrij zijn en moeten worden gebaseerd op algemene regels. Dit vergroot het gebruiksgemak waar mogelijk – in bepaalde gevallen is voorafgaande toestemming op basis van Europese regelgeving nog steeds vereist. De ‘regeltrend’ sluit maatwerk niet bij voorbaat uit, integendeel. Zo is er de mogelijkheid om in een beschikking aanvullende eisen te stellen of afwijkingen mogelijk te maken. Bovendien: in een in beginsel vergunningvrij systeem wil de burger toch graag weten of de geplande activiteit in overeenstemming is met het recht.

Naast de mogelijkheid om af te wijken van algemene regels, bestaat volgens het gelijkwaardigheidsbeginsel de mogelijkheid om te verzoeken om een andere, maar gelijkwaardige regel. Maatwerk kan ook worden geboden met behulp van gebieds- of

onderwerpgebonden regels en door zogenoemde maatwerkregels in het omgevingsplan (waar dit is toegestaan op basis van een algemene maatregel van bestuur of een provinciale omgevingsverordening. Belangrijk is bovendien het instrument van inspraak voorafgaand aan de bestuurlijke voorprocedure. Onder de Omgevingswet wordt dit bij verschillende instrumenten verplicht. Met het doel om draagvlak te creëren kan als het ware maatwerk naar de voorkant worden gehaald en kunnen procedures achteraf – soms, niet altijd – worden voorkomen.

Voor het bieden van materieel maatwerk is voldoende beslissingsruimte een belangrijke voorwaarde. Bij toenemende afwegingsruimte zal bovendien de rol van de rechter en diens indringende maar terughoudende toets toenemen. De rechter helpt echter ook bij het creëren van maatwerkruimte: zo kunnen op basis van jurisprudentie herhaalde aanvragen opnieuw inhoudelijk worden beoordeeld, kan vaker van beleidsregels worden afgeweken en op uitlatingen en gedragingen worden vertrouwd. Met betrekking tot de inzichtelijkheid van automatisch tot stand gekomen besluiten bestaat inmiddels de plicht om de daarbij gemaakte keuzes en gebruikte maatwerkgegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging op een toegankelijke wijze openbaar te maken.

Al met al laat het omgevingsrecht zien dat een ontwikkeling naar regels (in plaats van een vergunningplicht), de roep om maatwerkinstrumenten doet vergroten. Dat biedt ruimte voor materieel maatwerk, maar leidt ook tot een complex en weinig burgervriendelijk geheel. Beslissingsruimte is bovendien van belang en ook de jurisprudentie kan bijdragen aan een responsief gebruik daarvan. Daarnaast is het vereiste van inspraak veelbelovend, al roept dit wel de vraag op of deze procedurele mogelijkheid zonder maatstaven betreffende vorm, inhoud en effect veel bijdraagt aan uitkomsten die aansluiten bij de aanwezige belangen.

De decentralisaties in het sociaal domein vormen bij uitstek een illustratie en uitvloeisel van de behoefte aan meer maatwerk. Tegelijkertijd, echter, hoort bij deze decentralisaties een beperking in die zin dat het doel is *alleen* dat te doen wat echt nodig is (en burgers niet zelf kunnen of kunnen regelen). Tegen deze achtergrond is er zowel ruimte gekomen voor procedureel maatwerk als voor op het individu afgestemde hulp. Met betrekking tot het eerste is het aan gemeenten om de toegang tot hulp te organiseren en wordt daarbij gestreefd naar het creëren van een loket voor alle hulpvragen. Dit schept duidelijkheid hoewel het voor burgers met privacygevoelige problematiek ook een obstakel kan vormen. Wijkteams kunnen dan uitkomst bieden. Om vervolgens een juist voorstelling te kunnen krijgen van de behoeften, wordt gebruik gemaakt van zogenaamde keukentafelgesprekken of andere manieren waarop in samenspraak de situatie in kaart wordt gebracht. Hierbij spelen professionals een cruciale rol, maar door werkdruk en hoge kosten kunnen zij niet altijd daadwerkelijk maatwerk afleveren, iets waar vooral onmondige hulpbehoevenden de dupe van kunnen zijn.

Ook op organisatieniveau zijn er obstakels te vinden: voor integrale oplossingen is samenwerking vereist, ook van verschillende professionals die alleen bevoegdheden hebben op

hun eigen terrein en waarbij wordt aangelopen tegen verschillende wettelijke kaders. Privacy kan bovendien in de weg staan aan de overdracht van gegevens. Ook voor wat betreft de rechtsbeschermingsdimensie botst de juridische realiteit met de maatwerkambitie. Zo heeft de Centrale Raad van Beroep resultaatgericht indiceren in strijd geoordeeld met het recht – dit heeft alles te maken met de gerichtheid van het bestuursrecht op het besluitbegrip en de (enkel daaraan) daaraan gekoppelde rechtsbeschermingsmogelijkheden. Hierdoor komen maatwerk en een integrale oplossing onder druk te staan, al worden er inmiddels stappen gezet om een meer integrale geschilbeslechting mogelijk te maken.

Voor materieel maatwerk in het sociaal domein is nodig dat de juiste professionaliteit met voldoende ruimte op de juiste plek aan de slag gaan. Waar die ruimte op zich niet het probleem is, komt het wel voor dat de samenspraak door tussenkomst van de gemeente en haar beleid toch niet leidt tot de nodige, passende hulp. Hierbij speelt ook mee dat bij verschillende toekenningen, dit als onrechtmatig kan worden beschouwd. Afwijken van beleid of van wat omliggende gemeenten doen heeft zelfs daar waar wenselijk niet altijd de voorkeur. Als het bestuur en professionals geen schijn van ongelijkheid willen creëren, en bovendien moeilijk valt uit te leggen waarom op het eerste gezicht gelijke gevallen toch een andere behandeling verdienen, kan de ruimte voor maatwerk onbenut blijven.

Maatwerk in het sociaal domein kan niet zonder deskundigheid. Daarvoor is juridische ruimte nodig, waarbij vooralsnog de klassieke inrichting van het bestuursprocesrecht voor obstakels zorgt. Het wegnemen van die obstakels kan helpen om tot integrale besluitvorming te komen. Het trainen van professionals en een goed gebruik van professionele richtlijnen zullen echter de rest moeten doen.

5.3. Knelpunten & aandachtspunten

Op basis van de voorgaande hoofdstukken en bovenstaande samenvatting, vallen enkele aandachtspunten uit te lichten met behulp waarvan wij in de tweede fase van dit onderzoek zullen toewerken naar oplossingsrichtingen. Het gaat daarbij om lessen die bij het streven naar meer en beter maatwerk niet uit het oog mogen worden verloren. Voor een deel hangen de geïdentificeerde punten samen met juridische (on)mogelijkheden, voor een ander deel raken ze aan bredere problematiek. In de tweede fase van dit onderzoek, zullen zowel een bredere analyse als een zoektocht naar juridische antwoorden plaatsvinden.

5.3.1. De rol van het recht: Ruimte bieden en/of normeren?

In de inleiding werd het al kort aangestipt: voor een rapport dat juridische knelpunten aandraagt en oplossingsrichtingen verkent, is het van belang ons eerst bewust te zijn van de rol van het recht in het bieden van maatwerk. Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat de juridische discussie zich op twee verschillende vragen richt:

1. In hoeverre biedt het recht ruimte voor maatwerk en in hoeverre zou deze ruimte moeten worden vergroot?
2. In hoeverre normeert het recht de ruimte voor maatwerk en in hoeverre zou deze normering moeten worden versterkt?

De eerste vraag gaat over de instrumentele functie van het recht: is die momenteel toereikend om maatwerk te kunnen bieden? Uit dit onderzoek blijkt dat hier soms knelpunten bestaan: zo stelt het recht soms strikte formele vereisten (zoals de termijnen voor burgers en voor bestuursorganen) en is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming vereist dat maatwerk in besluiten wordt gegoten. Tegelijkertijd stelt het recht soms ook terecht grenzen aan de mogelijkheden voor maatwerk, bijvoorbeeld op grond van het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel. Zo is in principe enige vorm van algemene regelstelling vereist.

De tweede vraag is vanuit juridisch perspectief complexer en lastiger te beantwoorden. Dat maatwerk soms vereist is, volgt uit allerlei juridische normen, zowel uit specifieke (procedurele) bepalingen, als uit meer algemene rechtsbeginselen. Een van de meest relevante vragen die dit onderzoek oproept is hoe het recht voor een goede normering kan zorgen, zonder weer meer regeldruk te creëren of de schijn van rechtmatigheid in het leven te roepen, terwijl het recht of de rechter niet het meest geschikte medium is om bepaalde problemen op te lossen. Een mogelijke denkrichting hier is een versterkte focus op de professionaliteit van deskundigen, die juist ruimte nodig hebben om (hun eigen professionele waarborgen in acht nemend) maatwerk te bieden. Een andere relevante discussie is *wie* vorm moet geven aan deze normering. Bestuursrechtjuristen kijken dan vaak naar de rechter, maar het is de vraag in hoeverre deze het meest geschikt is om handen en voeten aan procedurele en materiële normering te geven. De rechter speelt een belangrijke rol in het bieden van rechtsbescherming, bijvoorbeeld door normering via algemene beginselen als zorgvuldigheid en motivering op te schroeven. We moeten echter niet vergeten dat de rechter alleen incidenteel kan optreden en bovendien te maken heeft met zijn eigen positie in het staatsbestel en terughoudendheid dus doorgaans gepast is. Om die reden moeten we wellicht juist meer verwachten van interne procesvoering en checks en balances, of van algemene controlemechanismes als de Ombudsman, (parlementaire) enquêtes of auditors.²⁴³ Ook onderzoek zoals dat momenteel wordt uitgevoerd naar (het functioneren van) uitvoeringsorganisaties is hierbij van groot belang.

5.3.2. Procedurele en materiële mogelijkheden niet in isolatie bezien

In dit tussenrapport is gekozen voor een onderverdeling in procedureel en materieel maatwerk. De reden daarvoor was niet dat het hier gaat om twee losstaande soorten van maatwerk. In plaats daarvan hielp deze tweedeling ons orde te scheppen in het web aan knelpunten dat uit de

²⁴³ Zie over deze vraag uitgebreid Brenninkmeijer e.a. *NJB* 2019/2051.

literatuur, rapporten en jurisprudentie naar voren komt. Er is dan ook steeds benadrukt dat het gaat om communicerende vaten: procedurele mogelijkheden dragen bij aan materieel maatwerk, terwijl het streven naar materieel maatwerk kan leiden tot meer responsieve procedures. Aan het eind van dit tussenrapport kunnen wij tot de conclusie komen dat deze samenhang ook betekent dat bij het zoeken naar oplossingsrichtingen, doorgaans een combinatie van procedurele en materiële aanbevelingen noodzakelijk zal zijn.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het scheppen van ruimte in regels voor maatwerk of het beperken van beleidsregels teneinde dit doel na te streven. Zonder een idee van de materiele eisen van maatwerk – van wat evenredigheid en gelijkheid inhouden – levert dit niet per definitie veel op. Een duidelijk materieel doel is ook nodig om te kunnen bepalen welke informatie dient te worden vergaard en wat daarbij de rol van burger en overheid is. Initiatieven als PCMO maar ook een integrale beoordeling van gevallen staan of vallen bij een juiste inrichting van de nodige procedures, maar ook bij ambtenaren en professionals die oplossingsgericht denken en de behoeften van burgers kennen en kunnen omzetten in maatwerk. Iets vergelijkbaars geldt voor integrale geschilbeslechting: dit vergt een procedurele aanpassing die zorgt voor ruimte voor maatwerk, maar daarbij moet dan ook ruimte uitgaan naar de vraag wanneer, door wie, en hoe die ruimte wordt benut. Een laatste voorbeeld betreft de inspraakplicht welke (een schijn van) procedureel maatwerk oplevert, maar zonder vormen en effectvereisten niet noodzakelijk tot meer responsiviteit en tevredenheid leidt. Mooie procedures moeten aldus voldoende ruimte bieden, maar er dient ook materiële normering te zijn die die ruimte bruikbaar maakt.

5.3.3. De maatwerkketen speelt een rol

Dit brengt ons bij het volgende aandachtspunt. Wij hebben in dit onderzoek bewust de maatwerkketen tot uitgangspunt genomen. Dit deden we met name omdat mogelijkheden voor en knelpunten bij het bieden van maatwerk zich niet alleen bij de primaire besluitvorming voordoen. Daarbij is wel duidelijk gemaakt dat het wenselijk is dat maatwerk in die fase plaatsvindt en waar nodig ‘naar de voorkant’ wordt verschoven. Dit deel van het onderzoek afsluitend, concluderen wij dat deze aanpak zinvol was: ook bij een focus op de primaire besluitvormingsfase, zo blijkt, kunnen andere onderdelen van de maatwerkketen niet over het hoofd worden gezien.

Enkele voorbeelden verduidelijken dit: zoals ook de omgevingsrechtelijke casus laat zien, is de voorvraag of wordt gekozen voor algemene regels of een vergunningsstelsel (of ander specifiek raamwerk) van invloed op wanneer en hoe in de procedure maatwerk kan worden geboden. Aan (materieel) maatwerk is steeds behoefte en bij algemene regelstelling is vervolgens de vraag hoeveel beslissingsruimte deze laten. In de primaire besluitvorming kan op verschillende manieren met deze ruimte worden omgegaan; uit onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat geautomatiseerde besluitvorming het bieden van maatwerk snel naar de bezwaarfase zal doen verschuiven. Waarbij nog maar de vraag is of de burger zijn weg naar deze fase weet te

vinden en of het bestuur oplossingsgericht is en bereid en in staat tot heroverweging waar de individuele belangen dit verlangen. Ook de rol van beroep is illustratief. Wij hebben dan wel niet onderzocht hoe de rechter in de beroepsprocedure maatwerk kan bieden, maar hebben wel stilgestaan bij het mogelijke effect van rechtspraak op maatwerk in de primaire en bezwaarfase. De rechter kan niet alleen de ruimte voor maatwerk beïnvloeden (door bijvoorbeeld de resultaatgerichte indicatie in strijd met het recht te oordelen) maar ook de manier waarop deze ruimte door het bestuur wordt ingevuld. Zo kan het wel of niet afstraffen van procedurele (on)zorgvuldigheden invloed hebben op de flexibiliteit die (in bezwaar) bestaat. Ook eisen die de rechter stelt aan de professional en waar en hoe deze zijn taken invult, kunnen bijdragen aan het daadwerkelijk inzetten van ruimte om met behulp van relevante kennis besluiten op maat te kunnen nemen. Tegelijkertijd hebben we de rol van de rechter ook geproblematiseerd: terughoudende toetsing is doorgaans wenselijk en er dient dan ook aan andere knoppen te worden gedraaid om verbetering te bewerkstelligen.

5.3.4. Digitalisering en verantwoordelijkheid

De knelpunten bij geautomatiseerde besluitvorming zijn in dit rapport meerdere keren voorbijgekomen. Verschillende problemen kunnen worden geïdentificeerd: zo zijn niet alle burgers digitaal vaardig, functioneert geautomatiseerde besluitvorming (deels) al *black box*, is sprake van doorwerking van foute invoer in ketenbesluitvorming en is afwijking van een voorgeprogrammeerde uitkomst lastig. Toch kunnen we om goede redenen niet om verdergaande digitalisering heen; naast efficiëntievoordelen zorgt dit ook voor een zorgvuldige en gestructureerde verzameling en verwerking van gegevens. Zeker waar het voor verschillende ambtenaren moeilijk is om individueel maatwerk te bieden zonder daarbij op verschillende manieren te werk te gaan en zo een mate van willekeur te riskeren, kan een geautomatiseerd systeem – in de toekomst – wellicht beter maatwerk bieden.

Wat echter uit dit onderzoek is gebleken, is dat de kansen van automatisering ook een potentieel grote verantwoordelijkheid en (bewijs)last voor de burger met zich brengen. Willen systemen maatwerkvriendelijker worden, dan zijn daarvoor mee (privacygevoelige) gegevens nodig. Het is aan de burger om die juist en op juiste wijze aan te leveren dan wel te controleren, waarbij fouten vergaande gevolgen kunnen hebben. Ook ‘flankerende maatregelen’ zoals een digitale knop ‘anders’ waarmee om maatwerk wordt verzocht of een (mondelijke) toelichting, leggen het initiatief of de verantwoordelijkheid bij de burger, ook als hij of zij daar niet mee om kan gaan. Meer informatievoorziening kan leiden tot meer maatwerk, maar hier kleven dus ook nadelen aan. Hoe dan ook blijft het ‘recht op menselijk contact’ een belangrijke voorwaarde, en is de vraag hoe en waar dit de burger het beste ondersteunen kan. Natuurlijk speelt ook het door het bestuursorgaan motiveren van besluiten hierbij een belangrijke rol. Tegelijkertijd moeten we ons bewust zijn van de blijvende onmogelijkheden, zowel qua digitalisering, als qua tijd en geld, evenals van het risico dat meer ‘klantgerichtheid’ in de verhouding overheid-burger niet altijd beter is.

5.4. Conclusie

Maatwerk in het bestuursrecht is, in wezen, een ongrijpbaar fenomeen. Het kent vele gedaanten en komt terug op vele plekken. Als er een ding duidelijk is geworden in dit onderzoek, dan is het dat ruimte voor maatwerk moet bestaan, maar dat ruimte alleen niet voldoende is. Regels en juridische procedures kunnen zo worden ingericht dat er de mogelijkheid (of zelfs de plicht) bestaat om de capaciteiten en belangen van individuele burgers voorop te stellen, maar of dit daadwerkelijk gebeurt is afhankelijk van hoe bestuursorganen, maar ook professionals en rechters met deze mogelijkheden omgaan. Het draaien aan juridische knoppen vormt een wezenlijk deel van het streven naar meer en beter maatwerk, en dat is dan ook waar dit onderzoek over gaat. Tegelijkertijd is een breder perspectief nodig om suggesties te kunnen doen die recht doen aan de realiteit.

De bovenstaande aandachtspunten zullen worden meegenomen bij de beantwoording van de in de offerteaanvraag geformuleerde onderzoeksvragen. In de tweede fase van dit onderzoek gaan wij zowel de breedte als de diepte in. We gaan bekijken wat maatwerk kan doen voor de legitimatie van overheidshandelen maar ook waar een teveel aan of verkeerd gebruik van maatwerk problemen oplevert in de relatie overheid-burger. Zoals in de inleiding van dit rapport reeds aangegeven, zijn wij ons ook bewust van mogelijke nadelen die verbonden zijn aan een klantgerichte overheid die verwachtingen niet altijd waar kan maken. In deze fase hebben we deze dimensie nog niet nader kunnen onderzoeken, maar dat zijn we in het vervolgonderzoek wel van plan. Niet om te bepalen *of* maatwerk goed is, maar om te bekijken hoe en waar en in hoeverre maatwerk het beste kan worden ingezet. Tegen deze achtergrond daarvan, en op basis van de in dit rapport gepresenteerde knel- en aandachtspunten, dragen we in het eindrapport juridische oplossingsrichtingen aan.

Bibliografie

Literatuur

- Allewijn 2016**; D. Allewijn, *De transitie van autonoom naar responsief bestuursrecht* (PCMO Conferentie Amsterdam 26 april 2016), zoals vastgelegd door L. van der Velden.
- Van Amerongen & Schuurmans 2019**; N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of een algoritme? De toetsing van 'black-box'-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, Den Haag: IBR 2019, p. 175-196.
- Bakker 2019**; J.Bakker, *Anders Kijken. Een zoektocht naar responsiviteit in het sociaal domein* (diss. EUR), Utrecht: Movisie 2019.
- Barkhuysen e.a. 2007**; T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht, Alpen aan den Rijn*: Kluwer 2007.
- Barkhuysen & Van Emmerik 2014**; Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De invloed van de Europese fundamentele rechten op het bestuursrecht', in: B.J. Schueler (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 33-56.
- Barkhuysen NJB 2018/819**; T. Barkhuysen, 'Het recht om fouten te maken', *NJB* 2018/819, afl. 17, p. 1185.
- Van den Berge 2020**; L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het Bestuursrecht* (VAR Preadviezen 164) (*Onder voorbehoud*).
- Van den Berge NJB 2018/820**, L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming', *NJB* 2018/820, afl. 17, p.-1186-1190.
- Bitter & Besselink 2019**; C.M. Bitter & H.J.M. Besselink, '25 jaar Awb-bezwaarschriftprocedure: tijd voor heroverweging', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 49-56.
- Boeve en Groothuijse Recht der Werkelijkheid 2019**; M. Boeve en F.A.G. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?', *Recht der Werkelijkheid* 2019 (40), afl. 2.
- Van den Bos e.a. 2014**; K. van den Bos, L. van der Velden & E.A. Lind, 'On the Role of Perceived Procedural Justice in Citizens' Reactions to Government Decisions and the Handling of Conflicts', *Utrecht Law Review* 2014 (10), afl. 4, p.1-26
- Bots 2004**; A.M.M.M. Bots, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering', in: R.J.N. Schlösselse.a., *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-165
- Breninkmeijer e.a. NJB 2019/2051**; A. Breninkmeijer e.a., 'De januskop van rechtmatigheid van bestuur', *NJB* 2019/2051, afl. 3, p. 2426-2433.
- 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* (VAR-reeks 160), Den Haag: Bju 2018, p. 7-104.
- 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.
- Damen NTB 2020/2**; L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht!', *NTB* 2020/2, afl. 1, p. 3-18.
- Van Driel BR 2017/37**; M.M. van Driel, 'Een nieuwe opzet voor een vergunningplicht voor bouwactiviteiten hoe zit het met de rechtsbescherming?', *BR* 2017/37, afl. 5, p. 243-251.
- Van Eck 2018**; B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Tilburg: 2018.
- Van Ettekoven NTB 2016/50**; J. van Ettekoven, "Herrie rond de keukentafel': over de Wmo 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming', *NTB* 2016/50, afl. 10, p. 373-377.
- Doornbos 2019**; N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 567-578.
- Ebbers NJB 2020/356**; C.W.J.M. Ebbers, 'De overheid moet de persoonlijke levenssfeer waarborgen, niet uithollen', *NJB* 2020/356, afl. 6, p. 397-401.

Bredewold e.a. 2018; Femmianne Bredewold e.a., *De verhuizing van de verzorgingsstaat. Hoe de overheid nabij komt*, Amsterdam: Van Gennep 2018.

Gerards 2007; J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

Gerards en Brems 2017; J.H. Gerards en E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

De Graaf & Tolsma M&R 2014/126; K.J. de Graaf en H.D. Tolsma, 'Flexibiliteit in de Omgevingswet', *Milieu & Recht* 2014/126, afl. 8.

De Haan & Moesker TBR 2017/109; P.M.J. de Haan en H.C.W.M. Moesker, 'Bouwen onder Omgevingswet: minder rechtszekerheid en meer verantwoordelijkheid?', *TBR* 2017/109.

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

Hoogendijk-Deutsch 1978; S.V. Hoogendijk-Deutsch, 'Advisering in het bestuursrecht (in het bijzonder aan de centrale overheid)', in: S.V. Hoogendijk-Deutsch & S. Samkalden, *Advisering in het bestuursrecht* (VAR-geschrift LXXX), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 21.

Houweling 2006; P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel*, Den Haag: Bju 2006.

In 't Hout Regelmaat 2019; J. In 't Hout, 'Het gelijkwaardigheidsbeginsel van de Omgevingswet', *Regelmaat* 2019 (34), afl. 6, p. 448-458.

De Jong 2017; T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiele EVRM-rechten* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2017.

Jorna 2009; F.B.A. Jorna, *De autobureaucratie. Informatisering en leren van uitvoering* (diss. Leiden), Delft: Eburon 2009.

Jue NJB 2020/184; R.J. Jue, 'Maatschappelijk effectiever rechtspreken', *NJB* 2020/184, afl. 3, p. 200-204.

Kegge JBplus 2018/4. R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBplus* 2018/4.

Koenraad 2017; L.M. Koenraad, 'Deskundigen in het Nederlands bestuursrecht. Rechterlijke controle van bestuursoptreden dat op deskundigenadviesing is gebaseerd.', in: I. Opdebeek e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - preadviezen 2017*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Van Kreveld 1983; J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss. Groningen) Groningen: 1983.

Kromhout & Marseille NTB 2018/60; D.M. Kromhout & A.T. Marseille, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte. Verslag van een op 15 juni 2018 gehouden VAR-studiemiddag', *NTB* 2018/60, afl. 8, p. 374-381.

Kummeling 1988; H.R.M.B. Kummeling, *Advisering in het publiekrecht* (diss. Nijmegen), 's Gravenhage: SDU uitgeverij 1988.

Leijten 2017; A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat. Bestuursrechtelijke toetsing vanuit grondwettelijk perspectief', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2017, p. 49-54.

Lind & Tyler 1988; E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum Press 1988.

Loenen 2009; M.L.P. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Bju 2009.

Lurks & Van Renssen 2020; M. Lurks & N.A. van Renssen, 'Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet', *VAR-preadviezen 2020* (onder voorbehoud).

Marseille, De Waard & Wever; A.T. Marseille, B.W.N. de Waard & M. Wever, 'Horen in bezwaar: intern of extern?', *NTB* 2017/35, afl. 9, p. 316-325.

Mein Gst. 2019/70, 'U vraagt wij draaien? Veranderingen in de plaats en rol van de jurist binnen de gemeente', *Gst.* 2019/70, afl. 7488, p. 342-345.

Meurs 2016; Pauline Meurs, 'Maatwerk én willekeur; een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van kakelbont?*, Den Haag: Transitiecommissie Sociaal Domein 2016, p. 97-114.

De Moor-van Vugt; A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Fair play – een vergeten beginsel', in: . Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 393-403.

Munneke 2016; S.A.J. Munneke, 'Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap', in G.J. Vonk (red.), A.M. Klingenberg, S.A.J. Munneke, A. Tollenaar, *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*. Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2016, p. 63-98.

Nonet & Selznick; Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper Row 1978, 73-74.

Den Ouden 2019; W. den Ouden, 'Rede van de voorzitter (Kan het dienstbaarheidsbeginsel bijdragen in vertrouwen in de overheid?)', in: *Vertrouwen in de overheid: Verslag van de algemene vergadering gehouden op 18 mei 2018 ter behandeling van de preadviezen van L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann, R.F.B. van Zutphen* (VAR-reeks 161), Den Haag: Bju 2019, p. 7-11.

Ouwehand 2019; I.S. Ouwehand, 'Deskundigenadvisering in de bestuurlijke fase - het toetsingskader van de bestuursrechter onder de loep', www.rechtenoverheid.nl 2019, p. 1-53.

Sanderink 2015; D.G.J. Sanderink, 'Het EVRM en het materiële omgevingsrecht', (diss. Radboud Universiteit Nijmegen) Deventer: Kluwer 2015.

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

Scheltema Regelmaat 2018; M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018(33), afl. 3, p. 120-131.

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

Schlössels Gst. 2016/20; R.J.N. Schlössels, 'Service Principle', *Gst.* 2016/20, afl. 7434, p. 101.

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

Schlössels en Zijlstra 2010; R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schueler, Regelmaat 2015; B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *Regelmaat* 2015, afl. 6, p. 422-436

Schulmer e.a. Gst. 2019/154; F.M.E. Schulmer, G.J. Stoepker & C.W.C.A. Bruggeman, 'De omgekeerde toets getoetst', *Gst.* 2019/154, afl. 7497, p. 780-785.

Tollenaar & Feenstra JBplus 2018; N.W.A. Tollenaar & M. Feenstra, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2018, afl. 1.

Tollenaar 2019; A. Tollenaar, 'Do it yourself bestuursrecht en de Awb', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 717-726.

Tyler 1990; T.R. Tyler, *Why people obey the law: Procedural justice, legitimacy, and compliance*, New Haven, CT: Yale University Press 1990.

Verburg 2019; A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in Balans. Bejegening, beslechting en bewijs* (Diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2019.

Verheij NTB 2018/24; N. Verheij, 'Is het bestuursrecht te vertrouwen?', *NTB* 2018/24, afl. 4, p. 154-157.

Verhoeven M&R 2019/124; M.J.H.M. Verhoeven, 'Hoe toetst de bestuursrechter onder de Omgevingswet?', *Milieu en Recht* 2019/124, afl. 10, p. 775-783.

Vermaat H&R 2019; M.F. Vermaat, 'Als het niet kan zoals het moet... Op zoek naar ambtenaren met mandaat en durf in het sociaal domein', *Handicap & Recht* 2019, afl. 1, p. 27-29.

Vonk e.a. 2016; G.J. Vonk (red.), A.M. Klingenberg, S.A.J. Munneke, A. Tollenaar, *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*. Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2016.

Voermans 2017; W.J.M. Voermans, 'Besturen met regels, volgens de regels', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (preadviezen VAR; VAR-reeks nr. 158, Den Haag: Bju 2017, p. 7-94.

Wever 2020; M. Wever, De bezwaarprocedure. Een onderzoek naar verbanden tussen de inrichting van de procedure en de kwaliteit van bezwaarbehandeling (diss. Rug), 2020 (Gebruikt in Manuscript).

Wever NTB 2016/2289; M. Wever, 'Bezwaarbehandeling door de overheid anno 2016. Vooral vernieuwing op papier?', *NTB* 2016/2238, afl. 44, p. 3238-3246.

Rapporten

ABDTopconsult, Regels en Ruimte 2019; R. Kerstens, Regels en Ruimte. Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte, Den Haag: ABDTopconsult 2019.

ABDTopconsult, Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse 2020; H. Van der Vlist en D. Heerschop, Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse, Den Haag: ABDTopconsult 2020.

Van Arum & Van den Enden, Sociale (wijk)teams 2018; Silke van Arum & Thijs van den Enden, *Sociale (wijk)teams opnieuw uitgelicht*, Utrecht: Movisie 2018

BZK, Professioneel behandelen bezwaarschriften 2014; Professioneel behandelen bezwaarschriften. Handleiding voor het oplossingsgericht behandelen van bezwaarschriften, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014.

Van der Ham e.a., De Wmo 2015 in praktijk 2018; L. van der Ham e.a., De Wmo 2015 in praktijk. De lokale uitvoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2018.

Feijten e.a., Zicht op de WMO 2015 2017; P. Feijten, Zicht op de WMO 2015. Ervaringen van melders, mantelzorgers en gespreksvoerders, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2017.

Friele e.a. 2019; R.D. Friele e.a., De jeugd-GGZ na de Jeugdwet: een onderzoek naar de knelpunten en kansen, Nivel/Nji 2019, p. 18. R.D. Friele e.a., De jeugd-GGZ na de Jeugdwet: een onderzoek naar de knelpunten en kansen, Nivel/Nji 2019, p. 18.

Herweijer & Lunsing 2011; M. Herweijer & J.R. Lunsing, Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure? Meta-evaluatie beleving door burgers van bezwaar, Den Haag: Ministerie van BZK 2011.

Nationale Ombudsman, Zorgen voor burgers 2018; A. Tuzgöl-Broekhoven e.a., Zorgen voor burgers. Onderzoek naar knelpunten die burgers ervaren bij de toegang tot zorg, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2018.

Nijmeijer e.a. 2015; A.G.A. Nijmeijer e.a., *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb*, Den Haag: WODC 2015.

PCMO 2 2010; L. van der Velden, C. Koetsenruijter & M. Euwema, Prettig Contact met de Overheid 2. Eindrapportage pioniertraject mediationvaardigheden resultaten, analyses & aanbevelingen, Den Haag: Ministerie van BZK 2010.

PCMO 4 2013; K van den Bos en L. van der Velden, Prettig Contact met de Overheid 4. Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten en ervaren procedurele rechtvaardigheid. Den Haag: Ministerie van BZK 2013.

Pels Rijcken, Maatwerk met de Awb 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 & Droogleeve Fortuijn 2019.

Pels Rijcken, Praktische experimenten 2020; Pels Rijcken, Voorstel praktische experimenten voor het bieden van maatwerk (vervolg op advies 'Maatwerk met de Awb') 2020.

Pommer e.a., Wisselend Bewolkt 2018; E. Pommer, *Overall rapportage sociaal domein 2017. Wisselend bewolkt*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2018.

Raad van State, Effecten van Digitalisering 2018; *Kamerstukken II* 2017/18, 26 643, nr. 557 (Ongevraagd advies Afdeling Advisering Raad van State over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen).

Raad van State, En nu verder! 2016; Afdeling advisering van de Raad van State, En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein, Den Haag: Raad van State 2016 (bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 34 550-VII, nr. 12).

Rob, Hoe hoort het eigenlijk? 2014; Raad voor het openbaar bestuur, Hoe hoort het eigenlijk? Passend contact tussen de overheid en burger, Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2014.

Verkenning Regeling Maatwerk Multiprobleem Huishoudens 2019; Eindrapportage Verkenning Regeling (wellicht wet) Maatwerk Multiprobleem Huishoudens 2019 (bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 34477, nr.63).

Van der Vlugt & Versteeg 2017; Y. van der Vlugt & W.H. Versteeg, *Nieuwe werkwijze horen door de regionale commissie bezwaarschriften*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2017.

De Waard e.a., Ervaringen met Bezwaar 2011; B.W.N. de Waard e.a., *Ervaringen met Bezwaar*, Den Haag: WODC 2011.

WRR, Weten is nog geen doen 2017; Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid (WRR rapport nr. 97), Den Haag 2017.

Bijlage 1: Onderzoeksvragen

Onderzoeksvragen zoals opgenomen in de offerteaanvraag:

1. Kan bij wet worden verboden of tegengegaan dat de uitvoeringsruimte die wetgeving biedt, wordt ingevuld door beleidsregels (of bedrijfsregels), om op deze wijze te voorzien in meer ruimte voor maatwerk?
2. In hoeverre kunnen bestuursorganen worden verplicht om bij de toepassing van beleidsregels of bedrijfsregels de beslissing te motiveren door het tonen van de feiten en de stappen waarop de beslissing is gebaseerd (nadere invulling motiveringsbeginsel)?
3. Welke ruimte of plicht schept artikel 3:4 Awb voor het bestuursorgaan om maatwerk te bieden? In hoeverre staan bepalingen in bijzondere wetgeving betreffende gebondenheid van beschikkingen hieraan in de weg?
4. Welke ruimte of plicht schept artikel 4:84 Awb voor het bestuursorgaan om in afwijking van een beleidsregel maatwerk te bieden?
5. Op welke wijze kan worden bevorderd dat een goede invulling wordt gegeven aan de bezwaarfase?
6. Is het passend de PCMO-aanpak meer dwingend voor te schrijven, bijvoorbeeld door het wijzigen van procedures met een formaliserend karakter of het inbouwen van oplossingsgericht informeel contact ((bv 4:12 Awb)?
7. Op welke andere wijze zouden in het primaire proces gevallen kunnen worden herkend, waarbij aanleiding bestaat te onderzoeken of maatwerk aan de orde is, zonder dat de uitvoeringspraktijk in het geding komt.
8. Kunnen beschikkingen zo worden vormgegeven, dat ze bijdragen aan voorkoming of vroegtijdige oplossing van geschillen?
9. In hoeverre staat de formele rechtskracht in de weg aan herstel van een niet-beoogde foutieve vaststelling van feiten door toedoen van hetzij het bestuursorgaan (bv gebruik van incorrecte gegevens), hetzij de burger (bv incomplete informatie).