

DE CIRKEL VAN GOED OPENBAAR BESTUUR

Hoe de algemene bestuursrechtelijke beginselen in de praktijk aan betekenis kunnen winnen

Prof. mr. F.J. van Ommeren¹

1. INLEIDING: GOED OPENBAAR BESTUUR

Het conceptwetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’ beoogt bij de dragen aan de materiële rechtvaardigheid en de responsiviteit van het overheidsoptreden. Om dat mooie ideaal waar te maken zal de bestuurspraktijk wezenlijk moeten veranderen. In deze bijdrage betoog ik dat daarvoor van groot belang is dat de algemene bestuursrechtelijke beginselen worden geïnternaliseerd in alle lagen van het openbaar bestuur. De rechter komt nu eenmaal aan het einde, aan de achterkant, van het bestuursproces. Doorwerking van deze beginselen aan het begin, aan de voorkant, maakt de cirkel van goed openbaar bestuur rond.

Als ambtenaren de algemene bestuursrechtelijke beginselen van begin af aan betrekken in het bestuursproces, vraagt dat een nadere bestuurlijke afweging van de ambtenaar, op een schaal die men zich vroeger niet kon voorstellen. Ik probeer te verklaren waarom dat tot nu toe onvoldoende is gelukt en doe enige praktische voorstellen om daarin verbetering te brengen. Met name bestuursrechtjuristen bij overheidsorganisaties zullen veel meer met deze beginselen de boer op moeten, ook al zijn zij niet de enigen. Het ‘Wegingskader goed openbaar bestuur’ van de ROB beoogt hiervoor een nuttig hulpmiddel te bieden. Zou dit kader geen onderdeel moeten uitmaken van het voorstel voor een ‘rechtsstatelijk kompas’ van de Staatscommissie rechtsstaat en van het vigerende ‘Beleidskompas’ van de Rijksoverheid?

¹ Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren is voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving (NVvW). Hij is decaan en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de juridische faculteit van de VU en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB). Dit is een bewerking van de jaarrede die hij uitsprak op de jaarvergadering van 2024. Deze is gepubliceerd in *NTB* 2025/2, p. 3-9.

2. WET VERSTERKING WAARBORGFUNCTIE AWB

Dat algemene bestuursrechtelijke beginselen een meer dominante rol moeten gaan spelen in de alledaagse praktijk van het openbaar bestuur is een geluid dat op dit moment veel te beluisteren valt. Algemene bestuursrechtelijke beginselen – zoals de algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur en meer in het algemeen de algemene beginselen van *goed* bestuur – zijn immers open van aard en dragen bij aan overheidshandelen dat een meer flexibel, voor de burger op maat gesneden en rechtvaardig karakter heeft. Het behoeft geen betoog dat – onder veel meer, maar toch – met name de kinderopvangtoeslagaffaire daaraan debet is.

De kinderopvangtoeslagaffaire vormt ook de aanleiding voor het conceptwetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’, dat dit voorjaar in consultatie was.² Met een scala aan wat grotere en kleinere wijzigingen van de bestaande wettekst van de Awb beoogt de regering met dit voorstel bij te dragen aan een overheid die meer ‘betrouwbaar, dienstbaar en rechtvaardig’ is.³ Zij beoogt daardoor ook het responsieve gehalte van het overheidsoptreden te vergroten. Dat wil zeggen dat de bestuursrechtelijke normen het bestuur in staat moeten stellen minder te focussen op strikte regeltoepassing en meer recht te doen aan het individuele geval. Zeer terecht overweegt de regering dat dat een ‘andere denk- en werkwijze van bestuursorganen’ vergt.⁴

Hét rechtsbeginsel dat deze andere benadering tot uitdrukking brengt is het zogeheten dienstbaarheidsbeginsel. Het conceptwetsvoorstel beoogt dit beginsel te codificeren (art. 2:4a). Mede vanwege zijn abstracte karakter geldt het dienstbaarheidsbeginsel als een in rechte moeilijk direct af te dwingen beginsel.⁵ Voor de verwerkelijking van dit beginsel moeten ook andere wegen worden bewandeld, waarop ik zo uitvoerig zal ingaan.

De kinderopvangtoeslagaffaire vormde ook aanleiding tot de bekende motie-Jetten/Marijnissen die onder meer oproept om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volledig in de Awb te verankeren en ook bij dwingend recht mogelijk te maken dat de rechter wetsbepalingen buiten toepassing laat.⁶ De regering voert met dit wetsvoorstel deze motie niet zonder meer uit – zo worden (met name) het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel niet in de Awb gecodificeerd. De regering wil op een andere manier materieel onaanvaardbare uitkomsten van wetstoepassing voorkomen. Zij onderbouwt

2 Waarover m.n. B. Marseille e.a. ‘Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb’, *NJB* 2023/819, en van dezelfde auteurs, ‘Addendum bij de “Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb”’, *NJB* 2024/867.

3 Consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, MvT, p. 3.

4 MvT, p. 5.

5 MvT, p. 9, 10. Schlössels bepleit evenwel in zijn recente inaugurele rede het dienstbaarheidsbeginsel in de Awb te codificeren als een hard basisrecht met concrete afdwingbare sub-rechten, zie: R.J.N. Schlössels, *De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Burger en openbaar bestuur verbonden door het recht*, oratie UM, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 39.

6 *Kamerstukken II* 2021/22, 35510, nr. 15.

dit met het argument dat voor de geldigheid van de norm codificatie niet nodig is.⁷ En, sterker nog, het praktische gevolg van codificatie is dat de rechter op dat punt niet meer in eerste instantie toetst aan de beginselen, maar aan een wetsartikel, aldus de memorie van toelichting.⁸ Codificatie in de Awb is vooral van belang om reeds – als ongeschreven recht – geldende normen op een bepaalde manier te *operationaliseren*. En dat is dan ook wat dit conceptwetsvoorstel op een groot aantal onderdelen doet. Toch rijst de vraag of ook deze beide rechtsbeginselen niet voor bepaalde toepassingen wel degelijk geoperationaliseerd zouden moeten worden. Om – het is een zijpad – slechts één voorbeeld te geven. De overheid geldt helaas als een onbetrouwbare contractspartner. Zou het vertrouwensbeginsel niet voor bepaalde overheidscontracten in de Awb moeten worden gecodificeerd?⁹ Daaraan zouden bestuur en burger veel houvast kunnen ontleen.

In bestuursrechtelijke literatuur is terecht van verschillende kanten opgemerkt dat als dit conceptwetsvoorstel inderdaad wet wordt, en overheden en rechters hiermee aan de slag gaan, het bestuursrecht een stuk rechtvaardiger wordt, niet alleen in procedureel opzicht maar ook materieel.¹⁰ De bedoeling is dat het bestuur zich dienstbaarder opstelt en de materiële rechtvaardigheid toeneemt, doordat het bestuur meer rekening kan houden met de specifieke bestuurlijke normen die maken dat de regels niet steeds zonder meer worden toegepast maar ruimte bieden voor (genormeerd) maatwerk. Ik denk dat dat waar is, maar dat er dan wel heel wat méér moet gebeuren. Dit wetsvoorstel is, als het wordt aangenomen, niet meer dan een begin dat daarvoor de wettelijke legitimatie moet bieden.

3. KARAKTER EN HERKOMST BESTUURSRECHTELIJKE BEGINSELEN

In het oog daarbij springt dat de regering uitdrukkelijk zegt dat in haar visie de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ‘op de eerste plaats een richtsnoer voor het bestuurlijk handelen’ zijn. Zij vervolgt:

‘Weliswaar kan ook de burger er zich op beroepen en kan de rechter de beginselen als maatstaf aanhouden, maar van de overheid mag worden verwacht dat zij naar deze beginselen handelt.’¹¹

7 MvT, p. 37.

8 MvT, p. 37.

9 Zie voor een voorstel: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids-handelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 12.10, p. 688 e.v. Zie ook VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, (VAR-reeks 165), Den Haag: BJu 2021, p. 112 e.v.

10 O.a. T. Barkhuysen, ‘Naar een materieel rechtvaardiger bestuursrecht’, *NJB* 2023/324, afl. 5.

11 MvT, p. 37.

Ik deel die opvatting voor de volle honderd procent. Alleen is dit een ideaal, een streven, een wenselijkheid, die hier tot uitdrukking wordt gebracht, of is het een beschrijving van de bestuurlijke werkelijkheid? Ik vrees dat we niet verder komen dan een ideaal dat nog te ver van de werkelijkheid afstaat. Van de overheid mag inderdaad zonder meer verwacht worden dat zij naar die beginselen handelt. De vraag is echter: hoe realiseren we dat in de praktijk? Ik denk dat er veel meer moet gebeuren om in de bestuurlijke praktijk de algemene bestuursrechtelijke beginselen echt voorop te stellen. In veel gevallen is er gewoon sprake van regeltoepassing en dringen algemene rechtsbeginselen slechts indirect, namelijk via de rechter, door.

De algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur zijn in ons land tot volle wasdom gekomen door de rechter. Zij zijn en worden primair in de rechtspraak ontwikkeld.¹² Dat is ook de plaats waar nieuwe rechtsbeginselen worden erkend. Vooral de bestuursrechter heeft daarin decennialang een grote rol gespeeld en hij doet dat nog steeds. Ook de burgerlijke rechter heeft daaraan het nodige bijgedragen, vooral doordat hij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing acht op het privaatrechtelijk overheidshandelen.¹³

Naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen de algemene beginselen van *goed* bestuur worden onderscheiden.¹⁴ Dat is een ruimere categorie, die voor een belangrijk deel met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur overlapt, maar die uitdrukkelijk *meer* beginselen omvat die niet steeds door de rechter zijn erkend. Denk voor goed bestuur bijvoorbeeld ook aan algemene bestuurlijke normen als transparantie, participatie en verantwoording of rekenschap afleggen. Deze normen zijn in de praktijk vooral ontwikkeld door instanties als de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer, maar ook dat zijn, net als de rechter, controlerende of toetsende instanties – en geen instanties die zelf de primaire bestuurstaken uitvoeren.

4. RECHTSSTATELIJK KOMPAS VOOR AMBTENAREN

Ook de Staatscommissie rechtsstaat, die vlak voor de zomer haar rapport uitbracht, heeft zich over deze problematiek van de rechtvaardige en responsieve overheid gebogen, maar vanuit een wat andere invalshoek. De Staatscommissie beveelt aan om te komen tot een Planbureau voor de rechtsstaat. Hoewel de waarden van de rechtsstaat zeker permanent aandacht en onderhoud nodig hebben ben ik, eerlijk gezegd, een beetje sceptisch over dat voorstel. De Staatscommissie beveelt ook aan om het 'rechtsstatelijk kompas binnen

12 Zie m.n. P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1990.

13 HR 27 maart 1987, NJ 1987/729; AB 1987/273; AB Klassiek 2022, nr. 10 (Amsterdam/Ikon).

14 Henk Addink, *Good Governance, Concept and Context*, OUP 2019, p. 19 en G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 479 e.v.

alle onderdelen van de overheid' te versterken.¹⁵ Dat voorstel spreekt me veel meer aan. Dit rechtstatelijk kompas dient onderdeel te zijn van het ambtelijk vakmanschap. Het moet bij een keuze uit conflicterende belangen richting geven.

De vraag is natuurlijk wel hoe je dat doet, dat 'rechtsstatelijk kompas' versterken. De Staatscommissie kiest voor de toepassing van dit kompas het Grondwettelijke uitgangspunt: ambtenaren zweren of beloven trouw aan de Grondwet. Daaruit vloeit volgens de Staatscommissie voort 'dat ze in principe niet de grondbeginselen van de rechtsstaat met voeten zullen treden'.¹⁶ Dat is natuurlijk zo, maar dat lijkt mij veel te mager. Zou uit een rechtsstatelijk kompas niet vooral moeten voortvloeien dat ambtenaren zich enerzijds aan de wet moeten houden en alleen mogen optreden als de wet hun bestuursorgaan daartoe legitimeert en anderzijds dat zij onder veel meer de algemene bestuursrechtelijke beginselen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk en de algemene beginselen van goed bestuur, in acht moeten nemen? Ik zou menen dat een rechtsstatelijk ambtelijk kompas vooral moet vertellen hoe je als ambtenaar wél moet handelen in plaats van wat niet geoorloofd is. Een rechtsstatelijk kompas voor ambtenaren zou niet zozeer een negatieve als wel vooral een positieve stimulus moeten zijn. De Staatscommissie zegt het niet, maar zouden de algemene bestuurlijke rechtsbeginselen geen onderdeel moeten uitmaken van dat rechtsstatelijk kompas? Ik kom daarop aan het slot nog terug.

5. NORMENKADERS GOED BESTUUR

5.1 Wegingskader goed openbaar bestuur

Al enige tijd voor de kinderopvangtoeslagaffaire constateerde de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) in zijn advies 'Een sterkere rechtsstaat' dat er sprake is van een rechtsstatelijk tekort en dat het rechtsstatelijk bewustzijn van ambtenaren in de praktijk soms tekortschiet.¹⁷ De Staatscommissie rechtsstaat heeft dat uitdrukkelijk overgenomen.¹⁸

Maar de ROB is inmiddels een stap verder gegaan. In zijn meer recente signalement 'Gezag herwinnen' analyseert de ROB hoe het komt dat de overheid zoveel aan gezag bij de burger heeft ingeboet en vraagt hij zich af wat daaraan is te doen. Eén van de oorzaken van dat gezagsverlies is dat er sprake is van een moreel tekort. Met het moreel tekort

¹⁵ *De gebroken belofte van de rechtsstaat, Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger*, Den Haag: Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 42 e.v.

¹⁶ Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. V.

¹⁷ *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2020, p. 28, 29.

¹⁸ Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 42.