

College van Beroep voor het bedrijfsleven

PRESIDENT

De minister van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties
mr. drs. H.G.J. Bruins Slot
Postbus 20111
2500 EA Den Haag

datum 6 april 2023
onderwerp Pre-consultatie concept wetsvoorstel *Wet versterking waarborg/unctie Awb* en notitie
Voorstel evenredigheidsbeginsel

Excellentie,

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (College) maakt graag gebruik van de door u, mede namens de minister voor Rechtsbescherming, geboden gelegenheid om in het kader van een pre-consultatie een (eerste) reactie te geven op het concept van een wetsvoorstel *Wet versterking ll'aarborgfunctie All'b* en op de notitie *Voorstel evenredigheidsbeginsel*. Hopelijk draagt deze inbreng bij aan de verdere gedachtevorming. Ook daaraan zal het College graag een bijdrage leveren. Een afschrift van deze brief stuur ik aan de minister voor Rechtsbescherming.

Wat het concept wetsvoorstel betreft beperkt het College in deze fase zijn reactie tot enkele onderdelen die direct of indirect gevolgen hebben voor het aan de bestuursrechter ten dienste staande instrumentarium.

Opmerkingen bij het concept wetsvoorstel

Artikelen 6:7 en 6:11

Het College is een groot voorstander van een stelsel waarin het overschrijden van de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel significant wordt teruggedrongen en niet-ontvankelijkverklaring op die grond achterwege blijft als de termijnoverschrijding niet verwijtbaar is of als daarmee geen redelijk doel wordt gediend. Het College is echter geen voorstander van de wijze waarop hieraan in het concept wetsvoorstel uitwerking wordt gegeven. Daarvoor is een aantal redenen. Bij het tot stand brengen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is op goede gronden gekozen voor één, uniforme termijn. Die gronden gelden wat het College betreft nog steeds. Daar komt bij dat ernstig betwijfeld moet worden of de voorgestelde differentiatie het beoogde effect zal hebben. De ervaring leert dat rechtsmiddelen bijna altijd op het laatste moment en regelmatig net daarna worden ingesteld. Aan het invoeren van een termijn van zes weken, wat voor de meeste categorieën zaken een verlenging betekende, lag mede de verwachting ten grondslag dat daardoor (beperkte) termijnoverschrijdingen zouden worden voorkomen. Deze verwachting is echter niet bewaarheid;; (beperkte) termijnoverschrijdingen komen nog steeds regelmatig voor. De overweging in de toelichting bij het concept wetsvoorstel dat een termijn van dertien weken substantieel meer ruimte geeft om een afgewogen beslissing te nemen over het al dan niet maken van bezwaar of het instellen van beroep gaat ook voorbij aan de kern van het probleem (namelijk: het beperkte "doenvermogen" van bepaalde groepen burgers) en biedt daarvoor ook geen oplossing. Het is zelfs niet ondenkbaar dat bij een lange termijn mensen de hele kwestie op de lange aan schuiven en uiteindelijk niets doen. Verlenging van de termijn zes naar dertien weken leidt ook tot een wezenlijke verlenging van de beslistermijn voor het bestuur in bezwaar en van de doorlooptijd bij de bestuursrechter in beroep en in hoger beroep; in het slechtste geval met in totaal 21 weken(!). Verder betekent de koppeling met het lage griffierecht in de praktijk dat de verlenging alleen voor het sociale domein relevant is. Er zijn echter ook andere categorieën van zaken die, als voor differentiatie zou worden gekozen, voor de verlengde termijn in aanmerking komen. De recente praktijk bij het College in

zaken over coronasteunmaatregelen voor het midden- en kleinbedrijf laat zien dat in aan aanzienlijk aantal gevallen de bezwaartermijn is overschreden, met niet-ontvankelijkverklaring door het bestuursorgaan als gevolg. Verder vergt een enumeratief stelsel dat de lijst regelmatig geactualiseerd moet worden, met het risico op fouten. Daarnaast zullen zich ongetwijfeld nieuwe afbakeningsvragen aandienen, zowel bij bestuur als bij bestuursrechter. Het College adviseert daarom om van differentiatie af te zien en te kijken naar alternatieven.

In de praktijk wachten mensen regelmatig met het maken van bezwaar of het instellen van beroep tot zij over nadere informatie of advies beschikken. Dan wordt vaak de termijn overschreden. De mogelijkheid van een "pro-formabezwaarschrift" of een "pro-formaberoepschrift" is bij veel burgers niet bekend en hoeft dat misschien ook niet te zijn. Denkbaar is die mogelijkheid expliciet in de termijnbepalingen op te nemen (waarbij uiteraard het verband met de artikelen 6.5 en 6.6 in het oog moet worden gehouden) en het bestuursorgaan en de bestuursrechter te verplichten dit in de rechtsmiddelverwijzing op te nemen. Ook is denkbaar dat het bestuur door de wetgever verplicht wordt om in geval van een (niet verschoonbaar) te laat bezwaar, het bezwaarschrift ook op te vatten als een verzoek om terug te komen van het oorspronkelijke besluit en daarop een afzonderlijk (primair) besluit te nemen.

Een verdergaande mogelijkheid, die dan nog wel grondig zou moeten worden doordacht, is het vervangen van de imperatieve niet-ontvankelijkverklaring door een facultatieve door middel van een "kan-bepaling", al dan niet met toepassingsvoorwaarden. Dan moet een belangenafweging worden gemaakt, waarbij onder meer de positie van eventuele (bepaalbare dan wel onbepaalbare groepen) derden, de aanwezigheid van zwaarwegende maatschappelijke belangen en de complexiteit van de besluitvorming kunnen dan wel moeten worden betrokken. Deze variant absorbeert tegelijkertijd ook de problematiek van de verschoonbaarheid, waardoor afzonderlijke bepalingen over verschoonbaarheid niet meer nodig zijn.

Bij een wel imperatieve niet-ontvankelijkheid moet de mitigering komen van de verschoonbaarheid. Daarbij is lastig dat de huidige wettekst in elk geval naar de letter geen ruimte biedt voor een belangenafweging. Bij de voorgestelde nieuwe tekst is dat niet anders. Het enige criterium is de verschoonbaarheid als zodanig. Op zichzelf biedt de huidige wettekst ruimte voor een soepel(er) toepassing, zodat sneller verschoonbaarheid kan worden aangenomen. Recente ontwikkelingen in de rechtspraak, ook bij het College, laten dat zien. Dan is vooral de attitude van de rechter bepalend. Ik zal, als president van het College, overigens binnenkort aan een raadsheer advocaat-generaal in enkele zaken een conclusie vragen over dit onderwerp. Die zaken zullen worden behandeld door een grote kamer waarin ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) en de Centrale Raad van Beroep zijn vertegenwoordigd. De in het concept wetsvoorstel voorgestelde wijziging houdt in wezen een specificatie in van het al bestaande algemene criterium voor verschoonbaarheid. Kwaad kan dat niet, maar ook zonder deze wijziging kan het daarmee beoogde doel worden bereikt. Een vraag die bij de nieuwe tekst verder nog opkomt, is of deze ook betrekking heeft op persoonlijke (of zakelijke?) omstandigheden bij een gemachtigde of een andere hulpverlener of adviseur.

Het College wijst er tot slot op dat termijnoverschrijding niet zelden (mede) wordt veroorzaakt door perikelen rondom de bekendmaking van besluiten en de verzending van bezwaar- en beroepschriften, zowel bij fysieke als bij elektronische verzending. Onderzocht zou kunnen worden of aanpassingen in de wetgeving mogelijk zijn die het ontstaan van dergelijke perikelen tegengaan dan wel de ongewenste

datum 6 april 2023
pagina 3 van 6

gevolgen daarvan wegnemen of ten minste mitigeren. Het voorgaande illustreert overigens nog eens extra dat het probleem niet zit in de lengte van de bezwaar- en beroepstermijn als zodanig.

Artikel 8:29

Een beslissing op grond van artikel 8:29 is een "alles of niets"-beslissing. De wet biedt niet (expliciet) de mogelijkheid om voorwaarden aan de beperking van de kennisneming te verbinden. Artikel 8:32, tweede lid, kan uitkomst bieden als het gaat om een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, maar betwijfeld kan worden of bedrijfsveelrouwelijke gegevens ook onder de noemer "persoonlijke levenssfeer" vallen. Niettemin heeft de rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2016:10082) uitgesproken dat bij een beslissing over bedrijfsvertrouwelijke gegevens het verdedigingsbelang zo zwaar kan wegen dat daaraan op enigerlei wijze tegemoetgekomen moet worden. Dit kan gestalte krijgen door van stukken waarop het verzoek om toepassing van (thans) artikel 8:29, derde lid, betrekking heeft, kennis te laten nemen door de advocaat die de eisende partij in rechte bijstaat. Deze kennisneming is dan, in zoverre op overeenkomstige wijze als geregeld in artikel 8:32, tweede lid, voorbehouden aan die advocaat. Dit houdt mede in dat deze de stukken en de daarin vervatte informatie als veelrouwelijk dienen te worden beschouwd en dus ook niet mogen worden meegedeeld aan de eisende partij. Het College stelt voor om deze mogelijkheid in artikel 8:29 op te nemen, in die zin dat de rechter kan beslissen dat beperking van de kennisneming slechts gerechtvaardigd is indien de partij die daarom verzoek, instemt met kennisneming die is voorbehouden aan een advocaat, als of een andere door de rechter aangewezen persoon.

Afdeling 8.2.2b en artikel 8:80a

Het College is eveneens een groot voorstander van een stelsel dat de bestuursrechter alle mogelijkheden biedt om zonder onnodige procedurele belemmeringen de positie en de standpunten van alle partijen volledig tot hun recht te laten komen. De vereisten van "fair trial" en "equality of arms" en het streven om op basis van de materiële waarheid tot juiste bestuurlijke besluitvorming te komen, vergen dit. Anders dan de toelichting bij het concept wetsvoorstel lijkt te suggereren bevat de Awb van het begin af aan al twee instrumenten die daarvoor doeltreffend kunnen worden ingezet, namelijk - naast de mogelijkheden die een goed vooronderzoek en een goede behandeling ter zitting bieden - de schorsing van het onderzoek ter zitting in artikel 8:64 en de heropening van het onderzoek in artikel 8:68 (later gezamenlijk ook wel aangeduid als: de informele lus). Deze vormvrije en nauwelijks aan procedureregels gebonden instrumenten, die ten aanzien van alle partijen kunnen worden toegepast, werden en worden regelmatig gebruikt zonder dat daarbij van problemen is gebleken. Het verdient zeker aanbeveling dat dit nog vaker gebeurt; ook dat is een kwestie van rechterlijke attitude. Wat later de bestuurlijke lus is geworden en de nu voorgestelde burgerlijke lus (beter: burgerlus), zijn de wettelijke pendanten daarvan. Het (enige) verschil is dat de formele lus wordt neergelegd in een tussenuitspraak. In de praktijk, zeker ook bij het College, zien we overigens dat de informele lus niet wordt neergelegd in een griffiersbrief maar in een *tussenbeslissing*, die ook wordt gepubliceerd.

Dat nu een burgerlus wordt voorgesteld lijkt mede ingegeven door de wens een zichtbare tegenhanger van de bestuurlijke lus te introduceren, ook omdat de bestuurlijke lus het - deels niet terechte - imago heeft van het "helpen" of "redden" van het bestuur. In zoverre is deze figuur positief te waarderen. Hij onderstreept ook de wenselijkheid om de burger in een betere en eerlijkere bewijspositie te brengen. Daartoe hoeft de burgerlus echter niet beperkt te blijven, zoals de praktijk van de informele lus laat zien. Het zou volgens het College (nog) mooier en vooral ook beter zijn als de (wettelijke) bestuurlijke lus en

de burgerlus niet afzonderlijk worden geregeld, maar juist geïntegreerd in één (formele) lus. Dat moet wetgevingstechnisch kunnen. Daarbij zou ook moeten worden bezien of het mogelijk is het aantal proceduregels dat daarvoor geldt, wezenlijk te beperken. Integratie is extra van belang, omdat zo duidelijk wordt dat een lus niet per definitie in het voordeel is van één partij (het bestuur) en in het nadeel van de andere partij(en). Lang niet elke lus eindigt immers met het in stand blijven van de rechtsgevolgen van het gebrekkig bevonden besluit; in veel gevallen vindt het herstel juist plaats door middel van een voor de burger gunstig(er) nieuw besluit. Verder wordt het gebruik van de lus vaak ingegeven door nadere gegevens die de burger in beroep of in hoger beroep heeft ingebracht, naar aanleiding waarvan het bestuursorgaan het besluit dan moet heroverwegen.

Het College geeft in overweging onderdeel c van het voorgestelde artikel 8:80a te schrappen. Ten eerste omdat het dwingend voorschrijven van een tussenuitspraak eraan voorbij ziet dat - juist - schikkingsinitiatieven in de praktijk via de informele lus lopen of ter zitting plaatsvinden. Ten tweede omdat niet aanstonds duidelijk is welke (bindende) beslissingen hier in een tussenuitspraak kunnen of moeten worden opgenomen. De praktijk redt zich heel goed zonder een dergelijke voorziening.

Het in onderdeel d van het voorgestelde artikel 8:80a dwingend voorschrijven van een tussenuitspraak bij toepassing van artikel 8:29, derde lid (dat na de voorgestelde vernumming het vijfde lid zal zijn) ziet eraan voorbij dat dergelijke beslissingen regelmatig ook (pas) ter zitting worden genomen en dan worden neergelegd in de (eind)uitspraak. Het ziet er ook aan voorbij dat zulke beslissingen vaak worden genomen door een rechter-commissaris. Het neerleggen van een beslissing van de rechter-commissaris in een *tussenuitspraak* past niet in het systeem. Meer in het algemeen is het de vraag of een tussenuitspraak in plaats van een tussenbeslissing hier iets toevoegt.

Het College wijst er verder op dat voor de volledigheid ook het op grond van het Zestiende Protocol bij het EVRM vragen van een "advisory opinion" aan het Europees Hof voor de rechten van de Mens in het voorgestelde artikel 8:80a zou kunnen worden opgenomen.

Tot slot merkt het College op dat het met blijdschap kennis heeft genomen van de introductie in onderdeel f van het voorgestelde artikel 8:80a van een (aanvullende) generieke mogelijkheid om een tussenuitspraak te doen. Daardoor wordt het onder andere mogelijk om het geschil in gedeelten te beslissen. Deze bepaling kan ook worden gebruikt om, indien dat geraden voorkomt, een beslissing op grond van artikel 8:29 in een tussenuitspraak neer te leggen.

Opmerkingen bij de notitie

Het College onderschrijft wat in de notitie wordt opgemerkt over het belang van goede (bijzondere) wetgeving. Tegelijkertijd begrijpt het College de wens en de achtergrond daarvan om een algemeen - wettelijk - "veiligheidsventiel" te creëren dat door het bestuur (en vervolgens: door de bestuursrechter) kan worden ingezet als de toepassing van een gebonden bevoegdheid in een individueel geval tot onevenredige gevolgen zou leiden of heeft geleid. De beslissing om een dergelijk instrument wel of niet tot stand te brengen is een, naar haar aard: politieke, beslissing van de wetgever. Een van de aspecten die de wetgever daarbij dient te betrekken is welke de gevolgen zijn voor de positie van de rechter in de trias en voor de werklust van de rechter. Het College gaat ervan uit dat deze essentiële vraag in dialoog met de rechter(s) grondig onder ogen wordt gezien. Bij de uitwerking dient de wetgever vanzelfsprekend zorg te dragen voor een juiste juridische inkadering en een uit een oogpunt van

datum 6 april 2023
pagina 5 van 6

wetgevingstechniek goede vormgeving. In het licht hiervan roept het voorstel in de notitie met de toelichting daarbij verschillende vragen op en geeft het aanleiding tot de nodige opmerkingen. Een aantal daarvan brengt het College in deze fase van de gedachtevorming alvast naar voren.

Het is in de eerste plaats van belang om goed voor ogen te hebben welke wijziging(en) het voorstel tot gevolg heeft ten opzichte van de geldende wetgeving en jurisprudentie. Het evenredigheidsbeginsel is op dit moment in de wetgeving gedeeltelijk gecodificeerd, namelijk voor besluiten op grond van een al dan niet met beleid(sregels) ingevulde discretionaire bevoegdheid en voor besluiten van bestuursorganen die algemeen verbindende voorschriften inhouden. Dit is in de uitspraak van (de grote kamer van) de Afdeling van 1 maart 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:772) nog eens bevestigd. In de rechtspraak van de Afdeling en van het College heeft zich recentelijk de ontwikkeling doorgezet dat het (ongeschreven) evenredigheidsbeginsel ook toepassing kan vinden bij besluiten op grond van een gebonden bevoegdheid die haar grondslag vindt in een algemeen verbindend voorschrift dat geen wet in formele zin is, in die zin dat in het concrete geval het voorschrift buiten toepassing blijft maar de rechtsgeldigheid van het voorschrift zelf niet wordt aangetast (de zogenoemde contra-legendtoepassing). In zoverre voegt het voorstel weliswaar inhoudelijk niets toe, maar breidt het wel het toepassingsbereik van het geschreven evenredigheidsbeginsel uit. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat het om hetzelfde evenredigheidsbeginsel gaat, waaraan ook op dezelfde wijze wordt getoetst. Voor zover het gaat om besluiten op grond van een gebonden bevoegdheid die haar grondslag vindt in een wet in formele zin, is in de uitspraak van 1 maart 2023 ten eerste neergelegd dat exceptieve toetsing van de wet zelf aan algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, en (ander) ongeschreven recht bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling (nog) afstuit op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Daarin brengt het voorstel geen verandering. In de uitspraak van 1 maart 2023 is ten tweede neergelegd dat in geval van door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden de toepassing van de wet in formele zin in een individueel geval wel kan worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Het voorstel ecaiteert de uit deze "verdisconteringsregel" voortvloeiende beperking van de mogelijkheid van contra-legendtoepassing, althans wat het evenredigheidsbeginsel betreft. Dat is een wezenlijke wijziging van het geldende recht. Samengevat voorziet het voorstel erin dat wettelijk wordt geregeld dat het evenredigheidsbeginsel ook toepassing kan vinden bij het nemen en vervolgens toetsen van besluiten op grond van een gebonden bevoegdheid, ongeacht of deze hun grondslag vinden in een lager algemeen verbindend voorschrift of in een wet in formele zin.

In de notitie wordt de vraag of het voorstel in strijd komt met het toetsingsverbod, ontkennend beantwoord. In elk geval de daaraan ten grondslag gelegde motivering schiet tekort. Een keuze van de "gewone" wetgever mag immers niet in strijd zijn met een keuze van de grondwetgever en lijkt evenmin gevolgen te kunnen hebben voor de inhoud van een door de grondwetgever gemaakte keuze. Het College geeft in overweging om hierbij te betrekken de vraag of het voorstel in strijd is met het toetsingsverbod zelf of (slechts) met de daaraan tot nu toe in de jurisprudentie gegeven uitleg, en daarbij een onderscheid te maken tussen exceptieve toetsing van de wet zelf aan het evenredigheidsbeginsel en contra-legendtoepassing van het evenredigheidsbeginsel. Dat geen sprake meer zal zijn van - in de terminologie van de toelichting bij het voorstel - "contra-legendwerking" lijkt eveneens (in materiële zin) niet juist. Toepassing van het evenredigheidsbeginsel leidt er immers toe dat een resultaat wordt bereikt dat in strijd is met de tekst van de betrokken specifieke wet. Dat het voorstel die contra-legendtoepassing sanctioneert door middel van een algemene bepaling waarin de mogelijkheid van beperkende werking van het evenredigheidsbeginsel voor alle categorieën van regelgeving is opgenomen, is in het systeem een andere kwestie. Het College wijst in dit verband ook op de parallel

datum 6 april 2023
pagina 6 van 6

met de artikelen 6:2, tweede lid, en 6:248, tweede lid, BW, waarin de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is aanvaard ook als het gaat om de toepassing van een "regel" die voortvloeit uit een wet in formele zin.

Een andere vraag is welke de maatstaf zou moeten zijn voor het bestuur en de bestuursrechter bij de toepassing van de gedachte nieuwe wettelijke bepaling. Een wettelijke invulling daarvan die ertoe strekt meer gekwalificeerde (strengere) eisen te stellen dan bij discretionaire bevoegdheden lijkt moeizaam, omdat er dan meer "evenredigheidsbeginselen" zouden zijn. Maar bespiegelingen in de toelichting daarover lijken gewenst. Daarbij is van belang dat de Afdeling en het College in geval van besluiten op grond van een gebonden bevoegdheid die haar grondslag vindt in een lager algemeen verbindend voorschrift geen strengere eisen stellen. Wel kennen zij belangrijke betekenis toe aan wat de regelgever heeft bedoeld en voorzien.

Een kwestie die nadere doordenking vergt, is wat het voorstel betekent voor de toepassing van en de toetsing aan andere algemene rechtsbeginselen en ongeschreven recht dan het evenredigheidsbeginsel. Moet ook daarvoor dan een wettelijke regeling tot stand worden gebracht en als dat niet zo is, wat zouden dan de gevolgen (moeten) zijn voor de "verdisconteringsregel"?

Het College merkt verder op dat de wetgevingstechnische vormgeving verbetering behoeft. Systematisch lijkt het beter de specifieke opdracht tot belangenafweging bij een discretionaire bevoegdheid enerzijds en de algemene opdracht om bij bestuurlijke besluitvorming niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel te komen anderzijds, zichtbaar van elkaar te scheiden. Artikel 3:4 zou dan kunnen worden beperkt tot het huidige eerste lid en het huidige tweede lid zou kunnen worden ondergebracht in een nieuw artikel 3:4a. Tekstuele wijzigingen kunnen zo ook achterwege blijven.

Tot slot is van belang dat op dit moment de discussie over constitutionele toetsing speelt. Als inderdaad een wijziging van artikel 120 Grondwet tot stand komt die inhoudt dat de rechter een wet in formele zin mag toetsen aan grondrechten, komt tegelijkertijd de vraag naar voren of de rechter dan een wet in formele zin ook zou mogen toetsen aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Dan moet verder ook aandacht worden besteed aan de verhouding tussen beide (wetgevings)trajecten.

T.G.M. Simons