

Prof. mr. S.E. Zijlstra
Prof. mr. M.J. Jacobs
Mr. H.J.H.L. Kortjes

STAATS- EN BESTUURSRECHT PRAKTIJK

Bijzondere en algemene wetgeving

*De betekenis van algemene wetgeving, met name de Awb en de
AVG, voor het opstellen van bijzondere wetgeving*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2024

VOORWOORD

Dit boek is ontstaan in het onderwijs van de eerste twee ondergetekenden op de Academie voor Wetgeving, waar zij voor de trainees en 'zitters' een module 'Algemeen bestuursrecht voor wetgevers' verzorgen. In die module komen, naast algemene aspecten van de verhouding tussen algemene en bijzondere regelingen, twee algemene regelcomplexen aan de orde waarmee vrijwel iedere wetgevingsjurist te maken heeft: de Algemene wet bestuursrecht en de (Uitvoeringswet) Algemene verordening gegevensbescherming. Bij dat onderwijs bleek dat er geen systematische, op de centrale en decentrale wetgever toegespitste literatuur bestaat over de betekenis van de Awb en de (U)AVG voor de bijzondere wet, terwijl deze bij het maken van bijzondere wetgeving vrijwel altijd een rol spelen. In die lacune beoogt dit boek te voorzien.

Het bestaat uit drie delen: eerst een uit één hoofdstuk bestaand algemeen deel, daarna een deel over de bijzondere wet en de Awb (hfdst. 2 t/m 9), en ten slotte een deel over de bijzondere wet en de (U)AVG (hfdst. 10 en 11). Zie de inhoudsopgave voor een verdere onderverdeling van onderwerpen.

De hoofdstukken zijn door ons afzonderlijk geschreven, al hebben wij vanzelfsprekend elkaars hoofdstukken gelezen en becommentarieerd. Bij elk hoofdstuk is de auteur van het betrokken hoofdstuk vermeld. Als in bepaalde passages een mededeling in de 'ik-vorm' wordt gedaan, betreft dat de dan aan het woord zijnde auteur.

De beschouwingen zijn gelardeerd met talloze voorbeelden, ontleend aan bestaande wetgeving. Dat leidt er onvermijdelijk toe dat zij op enig moment niet meer actueel zijn, omdat de betrokken regelingen zijn vervallen of gewijzigd. Omdat het om voorbeelden gaat, hebben wij dat risico aanvaard: doordat op wetten.nl ook oude wetgeving te raadplegen is, kunnen zij als voorbeeld bruikbaar blijven.

Wij danken Tycho Scholten, student-assistent, voor inhoudelijke en redactionele ondersteuning, en de redactie van de reeks Bestuursrecht in praktijk voor nuttig commentaar.

Werkzaamheden aan dit boek werden voor het overgrote deel afgesloten op 1 juli 2023. Latere ontwikkelingen, zoals de invoering van de Omgevingswet per 1 januari 2024, konden niet of slechts op enkele plaatsen worden meegenomen.

Sjoerd Zijlstra, Rianne Jacobs en Lennart Kortjes

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XI

DEEL I. ALGEMEEN

HOOFDSTUK 1

Bijzondere en algemene wetgeving / 3

- 1.1 Inleiding / 3
- 1.2 Wat zijn algemene wetten? / 4
- 1.3 (Niet) afwijken van algemene regelingen / 5
- 1.4 (Verbod van) herhaling / 7
 - 1.4.1 Wat is herhaling? / 7
 - 1.4.2 Vormen van herhaling / 8
 - 1.4.3 Herhaling als probleem / 11
 - 1.4.4 Waarom komt herhaling zo vaak voor? / 13
 - 1.4.5 Oplossingen / 13

DEEL II. DE WETGEVER EN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT

HOOFDSTUK 2

De Algemene wet bestuursrecht: graden van harmonisatie / 17

- 2.1 Rol en betekenis voor de bijzondere wet / 17
 - 2.1.1 Vier graden van harmonisatie / 17
 - 2.1.2 'Handhaving' van de Awb / 18
 - 2.2 Dwingend recht in soorten / 19
 - 2.2.1 Een typologie / 19
 - 2.2.2 Het materiële systeem van de Awb / 20
 - 2.3 Regelend, aanvullend en facultatief recht / 22
 - 2.4 Recapitulerend: afwijken van de Awb / 24

HOOFDSTUK 3

Begrippen / 27

- 3.1 Algemeen / 27
- 3.2 Afwijken / 27

- 3.3 Specifieke begrippen / 29
 - 3.3.1 Algemeen / 29
 - 3.3.2 Bestuursorgaan / 30
 - 3.3.3 Belanghebbende / 33
 - 3.3.4 Besluit / 34
 - 3.3.5 Beschikking / 37
 - 3.3.6 Beleidsregels / 37
 - 3.3.7 Aanvraag / 37
 - 3.3.8 Administratieve rechter, bezwaar, administratief beroep en beroep / 38
 - 3.3.9 Bekendmaking / 38

HOOFDSTUK 4

Besluitvorming / 39

- 4.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur / 39
- 4.2 Besluitvormingsprocedures / 43

HOOFDSTUK 5

Bestuursrechtelijke geldschulden / 49

- 5.1 Algemeen / 49
- 5.2 Bijzondere onderwerpen / 52

HOOFDSTUK 6

Subsidies / 57

- 6.1 Algemeen / 57
- 6.2 Bijzondere onderwerpen / 59

HOOFDSTUK 7

Organisatie / 65

- 7.1 Algemeen / 65
- 7.2 Attributie en de Awb / 66
- 7.3 Delegatie / 68
 - 7.3.1 Delegatie van wetgevende bevoegdheid en de Awb / 68
 - 7.3.2 Delegatie van bestuursbevoegdheid: delegatie mogelijk maken / 72
- 7.4 Mandaat en de Awb / 74
 - 7.4.1 Mandaat van wetgevende bevoegdheid / 74
 - 7.4.2 Mandaat van bestuursbevoegdheid: mandaat onmogelijk maken / 75
- 7.5 Advisering / 79
 - 7.5.1 Algemeen / 79
 - 7.5.2 Wetgevingstechniek advisering / 80
- 7.6 Interbestuurlijk toezicht / 80
 - 7.6.1 Algemeen / 80
 - 7.6.2 Wetgevingstechniek interbestuurlijk toezicht / 81

HOOFDSTUK 8

Handhaving / 83

- 8.1 Inleiding / 83
- 8.2 Algemene bepalingen / 83
- 8.3 Nalevingstoezicht / 84
 - 8.3.1 Algemeen / 84
 - 8.3.2 Wetgevingstechniek nalevingstoezicht / 85
- 8.4 Sancties algemeen / 89
- 8.5 Last onder bestuursdwang en last onder dwangsom / 90
 - 8.5.1 Algemeen / 90
 - 8.5.2 Wetgevingstechniek bestuursdwang en dwangsom / 90
- 8.6 Bestuurlijke boete / 92
 - 8.6.1 Algemeen / 92
 - 8.6.2 Wetgevingstechniek bestuurlijke boete / 92

HOOFDSTUK 9

Rechtsbescherming / 95

- 9.1 Algemeen / 95
- 9.2 Rechtsingang: voor wie? / 97
- 9.3 Rechtsingang: waartegen? / 99
- 9.4 Rechtsingang: bij wie? / 113
- 9.5 Voorprocedures / 116
- 9.6 Welk procesrecht? / 117
- 9.7 Recapitulerend / 118

DEEL III. DE BIJZONDERE WET EN DE (UITVOERINGSWET) AVG

HOOFDSTUK 10

Algemeen deel: 'lidstatelijk' wetgeven en de AVG / 121

- 10.1 Inleiding / 121
 - 10.1.1 Inleiding / 121
 - 10.1.2 'Privacy' en 'data protection' / 123
 - 10.1.3 Het is (bijna altijd) Unierecht / 125
- 10.2 De 'lidstatelijke' wetgever: drie rollen / 128
 - 10.2.1 Inleiding / 128
 - 10.2.2 **Geen** rol voor de wetgever / 129
 - 10.2.3 Rol van wetgeving als rechtsgrond voor rechtmatige verwerking / 131
 - 10.2.4 Rol van wetgeving als voorwaarde voor bepaalde verwerkingen / 132
 - 10.2.5 Rol van wetgeving om toepassing van de AVG op maat te snijden / 133
- 10.3 Algemene eisen aan wetgeving / 133
 - 10.3.1 Volgend uit het karakter van grondrechtbeperking (art. 52 Hv.) / 133

- 10.3.2 Volgend uit de beginselen (art. 5 AVG), met inbegrip van rechtmatige verwerking (art. 6 AVG) / 135
- 10.3.3 Volgend uit specifieke bepalingen in de AVG / 140

HOOFDSTUK 11

Capita selecta / 143

- 11.1 Verwerkingsverantwoordelijkheid / 143
- 11.2 Doelbinding en al dan niet verenigbare ‘verdere verwerking’ / 146
- 11.3 Bijzondere persoonsgegevens / 147
- 11.4 Strafrechtelijke persoonsgegevens / 151
- 11.5 Internationale doorgifte / 154
- 11.6 Caribisch Nederland en de Caribische landen binnen het Koninkrijk / 156
- 11.7 Geautomatiseerde besluitvorming (waaronder profilering) / 157
- 11.8 Wettelijke bewaartermijnen / 159
- 11.9 Gebruik van bsn / 160
- 11.10 Toetsing door de AP / 161

Artikelenregister / 163

DEEL I. ALGEMEEN

HOOFDSTUK 1

Bijzondere en algemene wetgeving

S.E. Zijlstra

1.1 Inleiding

Dit hoofdstuk is het eerste van een drieluik over de positie van bijzondere wetten in relatie tot algemene wetten. Hier worden algemene leerstukken behandeld: wat zijn algemene wetten (§ 1.2), afwijking van algemene wetten (§ 1.3) en herhaling van (bepalingen uit) algemene wetten (§ 1.4). In deel II en III wordt nader ingezoomd op de verhouding tot twee wetten waarmee vrijwel iedere wetgever te maken heeft: de Algemene wet bestuursrecht respectievelijk de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming.

Alvorens die bespreking te beginnen, eerst – kort – iets over de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) en de Ideeën voor de gemeentelijke regelgever (Igr), die in dit boekje een belangrijke rol spelen.

De Ar zijn vastgesteld bij besluit van de minister-president, 'handelend in overeenstemming met het gevoelen van de raad van ministers'. Deze op het oog wat merkwaardige figuur heeft als achtergrond dat de Aanwijzingen bedoeld zijn om, als een soort verzamelde dienstbevelen, in acht te worden genomen door ambtenaren van de ministeries. De Ar vinden hun ontstaansgrond in de behoefte aan een verbetering van de kwaliteit van wetgeving door het hanteren van vuistregels inzake wetgevingstechniek. Een substantieel deel van de Ar is dan ook aan de techniek gewijd; zij bevatten vele modelbepalingen en talloze aanwijzingen inzake harmonisatie van terminologie. Daarnaast bevatten de Ar meer materiële normen van wetgevingskwaliteit, zoals terughoudendheid met wetgeving, evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (Ar 2.1-2.13), herhaling van normen uit hogere regelingen, zoals de Grondwet (bijvoorbeeld Ar 2.20), en procedurele aanwijzingen (hfdst. 7-9).

De Ar gelden aldus alleen voor de centrale overheid (en dan ook niet voor zelfstandige bestuursorganen met regelgevende bevoegdheid), maar er zijn ook vergelijkbare aanbevelingen voor decentrale overheden, met als belangrijkste de Igr. De Igr zijn in opdracht van de VNG opgesteld door W. Konijnenbelt, en kunnen opstellers van gemeentelijke regelgeving op geen enkele wijze binden. Evenals de Ar hebben de Igr zowel aandacht voor wetgevingstechniek als voor meer materiële normen van wetgevingskwaliteit. Procedurele aanwijzingen zijn echter beperkt tot bekendmaking, beschikbaarstelling en voorlichting.

1.2 Wat zijn algemene wetten?

Inleiding

Het is een uitgangspunt van goed wetgevingsbeleid dat in gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld, zoveel mogelijk wordt gestreefd naar harmonisatie van regelgeving (Ar 2.45/lgr 13, eerste lid). Zoals blijkt uit Ar 2.46 hebben algemene wetten daarbij een belangrijke rol: afwijking van algemene wetten wordt in beginsel onwenselijk geacht.

De toelichting bij Ar 2.46 omschrijft algemene wetten als ‘wetten die algemene regels voor een rechtsgebied of een deelterrein geven’. Dat maakt wel iets, maar niet héél veel duidelijk. Gelukkig bevat de toelichting bij deze aanwijzing een opsomming van wetten die in ieder geval worden beschouwd als wetten die algemene regels voor een rechtsgebied of een deelterrein geven: de wetboeken (dat wil zeggen het BW, het Wetboek van Koophandel, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering), de Algemene termijnenwet, de Algemene wet bestuursrecht, de Bekendmakingswet, de Gemeentewet, de Provinciewet, de Waterschapswet, de Kaderwet adviescolleges, de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, de Uitvoeringswet AVG (de Ar noemen nog de oude Wet bescherming persoonsgegevens), de Algemene wet erkenning EU-beroepskwalificaties, de Dienstenwet, de Wet op de economische delicten (WED), de Wet op de rechterlijke organisatie, de Wet openbaarheid van bestuur en de Algemene wet op het binnentreden.

Als algemene wetten op een bepaald deelterrein moeten volgens de toelichting bij Ar 2.46 in ieder geval worden beschouwd: de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Wet financiering sociale verzekeringen en de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.

Bij het voorgaande kunnen wel kanttekeningen worden gemaakt. Onmiddellijk valt op dat sommige algemene wetten algemener zijn dan andere: de wetboeken maar ook de Uitvoeringswet AVG en de WED gelden voor iedereen; de Awb geldt voor alle bestuursorganen, de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen alleen voor zbo's, en de Wet op de rechterlijke organisatie alleen voor de rechtspraak. Bij algemene wetten denkt men wellicht niet meteen aan de Algemene wet erkenning EU-beroepskwalificaties, terwijl de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (WoIBES) ontbreekt. Bij de wetten op de deelterreinen daarentegen ontbreken enkele belangrijke voorbeelden, zoals de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (de Wabo – inmiddels vervangen door de Omgevingswet),¹ de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), de Wet medezeggenschap op scholen (WMS) en de Wet op het financieel toezicht (Wft). We zullen hieronder (deel II) zien dat zelfs ‘afwijken’ van een wet als de Algemene wet bestuursrecht een heel genuanceerd verhaal is, waarbij de ene afwijking de andere niet is.

‘Algemeen’ is een relatief begrip

De algemeenheid respectievelijk bijzonderheid van wetten is niet absoluut, maar relatief; wat in de ene relatie een algemene wet is, is in de andere een bijzondere.

De Wet medezeggenschap op scholen is een algemene wet binnen het onderwijsrecht, maar bijzonder ten opzichte van de Awb. Als de Awb zou bepalen dat de termijn voor het

¹ Zie over de verhouding tussen Omgevingswet en Awb H.A. Oldenzijl, *Wetgevingsarchitectuur van de Omgevingswet* (reeks Bestuur in praktijk), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 115-134.

indienen van een bezwaarschrift ook op zondag kan eindigen, is de Awb op dat punt een bijzondere wet ten opzichte van de Algemene termijnwet.² Ook de Dienstenwet is op punten algemener dan alle andere wetgeving.

Daarnaast is van belang in te zien dat tussen twee regelingen van gelijk niveau die elkaar qua onderwerp gedeeltelijk overlappen, *altijd* een lex-specialisrelatie bestaat. De Visserijwet is als het gaat om dierenwelzijn een lex specialis ten opzichte van de Wet dieren; de Gemeentewet is een lex specialis ten opzichte van de Awb,³ etc. In het licht van harmonisatie is het dan ook in iedere wettelijke 'relatie' verstandig als de bijzondere wet niet afwijkt van de algemene wet, hoe bijzonder die laatste op zichzelf ook moge zijn. Dit inzicht heeft grote gevolgen voor de vraag wanneer wel of niet van een wet mag worden 'afgeweken', waarover paragraaf 1.3 gaat.

1.3 (Niet) afwijken van algemene regelingen

Algemeen

Als gezegd bevat Ar 2.46 regels over het (onwenselijke) afwijken van algemene wetten. Afwijking van een algemene wet wordt in de memorie van toelichting gemotiveerd, aldus de tweede volzin van Ar 2.46 lid 1. Het tweede lid wil dat dit ook geldt voor 'aanvullingen in bijzondere wetten op een regeling in een algemene wet die uitputtend is bedoeld', waarbij als voorbeeld wordt genoemd de bevoegdheden die de Awb aan toezichthouders toekent.

Vooropgesteld moet worden dat dit op het niveau van de centrale overheid alleen relevant is voor degene die een (ontwerp van) wet in formele zin opstelt. Immers, bij lagere wetgeving (AMvB, ministeriële regeling, decentrale regelgeving) is afwijking van een wet in formele zin niet aan de orde. Wel kan het zijn dat algemene wetten ruimte laten voor een andere regeling indien dat 'bij wettelijk voorschrift is bepaald' (bijvoorbeeld art. 4:1 Awb). In dat geval is van 'afwijking' in juridische zin in ieder geval geen sprake.⁴

Ar 2.46 beperkt zich dan ook tot 'bijzondere wetten' (in formele zin) en schrijft daarover voor dat alleen wordt afgeweken van algemene wetten indien dit noodzakelijk is. Een dergelijke aanwijzing is in ons constitutionele stelsel nodig om de uitgangspunten van de algemene wetgeving te bewaken: immers, als bijzondere wetten afwijken van een algemene wet, gaan zij via de lex-specialisregel vóór de algemene wet.⁵

In enkele gevallen kent de betrokken algemene wet nog een zogeheten 'bijzondere-statusbepaling'. Dergelijke bepalingen zijn echter schaars.⁶

2 Zie ook S.E. Zijlstra, 'De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet', *NTB* 2000/4, p. 95.

3 Zie over deze verhouding 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 e.a., *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000 en 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.

4 Zie daarover verder § 2.2.3.

5 Zie hierover ook W. Konijnenbelt, 'System in the madness. Over structuurwetten als ruggegraat van de wetgeving', *NTB* 1988/1, p. 1-5. Volgens de nota naar aanleiding van het verslag bij de Eerste Tranche Awb is de lex-specialisregel 'niet meer dan een vuistregel, die opzij gezet kan worden door aanwijzingen dat de wetgever het tegendeel heeft gewild' (*Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 8, p. 5).

6 De Provinciewet en de WolBES kennen aan art. 115 Gemeentewet gelijklopende bepalingen toe (art. 113 respectievelijk 210).

Zo bepaalt art. 115 Gemeentewet dat een wet waarbij van gemeentebesturen regeling of bestuur wordt gevorderd of waarbij in betekenende mate wijziging wordt gebracht in taken en bevoegdheden van gemeentebesturen, niet mag afwijken van de Gemeentewet 'dan wanneer dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. In de toelichting bij het wetsvoorstel moet die afwijking worden gemotiveerd.

De toelichting bij Ar 2.46 zegt nog dat, ter voorkoming van onduidelijkheden over de verhouding tussen de bijzondere wet en de algemene wet, bij afwijking van dwingend recht van de algemene wet, deze afwijking duidelijk moet worden gemaakt in de wettekst (door gebruik van de formulering 'In afwijking van [artikel van de algemene wet] [...]' of '[artikel van de algemene wet] is niet van toepassing'). Deze belangrijke notie (zij had ook in de aanwijzing zelf mogen worden opgenomen) wordt bij afwijking van de Awb redelijk consequent toegepast, maar geschiedt bijvoorbeeld niet bij afwijking van de Gemeentewet, hetgeen op gezette tijden tot discussie leidt. Zichtbaar maken van de afwijking biedt ook een handvat voor 'handhaving' door het ministerie dat de algemene wet moet bewaken: handhaving van de Aanwijzingen (en dus ook Ar 2.46) door de directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in het kader van het toetsen van wetsvoorstellen aan kwaliteitsmaatstaven voor wetgeving (zie Ar 7.4) en handhaving van andere algemene wetten door het betrokken ministerie (Ar 7.1), met nog een bijzondere rol voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties als het gaat om handhaving van de Gemeentewet, de Provinciewet en de WolBES (Ar 7.2).

Ten slotte wordt invoering van een algemene wet vaak⁷ voorzien van aanpassingswetgeving, waarin de échte harmonisatie plaatsvindt, namelijk door de bijzondere wetgeving op één lijn te brengen met de algemene wet. Steeds wordt daarbij een afweging gemaakt van wat aan afwijkingen wel en wat niet wordt geaccepteerd. Vooral in dat geval kan de afspraak nuttig zijn dat afwijking bij bijzondere wet van (dwingende) regels uit de algemene wet uitdrukkelijk gebeurt.

Ar 2.46 kent een decentrale zusterbepaling in Igr 13, tweede lid. Zij ziet op de horizontale relatie tussen decentrale regelingen, en schrijft voor dat in een regeling alleen wordt afgeweken van een algemene regeling indien dit noodzakelijk is. Dit dient in de toelichting gemotiveerd te worden.

Voorbeelden van dergelijke algemene regelingen op decentraal niveau zijn legesverordeningen, maar ook de algemene subsidieverordeningen die verschillende gemeenten kennen, zoals de Algemene Subsidieverordening Amsterdam 2013.

Uniforme terminologie

Op dit punt bestaat een merkwaardige discrepantie tussen de Ar en de Igr. Igr 11, eerste lid, geeft als algemeen voorschrift dat de terminologie van de Awb en de Gemeentewet – 'en zo nodig de Europese en internationale regelgeving' – wordt gevolgd. Ar 2.47 en 2.48 beperken zich tot begrippen uit de Awb;⁸ aansluiting bij begrippen uit de Provinciewet en de Gemeentewet, evenzeer wenselijk, wordt wellicht geacht onder Ar 2.46 te vallen.

7 Dat is niet gebeurd bij de invoering van de Gemeentewet en de Provinciewet in 1994 (de Invoeringswet Gemeentewet bevatte vooral wijzigingen van de Gemeentewet zelf, alsmede verwijzingen in bijzondere wetten). Zie voor kritiek hierop S.E. Zijlstra, 'De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet,' *NTB* 2000/4, p. 95.

8 Zie daarover verder onder hoofdstuk 3.

Anderzijds noemen Ar 2.47 en 2.48 een groot aantal begrippen van de Awb expliciet, waar de Igr – ten onrechte – over zwijgen.

Relatie regelingen-uitvoeringsregelingen

Voor de terminologie van een uitvoeringsregeling wordt aangesloten bij die van de regeling waarop zij is gebaseerd, aldus Ar 3.4. Bij medebewindsverordeningen dient men ingevolge het tweede lid van Igr 11 aan te sluiten bij de terminologie van de uit te voeren wettelijke regeling, met uitzondering van de benaming van gemeentelijke organen (Igr 11 lid 1).⁹ Overigens wordt (zie Ar 5.3; Igr 47) in de begripsbepalingen van de regeling die wordt uitgevoerd, vaak gebruikgemaakt van de techniek 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder [...]'. Dan heeft men dus geen keuze meer.

1.4 (Verbod van) herhaling

1.4.1 Wat is herhaling?

Naast daadwerkelijke strijd tussen algemene en bijzondere wetgeving, speelt in die verhouding ook het vraagstuk van de herhaling een rol: herhaling, in een bijzondere regeling, van een bepaling uit een algemene regeling.

Volgens Ar. 3.64 worden in een regeling, tenzij dit onvermijdelijk is, bepalingen uit een andere regeling, die hetzelfde onderwerp regelen, niet herhaald (Ar 3.64). Haar decentrale zusterbepaling (Igr 11 lid 3) maakt zelfs geen uitzondering voor gevallen waarin herhaling onvermijdelijk is. Volgens de toelichting bij Ar 3.64 gaat het hierbij 'met name om het vermijden van herhaling, in een uitvoeringsregeling, van bepalingen uit de delegerende regeling en herhaling in een bijzondere regeling van bepalingen uit algemenere regelingen, zoals het BW, de Awb, de Gemeentewet en de Wet milieubeheer'.

Ar 3.64 en Igr 11 lid 3 geven niet alleen niet aan waarom herhaling een probleem is (dat wordt hieronder besproken), de formulering 'die hetzelfde onderwerp regelen' schiet ook tekort. Het gaat namelijk niet over bepalingen over hetzelfde onderwerp, maar over bepalingen die, als men ze niet zou herhalen, voor de materie waar de eigen regeling over gaat al zouden gelden.

Stel, er is een gemeentelijke verordening over het subsidiëren van geveltuintjes (A), en er wordt gewerkt aan een gemeentelijke subsidieverordening over straat- en buurtfeesten (B). Verordening B zal bepalingen bevatten over aanvraag, termijnen, weigerings- en intrekkinggronden, waarvan een deel gelijk luidt aan de bepalingen over dezelfde onderwerpen die al in verordening A staan. Van (verboden) herhaling is dan geen sprake, want de bepalingen uit verordening A gelden niet voor verordening B. Zou er – en dat is, zoals veel gemeenten hebben ingezien, heel verstandig – een algemene subsidieverordening zijn, met regels over aanvraag, termijnen, weigerings- en intrekkinggronden, en de raad stelt dan een subsidieverordening over straat- en buurtfeesten vast, dan gelden de regels van die algemene subsidieverordening al. En dáárop zien Ar 3.46/Igr 11 lid 3.

Dit doet zich niet alleen voor in de verhouding bijzondere regeling-algemene regeling, maar ook in de verhouding hogere-lagere regeling; herhaalt een AMvB een bepaling uit

⁹ Dit in verband met de gemankeerde aanpassing van medebewindswetgeving aan de dualiseringsoperatie; zie de toelichting bij Igr 24.

de wet waarop zij berust, dan is dat een vorm van de herhaling waarover het hier gaat, want daarzonder zou de bepaling ook gelden.

Waarom herhaling een probleem is, komt aan bod in § 1.4.3; eerst moeten we nader kijken naar de manieren waarop herhaling zich voordoet.

1.4.2 Vormen van herhaling

Oppervlakkige lezing van Ar 3.64/Igr 11 lid 3 zou kunnen leiden tot de gedachte dat het probleem uitsluitend gaat over het – letterlijk – herhalen van een bepaling die, zonder dat zij zou worden herhaald, al geldt. Analyse van de praktijk van wet- en regelgeving laat echter zien¹⁰ dat er verschillende varianten van herhaling bestaan, met elk hun eigen problemen.

Zuivere of letterlijke herhaling

Herhaling in haar meest zuivere vorm (dat wil zeggen het letterlijk overnemen van een – anders ook geldende – bepaling) komen we bij de centrale overheid alleen sporadisch tegen.

Zie bijvoorbeeld de Wet milieubeheer:

“Artikel 21.7

De bevoegdheid van gemeenteraden en waterschappen tot het maken van verordeningen blijft ten aanzien van het onderwerp waarin hoofdstuk 10 voorziet, gehandhaafd, voor zover deze verordeningen niet met het bij of krachtens deze wet bepaalde in strijd zijn.”

Artikel 2.17 Wm vormt een letterlijke herhaling van artikel 121 Gemeentewet respectievelijk 59 Waterschapswet, die zonder dit artikel ook zouden gelden.

Zuivere of letterlijke herhaling vinden we het meest bij lagere wetgeving, met name bij decentrale verordeningen, en dan meestal als het gaat om de Awb. Daar worden bijvoorbeeld met regelmaat begripsomschrijvingen uit de Awb herhaald, zelfs van begrippen die in het hele bestuursrecht moeten gelden.

Zie het volgende voorbeeld, ontleend aan de Algemene subsidieverordening Provincie Drenthe 2017, waarin art. 4:22 Awb wordt herhaald:

“Artikel 1

[...]

n. subsidieplafond: het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak maximaal beschikbaar is voor de verstrekking van subsidie krachtens een wettelijk voorschrift;”

Maar herhaling komt ook buiten de sfeer van de begripsbepalingen voor. Zo kent de Awb bij subsidies het systeem waarbij een aantal weigerings- of intrekingsgronden al door de Awb wordt gegeven, die bij wettelijk voorschrift kunnen worden aangevuld (art. 4:35, 4:48-4:50). Als de bijzondere of de lagere wetgever er dan nog een paar wenselijk acht, worden naast de nieuwe vaak ook de al bestaande (Awb-)gronden herhaald. Vergelijkbare systemen zien we bij vereisten waaraan bijvoorbeeld een aanvraag om een beschikking moet voldoen (naast art. 4:2).

¹⁰ Het onderstaande is deels ontleend aan S.E. Zijlstra, ‘De Awb en de bijzondere wet. Harmonisatie door de Awb in de wetgevingspraktijk’, *NTB* 2017/24.

Verwijzende herhaling

Het komt ook voor dat men een al geldende bepaling niet letterlijk herhaalt, maar verwijst naar de al geldende bepaling, bijvoorbeeld door te bepalen dat een artikel uit een andere regeling van toepassing is (terwijl dat ook zonder die verwijzing geldt).

Een voorbeeld biedt de Algemene Subsidieverordening Provincie Limburg 2017 e.v.:

“Artikel 2 Toepassingsbereik

1. Deze verordening is van toepassing op het verstrekken van subsidies (zoals bedoeld in artikel 4:21 Algemene wet bestuursrecht) [...]”

Deze figuur wijkt af van de zuivere herhaling: men herhaalt niet letterlijk de definitie van subsidie uit artikel 4:21, maar verwijst ernaar.

Een ander, bij nadere lezing duizelingwekkend voorbeeld betreft de positie van de algemene en bijzondere subsidieverordeningen in de gemeente Sittard-Geleen.

De Algemene subsidieverordening gemeente Sittard-Geleen 2020 bevat het volgende artikel:

“Artikel 2 Reikwijdte

Deze verordening is van toepassing op de verstrekking van subsidies door burgemeester en wethouders, met uitzondering van subsidies waarvoor bij afzonderlijke verordening een uitputtende regeling is getroffen.”

Maar dan bepaalt een bijzondere subsidieverordening van diezelfde gemeente (de Subsidieregeling professionele instellingen 2020-1):

“Artikel 2 Verhouding met Algemene subsidieverordening

Tenzij in deze subsidieregeling wordt afgeweken van de geldende Algemene subsidieverordening, is die verordening van toepassing.”

Deze laatste verwijzing is niet nodig, gelet op de al geldende algemene verordening.

Oneigenlijke herhaling

De derde variant is het materieel (als het ware parafraserend) regelen van wat uit hoofde van een andere wet al geldt, omdat men onwetend lijkt van het feit dát het al geldt.

Een voorbeeld hiervan biedt de Kieswet:

“Artikel W 1

1. Wanneer, anders dan bij de vaststelling van de uitslag van een verkiezing, in een opengevallen plaats moet worden voorzien, verklaart de voorzitter van het centraal stembureau bij een met redenen omkleed besluit, uiterlijk op de veertiende dag nadat dit te zijner kennis is genomen, benoemd de daarvoor in aanmerking komende kandidaat [...]”

‘Met redenen omkleed’ is synoniem voor ‘van een draagkrachtige motivering voorzien’, hetgeen al wordt bestreken door art. 3:46 en 3:47 Awb.

Een decentraal voorbeeld biedt de Parkeerverordening Hilversum:

“Artikel 2 Gebieden

1. Het college kan, bij openbaar te maken besluit, weggedeelten aanwijzen die bestemd zijn voor het parkeren door vergunninghouders. [...].

2. Het college kan, bij openbaar te maken besluit, de tijdstippen vaststellen waarop het parkeren op de in het eerste lid bedoelde weggedeelten (alleen) aan vergunninghouders is toegestaan.”

Dat dit ‘bij openbaar te maken besluit’ gebeurt, volgt al uit de Awb, met name artikel 3:42 jo. de Bekendmakingswet.

Gemankeerde herhaling

Een vierde variant, ten slotte, is de gemankeerde herhaling. Daarbij regelt men dezelfde materie als in een al geldende bepaling, maar dan net even anders, zonder dat duidelijk wordt dat men het ook anders beoogt. Gemankeerde herhaling van algemene wetten komt neer op afwijking in de zin van Ar 2.46 en 2.47, zij het dat wij hier misschien van 'schuldafwijking' zouden kunnen spreken, in tegenstelling tot de 'opzetafwijking' waar het om gaat als men de al geldende regeling hinderlijk vindt (zoals met name bij de Awb regelmatig het geval is).¹¹

Een voorbeeld biedt de Wet toetreding zorgaanbieders:

“Artikel 5

1. Onze Minister weigert de toelatingsvergunning indien de krachtens artikel 4, vierde lid, te verstrekken bescheiden en gegevens niet volledig worden aangeleverd.”

Als dit er niet had gestaan, had de regel uit artikel 4:5 Awb gegolden, namelijk dat de aanvraag niet wordt afgewezen maar buiten behandeling kan worden gelaten, mits de aanvrager in de gelegenheid is gesteld de aanvraag aan te vullen. Dat laatste ontbreekt ook nog in deze wet.¹² De toelichting zwijgt in alle talen over de reden voor deze keuze.¹³

Een decentraal voorbeeld is te vinden in de (sindsdien gemoderniseerde) Parkeerverordening Dongeradeel:

“Artikel 4

1. Burgemeester en wethouders kunnen, met inachtneming van het bepaalde in de volgende leden van dit artikel, regels geven voor het aanvragen en verlenen van een vergunning.

2. Burgemeester en wethouders beslissen binnen 8 weken na ontvangst van een aanvraag voor een vergunning.

3. Burgemeester en wethouders kunnen de in het tweede lid genoemde termijn verlengen. Van een verlenging van deze termijn wordt de aanvrager schriftelijk in kennis gesteld, met vermelding van de termijn waarbinnen beslist wordt.

4. Een besluit tot afwijzing van een aanvraag is met redenen omkleed. De aanvrager wordt van deze afwijzing schriftelijk in kennis gesteld.”

De tweede volzin van lid 4 is een geval van gemankeerde herhaling: niet alleen de afwijzing, maar ook de verlening moet worden gemotiveerd, en de aanvrager moet ook van de toewijzing schriftelijk in kennis worden gesteld. Overigens valt hier ook een aantal oneigenlijke herhalingen op. Dat geldt al voor het eerder genoemde 'met redenen omkleed' (synoniem voor 'van een draagkrachtige motivering voorzien', hetgeen al wordt bestreken door art. 3:46 en 3:47 Awb) en 'schriftelijk in kennis gesteld' (bekendmaking overeenkomstig art. 3:41 Awb). De beslistermijn van het tweede lid is conform de Awb (die hiervoor in art. 4:13 Awb een vanget biedt (overigens ook acht weken), maar die er de voorkeur aan geeft dat dit bij wettelijk voorschrift wordt geregeld). Dat burgemeester en wethouders deze termijn kunnen verlengen, volgt uit art. 4:14 Awb.

Horizontale en verticale herhaling

Ten slotte kunnen we herhaling ook nog op een andere manier onderscheiden, namelijk aan de ene kant herhaling tussen regelingen van *gelijke rang*, waarbij de ene een algemene en de andere een bijzondere regeling is (hier dus met name de verhouding algemene wet in formele zin-bijzondere wet in formele zin), en aan de andere kant herhaling tussen regelingen van *ongelijke rang*, bijvoorbeeld een AMvB of gemeentelijke verordening die

¹¹ Zie daarover verder onder deel II.

¹² Het gemankeerd herhalen van art. 4:5 Awb komt vaker voor.

¹³ *Kamerstukken II 2016/17, 34767, nr. 3, p. 28.*