

ARTIKELLEN

Plaats en betekenis van de Algemene wet bestuursrecht in relatie tot andere wetgeving

Over wetgevingsbeleid én rechtstoepassing

Prof. mr. P.J. Huisman & mr. dr. N. Jak

1. Inleiding

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) is bij uitstek het voorbeeld van een algemene, overkoepelende wet op het terrein van het bestuursrecht. Deze wet bevat algemene bestuursrechtelijke begrippen (de drie b's: besluit, bestuursorgaan en belanghebbende), regels over het verkeer met bestuursorganen, algemene en bijzondere regels over besluiten, bestuurlijk handhavingsrecht en het bestuursprocesrecht. Hoewel deze wet een spilfunctie heeft en bij juristen spontaan in gedachten springt als het gaat over het bestuursrecht, staat deze wet verre van op zichzelf. De Awb is namelijk een algemene wet die wordt toegepast bij de uitvoering van andere wetten. Deze algemene wet kent in principe geen bestuursbevoegdheden toe, dat gebeurt in wat men noemt de bijzondere of instrumentele wetgeving. Bovendien zijn bepaalde algemene (bestuursrechtelijke) onderwerpen elders geregeld; zo valt voor openbaarheid van overheidshandelen te wijzen op de Wet open overheid (Woo) en voor organieke regels op onder meer de Gemeentewet (Gemw). Bij de totstandkoming van de Awb is nagedacht over de relatie tot andere wetgeving en dan met name over het antwoord op de vraag: wat nu als een andere wet wil afwijken van de Awb?¹ De verhouding van de Awb tot andere wetgeving heeft na de totstandkoming van de Awb herhaaldelijk de aandacht in de literatuur gehad.² Dat dit een actueel onderwerp betreft, blijkt bijvoorbeeld uit de discussies over de consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb. Vooral de voorgestelde aanpassing van het evenredigheidsbeginsel zoals dat is verwoord in artikel 3:4, tweede lid, Awb trekt de aandacht.³ Het moet, kort gezegd, mogelijk zijn om altijd te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel zoals dat in de Awb is gecodificeerd, ook als het gaat om een gebonden bevoegdheid op basis van een wet in formele zin. Dat roept onder meer de vraag op hoe deze regel uit de Awb zich verhoudt tot andere

1 PG Awb I, p. 64-65.

2 Zie onder meer C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjes, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000 en S.E. Zijlstra, M.J. Jacobs & H.J.H.L. Kortjes, *Bijzondere en algemene wetgeving. De betekenis van algemene wetgeving, met name de Awb en de AVG, voor het opstellen van bijzondere wetgeving* (Staats- en bestuursrecht Praktijk), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

3 Zie voor de consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb: www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/b1.

wetgeving in formele zin, maar ook of dit strookt met het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet (Gw). Allemaal actuele vragen over de verhouding van de Awb tot andere wetgeving.

In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de plaats en de betekenis is van de Awb in relatie tot andere wetgeving. Daarbij gaat het ons om de verhouding tot andere wetten in formele zin, waaronder ook de Grondwet. Vraagstukken die de revue passeren zien op de plaats waar bepaalde onderwerpen worden geregeld (Grondwet, Awb of bijzondere wet in formele zin), de vraag of de verschillende regelingen op elkaar aansluiten en de vraag welke regel voorgaat als deze aansluiting er niet is. Bij de bespreking van deze vraagstukken maken wij uitdrukkelijk onderscheid tussen het perspectief van het *wetgevingsbeleid* en het perspectief van de *rechtstoepassing*.⁴ De manier waarop de wetgever kijkt naar de totstandkoming en afstemming van wetgeving onderling is een andere dan die van het bestuur en de rechter die deze wetgeving toepassen. Dat er een rechtens relevant verschil tussen deze perspectieven is, wordt niet altijd onderkend, terwijl inzicht in dit onderscheid behulpzaam kan zijn bij het maken van wetgevingskeuzes die zo optimaal mogelijk aansluiten bij de praktijk van de toepassing van wetgeving.

Hierna gaan wij in paragraaf 2 eerst in op de relatie van de Grondwet tot de Awb. In paragraaf 3 bespreken wij de doelstellingen van de Awb en wat de meerwaarde van deze wet is. Daarna behandelen wij in paragraaf 4 de relatie van de Awb met andere wetgeving aan de hand van het onderscheid tussen wetgevingsbeleid en rechtstoepassing. In paragraaf 5 zullen wij, mede op basis van wat in de paragrafen daarvoor besproken is, de verhouding tussen de Awb en andere wetgeving nader beschouwen aan de hand van drie thema's: de plaats van algemene regels van bestuursrecht, de aansluiting van de Awb op andere wetgeving in formele zin (in het bijzonder vanuit het perspectief van wetgevingsbeleid) en de vraag welke regel voorgaat als de regelingen niet op elkaar aansluiten (in het bijzonder vanuit het perspectief van rechtstoepassing). Deze bijdrage sluiten wij af met een slotwoord in paragraaf 6.

2. De Grondwet en de Awb

De verhouding tussen de Grondwet en de Awb is helder vanwege de plaats die zij in de normenhiërarchie innemen: de Grondwet is van hogere rangorde dan de Awb. De Awb mag niet in strijd zijn met de Grondwet. De Grondwet biedt het kader voor de inrichting van het Nederlandse staatsbestel. Een kader dat uiteraard ook relevant is voor de inrichting van het bestuursrecht. Zo bevat de Grondwet regels over de totstandkoming van wetgeving, organisatieregels over de uitvoerende macht en regels over de rechtspraak. Een belangrijke bepaling, die de laatste tijd betrekkelijk

4 C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjes, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 20-22; F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 172-174.

veel aandacht krijgt in de bestuursrechtspraak en in het bestuursrechtelijke discours, is het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.⁵

De Grondwet bevat echter weinig tot geen houvast voor hoe het materiële bestuursrecht en het bestuursprocesrecht ingericht dienen te worden.⁶ Artikel 107, tweede lid, Gw geeft wel een opdracht tot het stellen van ‘algemene regels van bestuursrecht’, maar laat in het midden (1) waar die regels hun beslag dienen te krijgen en (2) wat inhoudelijk belangrijk is bij het opstellen van die regels. Bij deze twee punten staan wij hier kort stil.

Uit artikel 107, tweede lid, Gw volgt niet dat de algemene regels van bestuursrecht in één wet moeten worden vastgelegd. Blijkens de parlementaire geschiedenis sluit dit artikellid ook niet uit dat anderen dan de wetgever in formele zin algemene regels van bestuursrecht vaststellen.⁷ Op het niveau van wetgeving in formele zin komen algemene regels van bestuursrecht voor in de Awb, maar ook op andere plaatsen, zoals in de Woo. Dat werpt de vraag op wat de verhouding is tussen de verschillende algemene regels van bestuursrecht. Deze kwestie komt in paragraaf 5 aan de orde.

Een inhoudelijk richtsnoer voor de wetgever bij het maken van algemene regels van bestuursrecht is niet te vinden in artikel 107, tweede lid, Gw. Dit past bij het van oudsher sobere en open karakter van de Grondwet.⁸ Uiteraard zijn er wel constitutionele grenzen bij het maken van algemene regels van bestuursrecht, te denken valt onder meer aan de grondrechten die in acht moeten worden genomen.

Het valt ons op dat als voorstellen worden gedaan voor het aanpassen van het algemene bestuursrecht welhaast automatisch wordt gedacht aan ‘sleutelen’ aan de Awb, maar niet aan aanpassing van de Grondwet.⁹ Dit terwijl bepaalde vraagstukken zich wellicht juist lenen voor een regeling op een algemener niveau dan in de Awb. Deze zogenoemde ‘constitutionalisering van het bestuursrecht’ bespreken wij in paragraaf 5.1.

3. Doel en meerwaarde van een Awb

3.1 Doelstellingen en huidige functies van de Awb

Alvorens nader in te gaan op de relatie van de Awb tot andere wetgeving is het goed om stil te staan bij het oogmerk – de doelen – van de Awb, want dit hangt nauw samen met de blik op andere wetgeving. De doelstellingen van de Awb zijn blijkens de memorie van toelichting bij de eerste tranche de volgende:

- bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving;
- systematiseren en vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving;

5 Zie bijv. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190. Zie voor wat betreft de literatuur uit velen R.N. van der Velde, ‘De grondwettigheid van de nieuw voorgestelde evenredigheidstoets nader bestudeerd’, *NTB* 2023/347.

6 Zie voor een analyse in hoeverre het bestuursrecht reeds in de Grondwet is verankerd P.J. Huisman & N. Jak, ‘Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen’, *NTB* 2023/172, p. 263-273.

7 *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, nr. 3, p. 6.

8 Huisman & Jak 2023, p. 265.

9 Zie daarover nader Huisman & Jak 2023, p. 263 e.v.

Prof. mr. P.J. Huisman & mr. dr. N. Jak

- codificeren van ontwikkelingen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie;
- regelen van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.¹⁰

Drie van de vier doelstellingen zien rechtstreeks op de verhouding van de Awb tot andere bestuursrechtelijke wetgeving. De doelen bevorderen van eenheid (harmoniseren) en systematiseren en vereenvoudigen hangen sterk met elkaar samen.¹¹ Door voor het vóór de Awb verbrokkelde en onoverzichtelijke geheel van bestuursrechtelijke wetgeving zo veel mogelijk uniforme bepalingen op te stellen werkt de Awb harmoniserend. Het harmoniseren leidt tot systematiseren en vereenvoudigen. Het vierde doel ziet op het regelen van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen. Daarbij valt te denken aan de doorzendplicht van artikel 2:3 Awb. Het is niet doenlijk dit steeds in een bijzondere wettelijke regeling op te nemen.¹²

De voormalig regeringscommissaris algemene regels van bestuursrecht, Michiel Scheltema, gaf aan het wel eens te betreuren dat de memorie van toelichting de doelstellingen van de Awb wat beperkt heeft omschreven, en dat het beter zou zijn geweest wanneer de verbinding met de waarden van de rechtsstaat meer expliciet was gelegd.¹³ Daartoe stelt hij een actuele herformulering van het doel van de Awb voor, namelijk: ‘Het bieden van een eigentijds bestuursrechtelijk kader voor effectief bestuur op basis van de waarden van de rechtsstaat’.¹⁴

Het is de vraag of de doelstellingen van de Awb, dan wel de functies van deze wet, een doorontwikkeling hebben meegemaakt en welke functies thans dominant zijn. Schueler maakt in dit verband een interessante analyse tegen de achtergrond van de vraag wat de belangrijkste redenen zijn om algemene regels op te nemen in de Awb in plaats van een regeling te maken voor een deelsterrein. Dat bespreekt hij aan de hand van vijf invalshoeken, te weten: rechtseenheid, kenbaarheid, voorspelbaarheid, efficiëntie in de wetgeving en borging van rechtsstatelijkheid.¹⁵ Hij komt tot de bevinding dat deze invalshoeken alle belangrijk zijn, maar dat in het huidige tijdsgewricht vooral het belang van efficiency in de wetgeving en borging van rechtsstatelijkheid groot is.¹⁶

Dat niet louter de traditionele, juridisch wat droog geformuleerde, vier doelstellingen relevant zijn, maar dat zeker ook de waarden van de rechtsstaat – of zo men wil: ‘de waarborgfunctie’ van de Awb – van belang zijn, blijkt uit het recente consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb. Dit voorstel heeft als doel de waarborgfunctie van de Awb te versterken.¹⁷ Dat dit mede raakt aan kwesties als

10 PG Awb I, p. 19.

11 Zie R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1* (Staats- en bestuursrecht Wetenschap), Deventer: Wolters Kluwer 2024, nr. 54.

12 PG Awb I, p. 23.

13 M. Scheltema, ‘Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?’, *NJB* 2015/814, p. 1152.

14 Scheltema 2015, p. 1152.

15 B.J. Schueler, ‘De verschuivende functies van de Awb’, *RegelMaat* 2015, afl. 6, p. 422-436.

16 Schueler 2015, p. 435-436.

17 Zie MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 3.

hoe de Awb zich verhoudt tot bijzondere wetgeving en de Grondwet, zullen wij later in deze bijdrage bespreken.

3.2 *Caribisch Nederland en een Awb*

De Awb geldt niet onverkort in het hele land Nederland. Uit artikel 3 van de Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba volgt (kort gezegd) dat de Awb met uitzondering van hoofdstuk 9 (klachtrecht) niet geldt voor Caribisch Nederland.¹⁸ Wat betreft de rechtsbescherming is voorzien in een eigen Wet administratieve rechtspraak BES, waarin de onderwerpen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter zijn geregeld (onderwerpen die in hoofdstuk 6 t/m 8 Awb zijn opgenomen). Ofschoon de Awb formeel niet geldt, wordt in Caribisch Nederland feitelijk wel Awb-recht toegepast. Zo valt te wijzen op Awb-bepalingen die zijn overgeschreven in BES-wetgeving of die daarin van toepassing zijn verklaard. Voorts is er in de Awb gecodificeerd bestuursrecht dat door de bestuursrechter in Caribisch Nederland als ongeschreven recht wordt toegepast.¹⁹ Niettemin blijkt uit diverse onderzoeken dat er behoefte is aan een op de Awb lijkende regeling, waarbij rekening wordt gehouden met de schaal van de eilanden en de uitvoerbaarheid van een Awb voor de openbare lichamen (ook wel aangeduid als een 'AwbBES').²⁰

Een belangrijk motief om te komen tot een AwbBES is dat voor goed bestuur en de rechten van de burger in Caribisch Nederland geen lagere standaarden mogen gelden dan in andere delen van Nederland. Hierin is de eerdergenoemde borging van rechtsstatelijkheid te herkennen. Andere belangrijke motieven zijn uiteraard ingegeven door wat hiervoor is besproken over de vier doelstellingen bij de eerste tranche van de Awb (harmoniseren, systematiseren en vereenvoudigen, codificeren en treffen van voorzieningen die zich naar hun aard niet lenen voor regeling in de bijzondere wet). Te denken valt aan het tegengaan van tegenstrijdigheden in bijzondere bestuursrechtelijke regels die nu gelden in Caribisch Nederland en het ondervangen van lacunes daarin. Voorts draagt het codificeren van wat nu al als ongeschreven recht wordt toegepast vanzelfsprekend bij aan de rechtszekerheid. Bovendien heeft een AwbBES belangrijke voordelen uit het oogpunt van wetgevingsefficiëncy; iets hoeft maar één keer geregeld te worden, in plaats van talloze keren.²¹

18 Zie over dit artikel T.C. Borman, 'De Awb als ordenende kracht: ook voor Caribisch Nederland?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 16-17. Zie ook S.E. Zijlstra & P.J. Huisman, *Wenselijkheid van en mogelijkheden voor een Algemene wet bestuursrecht voor de BES-eilanden. Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Justitie en Veiligheid*, 2024, p. 6-7. Dit rapport is een bijlage bij *Kamerstukken II 2023/24*, 36410 IV, nr. 72.

19 Borman 2019, p. 24 en Zijlstra & Huisman 2024, in het bijzonder p. 16 e.v.

20 Zie (onder meer) L. Ling Ket On & N. Verheij, 'Bestuursrecht op de BES', *RegelMaat* 2009, afl. 1, p. 42-43, Borman 2019, p. 24-27 en Zijlstra & Huisman 2024, p. 34 e.v.

21 Zie Borman 2019, p. 24-27 en Zijlstra & Huisman 2024, p. 32-33.

4. Wetgevingsbeleid en rechtstoepassing

De vraag hoe de Awb zich verhoudt tot andere wetgeving bespreken wij aan de hand van het onderscheid tussen het perspectief van het wetgevingsbeleid enerzijds (par. 4.1) en het perspectief van de rechtstoepassing anderzijds (par. 4.2). Ter afsluiting van deze paragraaf behandelen wij de op handen zijnde introductie in artikel 3:4, tweede lid, Awb van een evenredigheidstoets bij gebonden bevoegdheden in formele wetten, welke wetwijziging de vraag naar de relatie tussen de Awb en andere wetten in formele zin hoogst actueel maakt (par. 4.3). Voor een goed begrip van deze wijziging is het onderscheid tussen wetgevingsbeleid en rechtstoepassing van groot belang.

4.1 Wetgevingsbeleid

4.1.1 Gradaties van harmonisatie

Het wetgevingsbeleid inzake de Awb kent vier gradaties van harmonisatie waarmee de relatie tot andere wetgeving wordt bepaald.²² Allereerst bevat de Awb bepalingen van *dwingend recht*. De bedoeling van deze bepalingen is dat zij voor het gehele bestuursrecht gelden. Een bekend voorbeeld is de bezwaar- en beroepstermijn van zes weken, neergelegd in artikel 6:7 Awb. In de tweede plaats zijn er bepalingen van *regelend recht*. Deze bepalingen geven uiting aan de voor de normale gevallen beste regeling, maar bieden tevens expliciet de mogelijkheid daarvan bij 'wettelijk voorschrift' af te wijken. Met de term wettelijk voorschrift wordt niet alleen bedoeld op wetten in formele zin, maar ook op lagere regels.²³ Het bekendste voorbeeld is artikel 4:1 Awb, waarin staat dat de aanvraag voor een beschikking schriftelijk wordt ingediend, 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald'. Ten derde heeft de Awb bepalingen van *aanvullend recht*. Deze bepalingen leggen het initiatief bij de bijzondere regelgever om de materie zelf bij wettelijk voorschrift te regelen, maar geven een vangnet voor het geval dat niet gebeurt. Zo dient een beschikking te worden gegeven binnen de 'bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn', maar als die termijn ontbreekt, geldt een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag, welke termijn in ieder geval na acht weken is verstreken (art. 4:13 Awb). Ten slotte zijn er bepalingen van *facultatief recht*. Dergelijke bepalingen zijn alleen van toepassing als dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het betrokken bestuursorgaan is bepaald. Voorbeelden zijn de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb) en de *lex silencio positivo* (par. 4.1.3.3 Awb).

Het moge duidelijk zijn dat de Awb met deze gradaties van harmonisatie maatwerk door andere wetgevers, waaronder de lagere regelgever, mogelijk maakt. Daarbij zij opgemerkt dat alleen de wetgever in formele zin kan afwijken van dwingende Awb-bepalingen, maar hiervan dient terughoudend gebruik te worden gemaakt.

²² PG Awb I, p. 64 e.v. Zie hierover Schlössels e.a. 2024, nr. 56.

²³ PG Awb I, p. 64.

4.1.2 *Dwingend recht: de algemene wet gaat voor de bijzondere wet*

In de vorige paragraaf is uiteengezet hoe de Awb zich tracht te verhouden tot andere wetgeving. Voor zover het gaat om bepalingen in de Awb van regelend, aanvullend en facultatief recht zijn er juridisch eigenlijk geen problemen. Dat geldt ook voor de relatie tussen dwingendrechtelijke Awb-bepalingen en lagere wetgeving; de Awb gaat dan voor omdat zij van hogere rangorde is. Vraagpunten zijn er wel bij dwingendrechtelijke bepalingen in verhouding tot andere wetten in formele zin, omdat formele wetten van hetzelfde niveau zijn als de Awb.

Vanuit het oogpunt van harmoniserend wetgevingsbeleid geldt als uitgangspunt dat andere wetten in formele zin zo veel mogelijk in overeenstemming moeten zijn met de Awb. Gelet hierop wordt wel gezegd dat de Awb als algemene wet materieel een andere status heeft dan andere wetten en dat aan haar bepalingen een groter gewicht toekomt dan bepalingen uit andere wetten.²⁴ In die zin geldt het adagium: de algemene wet gaat voor de bijzondere wet.²⁵

Alhoewel dat in beginsel niet de bedoeling is, kan alleen bij wet in formele zin van dwingendrechtelijke Awb-bepalingen worden afgeweken als dat noodzakelijk is.²⁶ De afwijking moet in de bijzondere wet in formele zin uitdrukkelijk worden vermeld door middel van de woorden: ‘in afwijking van artikel ... van de Algemene wet bestuursrecht ...’.²⁷ Ook moet de afwijking in de memorie van toelichting worden gemotiveerd.²⁸ De noodzakelijkheidseis, de verplichting tot uitdrukkelijke vermelding van de afwijking en de verplichte motivering van de afwijking zijn neergelegd in aanwijzing 2.46, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Het voorgeschreven gebruik van de clausule ‘in afwijking van’ is opgenomen in Ar 3.35.²⁹

4.1.3 *Onderscheidingen van dwingend recht*

De dwingendrechtelijke bepalingen van de Awb zijn niet gelijksoortig. Zijlstra onderscheidt een typologie van vijf soorten bepalingen van dwingend recht.³⁰ Afhankelijk van het type bepaling is afwijking vanuit een oogpunt van wetgevingsbeleid al dan niet toelaatbaar.

Ten eerste zijn er de bepalingen met een norm met een zo hoog rechtsstatelijk gehalte dat afwijking min of meer ondenkbaar is. Het gaat hier bijvoorbeeld om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van afdeling 3.2, waaronder het verbod van *détournement de pouvoir* (art. 3:3 Awb) en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid, Awb). In de tweede plaats zijn er bepalingen waarvan afwij-

24 Aldus de regering, zie PG Awb I, p. 71. Zie ook MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 34 en Kortmann 2000, p. 18-20.

25 Van Ommeren 2012, p. 173-174. Vgl. H.J. de Ru, *De Algemene Wet gaat voor de Bijzondere Wet. Notitie over een nieuw wetgevingsbeleid*, Herveld/Amsterdam 1992.

26 PG Awb I, p. 64 en 72.

27 PG Awb I, p. 67 en later ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31124, nr. 3, p. 2. Zie bijv. art. 281a Gemw.

28 PG Awb I, p. 64.

29 Zie ook de toelichting bij Ar 2.46. Daarnaast noemt Ar 3.35 de clausule ‘onverminderd artikel ...’. Zie bijv. art. 154c lid 3 Gemw.

30 S.E. Zijlstra, ‘De Awb en de bijzondere wet. Harmonisatie door de Awb in de wetgevingspraktijk’, *NTB* 2017/24; Zijlstra, Jacobs & Kortjes 2024, p. 19-22 en aldaar genoemde voorbeelden.

king is toegestaan, mits voorzien is in materiële of procedurele compensatie. Te denken valt aan de uitsluitingen van beroep bij de bestuursrechter, waarbij de toegang tot de burgerlijke rechter als alternatief geldt.³¹ Ten derde zijn sommige afwijkingen in beginsel niet gewenst vanwege de aard van de harmonisatie. Dit betreft bijvoorbeeld de begripsbepalingen uit de Awb, zoals de begrippen bestuursorgaan, belanghebbende, besluit, beschikking, aanvraag, beleidsregel, et cetera.³² Soms zijn afwijkingen, in de vierde plaats, wel aanvaardbaar, mits goed gemotiveerd. Veel dwingendrechtelijke Awb-bepalingen bevatten vooral een keuze die rechtsstatelijk gezien ook anders had gekund.³³ Voorbeelden zijn de keuze voor een bepaalde bestuursrechter en termijnen et cetera. Als laatste onderscheidt Zijlstra de situatie waarin de Awb de basishet geeft, die in de bijzondere wet kan worden aangevuld met materiële of procedurele normen die meer waarborgen bieden.

4.2 *Rechtstoepassing: lex specialis en lex posterior*

Dat de Awb vanuit het oogpunt van harmoniserend wetgevingsbeleid materieel een andere status heeft dan andere wetten, betekent niet dat de Awb ook formeel in de *rechtstoepassing* een hogere rangorde heeft.³⁴ Juridisch gezien zijn alle wetten in formele zin (behalve de Grondwet) gelijk. Dat geldt ook voor de Awb.³⁵ Dit brengt met zich dat het mogelijk is dat formele wetten afwijken van de Awb. Als dat in de bijzondere wet expliciet tot uitdrukking wordt gebracht met de clausule ‘in afwijking van artikel ... van de Algemene wet bestuursrecht ...’ en de afwijking in de memorie van toelichting wordt gemotiveerd, levert dat juridisch geen afstemmingsproblemen op.

De vraag rijst hoe de rechtstoepasser moet omgaan met de situatie waarin een wet in formele zin afwijkt van een dwingende Awb-bepaling, terwijl de zojuist genoemde clausule ‘in afwijking van artikel’ niet wordt gebruikt. In dat geval doet zich een interpretatievraag voor die door de rechter moet worden beantwoord. Volgens de regering kunnen dan de *lex specialis*-regel – de bijzondere wet gaat voor de algemene wet – en de *lex posterior*-regel – de nieuwe wet gaat voor de oude wet – dienen als vuistregels ‘die opzij gezet (...) [kunnen] worden door aanwijzingen dat de wetgever het tegendeel heeft gewild’.³⁶ Daarbij zal volgens de regering van betekenis zijn dat de Awb-wetgever kennelijk bedoeld heeft een algemene regel te geven waarvan alleen in een beperkt aantal gevallen kan worden afgeweken. Wel acht de regering het denkbaar dat strikte toepassing van de Awb onder bepaalde omstandigheden

31 De Aanwijzingen voor de regelgeving geven bijzondere aanwijzingen over van de Awb afwijkende regels van bestuursprocesrecht. Het is volgens Ar 5.48 lid 1 niet de bedoeling om bepalingen over bestuursrechtelijke rechtsbescherming in een bijzondere wet op te nemen. Daarnaast is in Ar 5.49 bepaald dat indien er aanleiding is voor bepaalde afwijkingen van een in de Awb opgenomen hoofdregel van bestuursprocesrecht, die afwijking in de bijlagen bij de Awb zelf wordt geregeld. Het betreft hier afwijkingen zoals rechtstreeks beroep, geen beroep en beroep in één instantie. Zie ook de tweede zin van Ar 2.46 lid 1 en de toelichting daarbij.

32 Zie ook Ar 2.47, Ar 2.48, Ar 5.18 en Ar 5.35.

33 Schlössels e.a. 2024, nr. 56.

34 Aldus de regering, zie PG Awb I, p. 67 en 71. Zie ook MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 34 en Kortmann 2000, p. 18-20.

35 Van Ommeren 2012, p. 174; Kortmann 2000, p. 20.

36 PG Awb I, p. 71.

kan leiden tot zodanige resultaten dat de wetgever ze niet gewild kan hebben en de rechter tot de conclusie zal komen dat de wetgever kennelijk verzuimd heeft de hiervoor genoemde clausule op te nemen.³⁷ De vraag is wat te doen als de wetgever ook in de wetsgeschiedenis zwijgt over de status van de bijzondere wet ten opzichte van de Awb. Kortmann betoogt dat dan in ieder geval de *lex posterior*-regel geldt. Het gaat hem te ver de *lex specialis*-regel de overhand te laten hebben bij een anterieure regeling.³⁸

4.3 Aanpassing artikel 3:4, tweede lid, Awb: botsing wetgevingsbeleid en rechtstoepassing

Tegen de achtergrond van het perspectief van het wetgevingsbeleid enerzijds en het perspectief van de rechtstoepassing anderzijds is het interessant een blik te werpen op het voorgestelde nieuwe artikel 3:4, tweede lid, Awb. In het consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb wordt voorgesteld om het tweede lid van artikel 3:4 Awb zodanig te wijzigen dat het mogelijk wordt om besluiten die gebaseerd zijn op een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin op evenredigheid te toetsen. Om deze evenredigheidstoets mogelijk te maken komt artikel 3:4, tweede lid, Awb als volgt te luiden:

‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt.’

Naar huidig recht is het niet mogelijk een gebonden besluit te toetsen aan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Het is eveneens niet mogelijk een wet in formele zin, waarin aan het bestuursorgaan de gebonden bevoegdheid is toegekend, exceptief te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, behoudens voor zover sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden.³⁹ De aanpassing in de Awb zou dan ook vooral meerwaarde kunnen hebben voor situaties die de bijzondere wetgever wel heeft bedoeld en voorzien (met andere woorden: die ‘verdisconteerd’ zijn) en die onevenredig zijn. Naar aanleiding van de *preconsultatie* van de Wet versterking waarborgfunctie Awb⁴⁰ is de vraag

37 PG Awb I, p. 71-72.

38 Kortmann 2000, p. 24.

39 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en CbB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190. Het *Harmonisatiewet*-arrest (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725) is nog steeds geldend recht. In de literatuur is wel opgemerkt dat de niet-verdisconteringsformule is verruimd, doordat in de Afdelingsuitspraak van 1 maart 2023 is overwogen dat het bij niet-verdisconteerde omstandigheden ook kan gaan om ‘gevolgen van de toepassing van de wettelijke bepaling die niet stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien’. Zie bijv. de annotatie van R. Ortlep en M. van Zanten onder Rb. Amsterdam 5 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:494, AB 2024/18, randnr. 3.

40 *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763.

gesteld hoe de beoogde aanpassing zich verhoudt tot zowel de *lex specialis*-regel als de *lex posterior*-regel.⁴¹

In de memorie van toelichting bij de consultatieversie wordt over de verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet het volgende opgemerkt:⁴²

‘Er is bij toetsing aan het voorgestelde gewijzigde artikel 3:4, tweede lid, Awb van gebonden bevoegdheden in formele wetten geen sprake van twee strijdige normen, één in de Awb en één in de bijzondere wet. De bijzondere wet bevat de norm en het afwegingskader. De Awb bepaalt dat bij de toepassing daarvan bepaalde beginselen in acht moeten worden genomen. Kortom, beide normen vullen elkaar aan. De Awb-wetgever zorgt er met de voorgestelde wijziging van artikel 3:4 Awb voor dat de Awb bijdraagt aan een evenredige toepassing van de bijzondere wet. Een op een bijzondere wet gebaseerd besluit dient daarmee te voldoen aan de bedoeling van zowel de bijzondere wet als de Awb. Daarmee wordt de Awb niet boven de bijzondere wet gesteld, zodat beslisregels als de zogenoemde “*lex specialis*”-regel of de “*lex posterior*”-regel niet aan de orde zijn.’

In een voetnoot wordt hieraan toegevoegd:

‘Dergelijk [sic] regels zijn overigens geen harde juridische regels, maar een handvat om bij conflicterende wettelijke regels tot een oplossing te komen. De achtergrond van de “*lex specialis*”-regel is dat als de bijzondere wet heeft beoogd af te wijken van de algemene regel, die bijzondere regel voorrang heeft. Bij de “*lex posterior*”-regel gaat de latere regel voor de eerdere. In de verhouding tussen de bijzondere wet en artikel 3:4 Awb speelt dat niet, omdat in die gevallen geen sprake is van conflicterende wetten, en het daarmee ondenkbaar is dat de bijzondere wetgever onevenredig heeft willen zijn. (...)’

De vraag rijst hoe deze overwegingen kunnen worden gewaardeerd.⁴³ De stelling dat geen sprake is van twee strijdige normen kan vanuit een oogpunt van wetgevingsbeleid wellicht worden gevolgd. De gedachte vanuit het beleid is immers dat bijzondere wetten zo veel mogelijk in overeenstemming zijn met de algemene wet, in dit geval de Awb. Dit verklaart misschien ook het wensdenken dat het ‘ondenkbaar is dat de bijzondere wetgever onevenredig heeft willen zijn’.⁴⁴ De stelling dat

41 Zie ‘Externe reacties preconsultatie wetsvoorstel versterking waarborgfunctie Awb’, met daarin de reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (p. 141), J.E. Esser en R. Becker (p. 288) en P.J. Huisman en N. Jak (p. 290). Vindbaar via www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/b1.

42 MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 35.

43 De discussie of het voorstel al dan niet in strijd is met art. 120 Gw komt aan de orde in par. 5.1.

44 Dit lijkt ontleend aan M. Scheltema, ‘Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht’, in: L.C. Groen & A.M. Keppel (red.), *Wetgeving in uitvoering. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2021, p. 45 en 52. Vgl. ook het door Zijlstra aangeduide type bepalingen van dwingend recht waarvan afwijking rechtsstatelijk min of meer ondenkbaar is. Zie par. 4.1.3.

de *lex specialis*-regel en de *lex posterior*-regel niet aan de orde zouden zijn, past ook bij een beleidsmatig perspectief. Die regels maken namelijk geen deel uit van het wetgevingsbeleid.⁴⁵

Bekijken we de overwegingen vanuit het perspectief van de rechtstoepassing, dan verschijnt een ander beeld.⁴⁶ Wanneer de rechter toepassing geeft aan het gewijzigde artikel 3:4, tweede lid, Awb, kan hij bij een gebonden besluit dat is gebaseerd op een wet in formele zin deze wet buiten toepassing verklaren.⁴⁷ In feite schuurt de bijzondere wet dan met de Awb.⁴⁸ Iets scherper gezegd: de bijzondere wet in formele zin is in strijd met de Awb. Er is dan dus wel degelijk sprake van twee strijdige normen of conflicterende wetten.⁴⁹ Wanneer in de bijzondere wet niet ‘... in afwijking van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht ...’ staat, dringt zich de vraag op welke bepaling voorgaat. Dat is een kwestie van interpretatie, waarbij de *lex specialis*-regel en de *lex posterior*-regel als vuistregels (van rechtstoepassing) dienstbaar zijn. Deze regels zullen als gezegd moeten wijken als er aanwijzingen zijn dat de wetgever heeft gewild dat de bijzondere wet niet afwijkt van de Awb. In de situaties waarin de nieuwe bepaling ten opzichte van het huidige recht (potentieel) meerwaarde heeft, gaat het om gevallen die voorzienbaar onevenredig zijn,

45 Van Ommeren 2012, p. 174.

46 In wezen wordt in de MvT bij het consultatievoorstel het onderscheid tussen regels van wetgevingsbeleid en regels van rechtstoepassing niet goed uit elkaar gehouden, waardoor drogredeneringen ontstaan. Dit is ook te zien op p. 368 van het proefschrift van F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, waarnaar in de MvT wordt verwezen. Zij schrijft dat de *lex specialis*-regel en *lex posterior*-regel niet van betekenis zijn omdat het oogmerk van de Awb is dat de Awb voorgaat. Vanuit een oogpunt van wetgevingsbeleid is dat te volgen, maar het snijdt vanuit een oogpunt van rechtstoepassing geen hout.

47 Zie MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 11.

48 Dit ‘schuren’ doet zich in ieder geval voor in de situatie dat de omstandigheden verdisconteerd zijn. Het wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel buiten toepassing laten van een formele wetsbepaling op grond van verdisconteerde omstandigheden raakt aan de verbindende kracht van die bepaling. Vgl. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.9.

49 Evenzo R.J.N. Schlössels & C.L.G.F.H. Albers, ‘Over rechtspolitieke vloedgolven, maatwerk en verbouwingen aan de Algemene wet bestuursrecht’, *JBplus* 2023/7, p. 112.

hetgeen de wetgever bewust voor lief heeft genomen.⁵⁰ In dat geval zal gelet op de *lex specialis*-regel en de *lex posterior*-regel de conclusie moeten zijn dat de bijzondere wet voorgaat op de Awb en een evenredigheidstoets op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb niet aan de orde is.⁵¹

5. De relatie tussen de Awb en andere wetgeving nader beschouwd

In deze paragraaf zullen wij op basis van wat hiervoor is besproken, de relatie tussen de Awb en andere wetgeving nader beschouwen aan de hand van de volgende drie thema's: de plaats van algemene regels van bestuursrecht, de aansluiting van de Awb op andere wetgeving in formele zin en de vraag welke regel voorgaat als de regelingen niet op elkaar aansluiten. Bij de bespreking komt het door ons in deze bijdrage gehanteerde onderscheid tussen het perspectief van het wetgevingsbeleid en het perspectief van de rechtstoepassing herhaaldelijk terug.

5.1 De plaats van algemene regels van bestuursrecht

De Grondwet is de meest algemene wet en zou, zo doorgeredeneerd, ook de meest algemene regels van bestuursrecht dienen te bevatten. Het springt in het oog dat in de huidige discussie over de vormgeving van het bestuursrecht de Grondwet nogal eens over het hoofd wordt gezien (zie par. 2). Dit terwijl de Grondwet voor bepaalde onderwerpen en fundamentele keuzes wellicht een geschiktere plaats is dan de Awb.

In dit verband wijzen wij op het mogelijk maken van de toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel, ook in de situatie dat de wet doelbewust zeer stringent is. De voorgenomen aanpassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb zet de relatie tussen de Awb en de andere wetgeving in formele zin onder druk. Dit manifesteert zich niet zozeer bij het wetgevingsbeleid, maar wel bij de rechtstoepassing, waarbij de praktijk (uitvoering en rechter) voor de vraag geplaatst wordt welke wet in formele zin (de Awb of de bijzondere wet) voorgaat en

50 Zo noemt Zijlstra het voorbeeld van de Wet langdurige zorg en het toekennen van een persoonsgebonden budget. Zie S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema', in: L.C. Groen & A.M. Keppel (red.), *Wetgeving in uitvoering. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2021, p. 75-76. Het is dus wel degelijk denkbaar dat de bijzondere wetgever onevenredig heeft willen zijn of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur buiten de deur heeft willen houden. Dit is ook op andere plaatsen terug te zien. Zo heeft de wetgever Invest-NL, een naamloze vennootschap waarvan de Staat alle aandelen houdt, uitgesloten van het bestuursorgaanbegrip (art. 5 lid 2 Machtigingswet oprichting Invest-NL), terwijl Invest-NL mogelijk wel aan de criteria van art. 1:1 lid 1 sub b Awb voldoet (zie J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Invest-NL. Bankieren met € 2,5 miljard publiek geld; welke regels gelden er eigenlijk?', *NJB* 2018/1100, p. 1576). Dit is in strijd met de door Zijlstra genoemde categorie bepalingen van dwingend recht waarvan afwijking in beginsel niet is gewenst vanwege de aard van de harmonisatie (zie par. 4.1.3). De bijzondere wetgever zorgt er in dit geval voor dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel, niet van toepassing zijn op Invest-NL. Wellicht kan de burgerlijke rechter hier soelaas bieden. Zie P.J. Huisman & N. Jak, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter', *NTBR* 2022/24, p. 191-193.

51 Zo ook Zijlstra 2021, p. 77 en Zijlstra, Jacobs & Kortjes 2024, p. 21.

de *lex specialis*-regel en de *lex posterior*-regel als vuistregels fungeren. Afhankelijk van de tekst en de bedoeling van de bijzondere wet kan het zijn dat deze toch voor gaat op de Awb. Voor de situatie dat er welbewust door de bijzondere wetgever wordt afgeweken van de Awb biedt de aanpassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb geen oplossing (zie par. 4.3). Een ander punt van aandacht is of het wel nodig is om artikel 3:4, tweede lid, Awb zo vergaand aan te passen. Met de voorgestelde nieuwe formulering van artikel 3:4, tweede lid, Awb wordt er een belangenafweging geïntroduceerd bij alle bestuursbevoegdheden, waaronder *alle* gebonden bevoegdheden, dus ook in wetten in formele zin. Het is vooral de vraag hoe dit uitpakt in de praktijk, want – nog even daargelaten of daar voldoende uitvoeringscapaciteit voor is – hoe gaat dit precies in zijn werk? Of zoals Marseille e.a. dat treffend uitdrukken: ‘Hoe dient het bestuur rekening te houden met belangen die het, gelet op de uit te oefenen bestuursbevoegdheid, niet mee mag wegen bij de besluitvorming?’⁵² De hamvraag is of een voor de uitvoeringspraktijk zo vergaande ingreep nodig is over de hele linie van gebonden bevoegdheden, terwijl het eigenlijke doel blijkens de memorie van toelichting relatief beperkt is, namelijk het bieden van een veiligheidsventiel bij gebonden bevoegdheden in wetten in formele zin.⁵³ Een volgend aandachtspunt is de grondwettigheid van de voorgenomen aanpassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb. In de memorie van toelichting bij het consultatievoorstel wordt opgemerkt dat de voorgenomen aanpassing van de Awb verenigbaar is met het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.⁵⁴ Deze zienswijze roept vragen op. Zo wijst de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak erop dat artikel 120 Gw een fundamentele regel bevat over de taakverdeling tussen de wetgever, het bestuur en de rechter en het voorstel tot aanpassing van de Awb deze taakverdeling wijzigt.⁵⁵ Wat ons betreft past het gezien het hiervoor besprokene beter om een voorziening te treffen in de Grondwet. De Grondwet is een hogere wet dan de Awb en de andere wetten in formele zin, waardoor er geen discussie kan zijn over welke regeling voorgaat. Voor fundamentele keuzes over de verhouding tussen de staatsmachten is de Grondwet bovendien de aangewezen plek en niet de Awb. De koninklijke weg voor het mogelijk maken van een toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel zou wat dat betreft aanpassing (of schrapping) van artikel 120 Gw zijn en wellicht een explicitering van het evenredigheidsbeginsel in

52 A.T. Marseille e.a., ‘Addendum bij de “Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb”’, *NJB* 2024/867, p. 975.

53 Zie voor het doel van de aanpassing van art. 3:4 lid 2 Awb: MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 10-11.

54 Zie MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 11-14.

55 Zie de brief van de voorzitter van de Afdeling in reactie op de preconsultatieversie van dit wetsvoorstel, www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/pre-consultatie-wet-versterking/. Ook in de literatuur zijn hier vraagtekens bij gezet, zie Van der Velde 2023, p. 539-545, in het bijzonder p. 542 e.v. en J. Uzman, ‘Onvoltooid Verleden Tijd. De constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing’, in: J. Uzman e.a., *Toetsing door de bestuursrechter* (VAR-reeks 174), Den Haag: Boom 2024, p. 74.

de Grondwet.⁵⁶ Daarmee kan dan eveneens tot uitdrukking komen dat dit veiligheidsventiel eerder uitzondering dan regel dient te zijn. Op deze manier kan tijd worden geïnvesteerd in het daadwerkelijk doordenken van constitutionele toetsing in plaats van het vormgeven van een controversiële (tussen)oplossing in de Awb.⁵⁷ Daarnaast zou de Grondwet wellicht wat meer richting kunnen geven aan (de kernwaarden van) het algemene bestuursrecht. De opdracht tot het stellen van algemene regels van bestuursrecht in artikel 107, tweede lid, Gw zou bijvoorbeeld als een meer richtinggevend bepaling kunnen worden vormgegeven, die houvast geeft bij het opstellen van de algemene regels van bestuursrecht. In dit kader valt ook te wijzen op de suggestie die is gedaan om het recht op behoorlijk bestuur (vergelijkbaar met art. 41 van het Handvest van de grondrechten van de EU (Handvest)) in de Grondwet te verankeren.⁵⁸

Een andere keuze is of regels van bestuursrecht opgenomen dienen te worden in de Awb of in een bijzondere wet in formele zin. Voor het opnemen van regels in de Awb waren oorspronkelijk de vier doelstellingen van de Awb bepalend (harmoniseren, systematiseren en vereenvoudigen, codificeren en treffen van voorzieningen). Vandaag de dag is de nadruk komen te liggen op wetgevingsefficiëntie en het borgen van rechtsstatelijkheid als de belangrijkste functies van de Awb (zie par. 3.1). Dat lijkt ons een mooie leidraad voor de keuze voor het regelen van een onderwerp in de Awb of de bijzondere wet. Overigens staat de Awb wat betreft de waarborgfunctie niet op zichzelf; de bijzondere wet moet uiteraard ook op orde zijn op dit punt door te voorzien in een adequaat instrumentarium en te waken tegen onnodige starheid.⁵⁹

5.2 Aansluiting van de verschillende wetten: de Awb als spil in het wetgevingsbeleid

De Awb heeft een spilfunctie in het wetgevingsbeleid. Dit brengt met zich dat andere wetgeving zo veel mogelijk Awb-conform wordt gemaakt, maar dat er wel ruimte is voor afwijkingen.

De regels in de Grondwet die betrekking hebben op het algemene bestuursrecht en de Awb sluiten goed op elkaar aan. De Awb geeft invulling aan de grondwettelijke

56 Wat ons betreft is dit op korte termijn (ook) te realiseren door een andere uitleg te geven aan art. 120 Gw in de rechtspraak, in die zin dat ook als de omstandigheden verdisconteerd zijn in uitzonderingsgevallen een wet in formele zin getoetst kan worden aan fundamentele rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Dit vergt een aanpassing van de lijn van het *Harmonisatiewet-arrest*. Zie P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45, p. 255. Overigens heeft het CBb deze gedachte in een recente uitspraak al omarmd voor de toetsing van lagere wetgeving; zie CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, r.o. 8.1.

57 Vgl. A.E.M. Leijten, 'Onvoltooid verleden, of: *time is of the essence*. Vragen bij de constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing', *NTB* 2024/173, p. 253.

58 Zie bijv. M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest* (diss. Utrecht), 2020, p. 73 e.v.; Huisman & Jak 2023, p. 270. De vraag of het recht op behoorlijk bestuur in de zin van het Handvest is in te lezen in het begrip 'deugdelijkheid van het bestuur' in art. 43 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, laten wij rusten. Zie hierover A. Bakhuis, 'Deugdelijkheid van bestuur als toetsingskader voor de kwaliteit van het openbaar bestuur', *CJB* 2013, afl. 1, p. 3 e.v.

59 Zie ook MvT consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 4.

opdracht tot het stellen van algemene regels van bestuursrecht. Overigens is de Awb niet de enige wet die daarin voorziet. Algemene regels van bestuursrecht staan ook in andere wetten, zoals de Woo, waarover hierna meer. Aan de grondwettelijke opdracht tot het stellen van regels van algemeen bestuursrecht wordt wat Caribisch Nederland betreft niet in gelijke wijze voorzien. Algemene regels zijn er op bepaalde plekken wel, bijvoorbeeld in de Wet administratieve rechtspraak BES en de Wet openbaarheid van bestuur BES, maar een regeling zoals de Awb ontbreekt, hetgeen in het licht van artikel 107, tweede lid, Gw dubieus valt te noemen.⁶⁰ Hier zit eigenlijk 'een gat' in de normering van het materiële bestuursrecht, al wordt dit deels gevuld door ongeschreven recht en andere (bijzondere) wettelijke regels, die er uiteraard wel zijn. Uit het oogpunt van rechtszekerheid, wetgevings-efficiency en het bieden van waarborgen is het wenselijk te komen tot een regeling vergelijkbaar met de Awb, waarbij rekening wordt gehouden met de uitvoerbaarheid in Caribisch Nederland.

Naast de relatie tot de Grondwet rijst de vraag hoe de Awb zich verhoudt tot andere algemene wetten in formele zin, zoals de Gemeentewet en de Woo.⁶¹ Van de Gemeentewet wordt net als over de Awb wel gezegd dat zij een bijzondere positie inneemt omdat andere formele wetten zich moeten voegen naar de Gemeentewet. Hierin klinkt het perspectief van het wetgevingsbeleid door. De vraag is welke van beide algemene wetten voorgaat. De wetgever heeft de Gemeentewet destijds op verschillende punten aangepast aan de Awb, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever de Awb kennelijk algemener acht dan de Gemeentewet.⁶² Vanuit het oogpunt van de rechtstoepasser biedt dit geen soelaas: daar geldt dat beide wetten van gelijke rangorde zijn, net als alle andere wetten in formele zin. Dat heeft in het verleden wel tot een schurende verhouding tussen beide wetten geleid, vooral wat betreft diverse begrippen. Het gaat hier om het begrip 'delegatie', het besluitbegrip in relatie tot bestuurlijk toezicht, maar ook om de betekenis van artikel 2:4 Awb (verbod van vooringenomenheid) in relatie tot artikel 28 Gemw (stemonthouding). In de loop van de tijd zijn deze problemen door middel van aanpassingswetgeving – waarbij de Gemeentewet is aangepast aan de Awb – dan wel door middel van rechtspraak sterk gerelativeerd.⁶³

Problemen zijn er eigenlijk ook niet tussen de Awb en de Woo. De Woo heeft nadrukkelijk een algemeen openbaarheidsregime dat wijkt voor bijzondere openbaarheidsregimes, voor zover die zijn opgenomen in de bijlage van de Woo (art. 8.8 Woo).⁶⁴ Ingevolge die bijlage is de Woo niet van toepassing voor zover de volgende

60 Zijlstra & Huisman 2024, p. 27-28. Bovendien volgt uit de systematiek van art. 132a lid 4 Gw – op zichzelf, maar ook in samenhang met het gelijkheidsbeginsel – een constitutioneelrechtelijk uitgangspunt van 'comply or explain', dat eveneens wijst in de richting van een Awb voor Caribisch Nederland.

61 De toelichting bij Ar 2.46 lid 1 duidt de Gemeentewet en de Woo net als de Awb aan als 'algemene wetten'.

62 In deze zin Kortmann 2000, p. 20-21.

63 Zie J.L.W. Broeksteeg, *Gemeenterecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2.3; J.L.W. Broeksteeg, 'Awb en Gemeentewet: living apart together?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 405-412.

64 Zie ook de tweede zin van Ar 2.46 lid 1 en de toelichting daarbij.

bepalingen uit de Awb gelden: de artikelen 3:11, 3:44, voor zover betrekking hebbend op de terinzagelegging van andere documenten dan beschikkingen, 8:79, voor zover bij het bestuursorgaan berustende documenten zijn opgesteld als processtuk, 9:36, vijfde lid, en 9:36a, voor zover de documenten berusten bij de ombudsman. De verhouding tussen de Awb en de Woo speelt verder bij artikel 8:29 Awb. Op grond van het eerste lid van deze bepaling kan een partij aan de bestuursrechter meedelen dat vanwege gewichtige redenen uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van stukken. Dergelijke gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig voor zover ingevolge de Woo de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen, aldus het tweede lid.⁶⁵ Tegelijkertijd vormt de enkele verwijzing naar een of meer weigeringsgronden in de Woo niet zonder meer een gewichtige reden voor beperkte kennisneming.⁶⁶

Over het algemeen verloopt de afstemming tussen de Awb en sectorspecifieke wetgeving eveneens goed. De gedachte vanuit het wetgevingsbeleid is dat bijzondere wetten zo veel mogelijk in overeenstemming met de algemene wet zijn. De Awb laat daarbij voldoende ruimte voor maatwerk door andere wetgevers. Voor zover in een andere wet in formele zin van bepalingen van dwingend recht wordt afgeweken, bevatten de Aanwijzingen voor de regelgeving daarvoor handvatten (zie par. 4.1.2).

5.3 Perspectief van rechtstoepassing: welke regel gaat voor als de regelingen niet op elkaar aansluiten?

In een ideaalmodel stemt de wetgever de verschillende wetten in formele zin op elkaar af en is er geen frictie. Hoewel dat in beginsel niet de bedoeling is, kan bij bijzondere wet zelfs van een dwingende bepaling van de Awb worden afgeweken; dat moet uitdrukkelijk in de wettekst worden vermeld en dit moet gemotiveerd worden in de memorie van toelichting (zie par. 4.1.2). Toch kan die frictie of die botsing van de Awb met een andere, bijzondere, wet in formele zin zich voordoen. Bijvoorbeeld in de situatie dat afstemming is ‘vergeten’ of ‘over het hoofd’ is gezien, of doelbewust wordt afgeweken van de Awb, maar dat niet – volgens de regelen der kunst – uitdrukkelijk kenbaar wordt gemaakt. In dat soort situaties wordt de rechtstoepasser (de uitvoerende macht en de rechter) voor de vraag geplaatst welke wet in formele zin voorgaat. De Awb heeft dan formeel geen hogere status dan de andere, bijzondere, wet in formele zin. Dan moet worden teruggevallen op

65 Zie ook art. 7:4 lid 7 en 7:18 lid 7 Awb inzake bezwaar respectievelijk administratief beroep.

66 ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367.

de *lex specialis*- en de *lex posterior*-regel. Die regels geven wat ons betreft voldoende houvast.⁶⁷

De Awb is vanuit het perspectief van de rechtstoepassing geen *lex superior*,⁶⁸ zoals de memorie van toelichting bij de consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb lijkt te suggereren. Als de bijzondere wet in formele zin doelbewust en expliciet wil afwijken van de voorgestelde nieuwe tekst van artikel 3:4, tweede lid, Awb, dan moet aan de hand van de *lex specialis*- dan wel de *lex posterior*-regel bepaald worden welke wet voorgaat.

In de literatuur is de vraag aan de orde geweest of de Awb, als algemene wet, formeel een hogere status zou moeten krijgen dan andere, bijzondere, wetten in formele zin.⁶⁹ Dat zou neerkomen op een plek in de normenhierarchie tussen de Grondwet en de bijzondere wetten in formele zin in. Om aan de Awb zo'n hogere status toe te kennen is een grondwetsherziening nodig.⁷⁰ Zo'n formeel hogere status is uit het oogpunt van wetgevingsbeleid niet nodig, nu materieel de Awb al een zekere voorrang heeft, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de eerste tranche van de Awb en uit de Aanwijzingen voor de regelgeving. Is het dan nodig vanuit het oogpunt van het perspectief van rechtstoepassing? Van de noodzaak daartoe zijn wij niet overtuigd. Voor het overgrote deel is de afstemming tussen de wetten in formele zin op orde en dat is te danken aan de huidige voorzieningen in het wetgevingsbeleid. Voor zover er fricties zijn in de rechtstoepassing bieden de *lex specialis*- en de *lex posterior*-regel zoals gezegd voldoende duidelijke houvast. Daar waar het echt wenselijk is dat een algemene rechtsregel (zoals het evenredigheidsbeginsel) voorgaat op bijzondere wetgeving, dient wat ons be-

67 Uiteraard moet de rechter die regels dan wel goed toepassen. Het gaat weleens mis. Zie ABRvS 8 augustus 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB3332, AB 2002/51, m.nt. S.E. Zijlstra. De Afdeling oordeelt in deze uitspraak dat de gerechtsdeurwaarder geen bestuursorgaan is, terwijl uit de parlementaire geschiedenis van de Gerechtsdeurwaarderswet expliciet het tegendeel blijkt. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 22775, nr. 14, p. 35. Inmiddels denkt de Afdeling daar, tegen de achtergrond van de parlementaire geschiedenis, anders over. Zie ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1230, AB 2023/149, m.nt. J.A.F. Peters. Vgl. over het begrip aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb en de relatie met de bijzondere wet ABRvS 10 april 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1508, *Gst.* 2024/65, m.nt. P.J. Huisman en N. Jak.

68 Deze term is ontleend aan Kortmann 2000, p. 41. De twee voorrangsregels, of collisieregels zoals Konijnenbelt dat zo mooi noemt, zijn de *lex posterior*- en *lex specialis*-regel. Een *lex superior*-regel is er niet. Al wijst Konijnenbelt erop dat 'de *lex specialis*-regel wordt aangevuld met de regel dat de bijzondere wet zo eng mogelijk moet worden geïnterpreteerd – wat wijst op de neiging, de algemene wet eigenlijk als superieur te beschouwen'. Zie W. Konijnenbelt, 'System in the madness? Over structuurwetten als ruggegraat van de wetgeving', *NTB* 1988, afl. 1, p. 2. Zijlstra stelt dat van het uitstralen van 'superioriteit' door de Awb geen sprake is en dat van staatsrechtelijke superioriteit evenmin sprake is, en dat dat er ook niet kan zijn. Zie S.E. Zijlstra, 'De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet', *NTB* 2000, afl. 4, p. 95.

69 Zie Konijnenbelt 1988, p. 1 e.v.; Kortmann 2000, p. 41 en 43.

70 Kortmann 2000, p. 41. Konijnenbelt stelt dat wetten zichzelf ook uitdrukkelijk een status van hogere wet kunnen toekennen en doet een voorstel voor een statusbepaling in de Gemeentewet. Zie Konijnenbelt 1988, p. 5. Deze bepaling is in de Gemeentewet terechtgekomen. Over een voorrangs-bepaling in de Awb is ook gedebatteerd bij de totstandkoming van de Awb, maar de regering was daarvan geen voorstander. Zie PG Awb I, p. 70-71. Overigens kan de latere bijzondere wetgever van zo'n voorrangs-bepaling afwijken. Zie N. Verheij, 'Over meer algemene and meer bijzondere wetten', *NTB* 2007/54.

Prof. mr. P.J. Huisman & mr. dr. N. Jak

treft een veiligheidsventiel ingebouwd te worden in een hogere algemene wet dan de Awb, namelijk de Grondwet.

6. Slot: wetgevingsbeleid én rechtstoepassing

In deze bijdrage is de verhouding tussen de Awb en andere wetgeving aan bod gekomen. Een belangrijke boodschap die wij willen meegeven, is dat hierbij zowel het perspectief van het wetgevingsbeleid als dat van de rechtstoepassing steeds goed voor ogen moet worden gehouden. Vanuit het perspectief van wetgevingsbeleid is het voldoende duidelijk waar regels van bestuursrecht wettelijk te regelen, maar er zou wellicht wat vaker aan de Grondwet gedacht kunnen worden voor de plek van bestuursrechtelijke regels die fundamenteel van aard zijn. De afstemming tussen de Awb en de bijzondere wetgeving verloopt over het algemeen goed. Desalniettemin zou de wetgever het perspectief van de rechtstoepassing meer in ogenschouw kunnen nemen. Wanneer er niet voldoende rekening wordt gehouden met het perspectief van de rechtstoepassing, dan kan dat immers tot wrijving leiden, zoals de beoogde aanpassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb in de consultatieversie van de Wet versterking waarborgfunctie Awb laat zien.