

VAN MARGINALE RECHTERLIJKE TOETSING NAAR TOETSING OP MAAT: EINDE VAN EEN GECONDITIONEERDE RESPONS?

Rolf Ortlep & Wouter Zorg*

Bij beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan is doorgaans de geconditioneerde respons dat de bestuursrechter marginaal toetst. De doctrine lijkt zich evenwel steeds meer te ontwikkelen richting een toetsing op maat. Besproken wordt of van een dergelijke ontwikkeling sprake is en, zo ja, of zij van algemene aard is.

1 Inleiding

In zijn jaarverslag over 2000 gaf de Raad van State een beschouwing over de 'eigen aard' van de bestuursrechtspraak. Die rechtspraak, zo was de boodschap, vergt dat de bestuursrechter de grenzen van de bevoegdheid van het bestuursorgaan dient te controleren. Het bestuursorgaan voert de wet uit en de bestuursrechter toetst die uitvoering. 'Soms is de ruimte binnen die grenzen groot', aldus de Raad van State, 'soms is zij beperkt, maar steeds is de bestuursrechter grensrechter, geen scheidsrechter.'¹

Geen scheidsrechter, maar grensrechter. Een metafoor die wellicht aansluit bij het beeld dat de lezer bij de taakopvatting van de bestuursrechter heeft

Geen scheidsrechter, maar grensrechter. Een metafoor die wellicht aansluit bij het beeld dat de lezer bij de taakopvatting van de bestuursrechter heeft.² Als 'schoolvoorbeeld' hiervan noemen wij een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage. In 2006 ziet deze zich geconfronteerd met een verzoek om een verblijfsvergunning voor een bepaalde duur van een uit Kosovo afkomstige scholiere.³ Zij is in 2000, toen nog als vluchteling, begonnen aan een vwo-opleiding en heeft de gevraagde vergunning nodig om haar opleiding af te ronden. De minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (hierna: de minister) wijst haar verzoek echter af. De scholiere heeft geen machti-

ging voor voorlopig verblijf aangevraagd in het land van herkomst en de Vreemdelingenwet verplicht in dat geval om de aanvraag af te wijzen. Van deze regel kan alleen worden afgeweken als de toepassing ervan zou leiden tot onbillijkheden van overwegende aard (hardheidsclausule). Het is de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever dat van deze hardheidsclausule slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik wordt gemaakt en daartoe ziet de minister in deze zaak geen aanknopingspunten. In zijn uitspraak over dit geschil gaat de voorzieningenrechter expliciet in op de taak van de bestuursrechter. Zijn taak is:

'[...] dat hij het overheidsoptreden moet houden binnen de grenzen van het recht. Binnen die grenzen geeft de bestuursrechter geen oordeel over de vraag of hij het eens of oneens is met dat handelen. De (politieke) verantwoordelijkheid voor de keuzen binnen de grenzen van het recht ligt bij het democratisch gekozen of gelegitimeerde bestuur, niet bij de rechter.'

Het is daarom niet de taak van de bestuursrechter om te bepalen of de minister toepassing moet geven aan de hardheidsclausule: de bestuursrechter controleert of de minister is gebleven binnen 'de in dit geval grote beleids- en beoordelingsruimte die de wet hem biedt. Dit wordt wel aangeduid met marginale of terughoudende toetsing door de bestuursrechter', aldus de voorzieningenrechter.

De marginale rechterlijke toetsing is wellicht het meest sprekende voorbeeld van de bestuursrechter als grensrechter in plaats van als scheidsrechter

* Mr.dr. R. Ortlep is als universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Moutaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht. Mr. W.S. Zorg is aan dezelfde universiteit verbonden als docent staats- en bestuursrecht.

- 1 Jaarverslag Raad van State over 2000, p. 23-24. Al de in deze bijdrage genoemde jaarverslagen van de Raad van State zijn te vinden op www.raadvanstate.nl.
- 2 Vgl. R.H. de Bock, 'De rechter als scheidsrechter of grensrechter?', in: A.F.M. Brenninkmeijer (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: BJu 2003, p. 101-109.
- 3 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AW2811.
- 4 Vgl. B.W.N. de Waard, 'Maxis en Praxis. Verbod van willekeur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 339-350. Zie R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 371 e.v.
- 5 E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (VAR-reeks 154)*, Den Haag: BJu 2015, p. 7-58 (hierna: Hirsch Ballin 2015a), i.h.b. p. 26. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, 'De constitutie van het bestuursprocesrecht', in:



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

A.T. Marseille e.a. (red.), *Be hoorlijk bestuursprocesrecht* (De Waard-bundel), Den Haag: BJu 2015, p. 19-30 (hierna: Hirsch Ballin 2015b), i.h.b. p. 26 e.v. Zie A.P. Klap, 'Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing', *Bestuurswetenschappen* 1996, afl. 4, p. 242-258.

6 T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015/24, p. 1583.

7 Overigens ook omdat vaststaat dat de bestuursrechter – als gevolg van het Europese recht – zelfstandig en zonder terughoudendheid toetst of een bestuurlijke punitieve sanctie in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Vgl. M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht', *JBplus* 2015, afl. 4, p. 220-242; F.C.M.A. Michiels, 'Over de betekenis van het evenredigheidsvereiste bij bestuurlijke sancties', in: Marseille e.a. 2015, p. 363-382. Verder R. Olivier, 'Bestuurlijke boetes vol getoetst?', *AA* 2014, afl. 5, p. 329-339.

De marginale rechterlijke toetsing is wellicht het meest sprekende voorbeeld van de bestuursrechter als grensrechter in plaats van als scheidsrechter. Al jarenlang worden ook studenten (zeker in de beginjaren) opgeleid met een geconditioneerde respons: bij beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan dient de bestuursrechter marginaal te toetsen. Deze marginale rechterlijke toetsing betreft – kort gezegd – de toetsing aan het willekeurverbod, als onderdeel van het evenredigheidsbeginsel.⁴ De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bij marginale toetsing geminimaliseerd. Dit terwijl het beginsel in potentie een bijzondere rol in het bestuursrecht kan spelen. Het evenredigheidsbeginsel kan namelijk toegepast worden om de eigenmachtigheid van het bestuur tegen te gaan en om de belangen van verschillende maatschappelijke actoren zo goed mogelijk te beschermen. Dat de rechterlijke toetsing beperkt wordt – en daarmee de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel geminimaliseerd – is gestoeld op de gedachte dat daar waar de wetgever ten gunste van het bestuur is teruggetreden, enkel democratische controle op zijn plaats is. Het bestuur, zo is de doctrine, weegt onder politieke aansturing de belangen af en moet zich daarvoor politiek verantwoorden ten overstaan van vertegenwoordigende lichamen. Treedt de bestuursrechter hierin dan verstoort hij het democratisch proces.⁵ Binnen de verhouding tussen de drie staatsmachten zou de rechter de minste democratische legitimatie hebben.

In dat stelsel past een meer terughoudende rol, zo is de gedachte. Het verklaart tevens de opvatting die de Raad van State in 2000 nog expliciet in zijn jaarverslag optekende.

Barkhuysen bespeurde recent een ontwikkeling ten aanzien van de marginale rechterlijke toetsing die dicht in de buurt komt van een revolutie. Voor ons een mooie aanleiding om in deze bijdrage de vraag te beantwoorden of van een dergelijke ontwikkeling sprake is

Barkhuysen bespeurde recent een ontwikkeling ten aanzien van de marginale rechterlijke toetsing die dicht in de buurt komt van een revolutie (vergelijk hierover paragraaf 3).⁶ Voor ons een mooie aanleiding om in deze bijdrage de vraag te beantwoorden of van een dergelijke ontwikkeling sprake is en, zo ja, of zij van algemene aard is. Omdat ons maar een beperkte ruimte ter beschikking staat, gaan wij in deze bijdrage niet in op de rechterlijke toetsing van een bestuurlijke punitieve sanctie.⁷ Om dezelfde reden is ervoor gekozen om het Europees recht buiten be-

schouwing te laten.⁸ Wij richten ons in deze bijdrage hoofdzakelijk op de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak). Ten behoeve van de in deze bijdrage centraal gestelde vraag bespreken wij allereerst de historische context van de hierboven genoemde geconditioneerde respons (paragraaf 2), om vervolgens de centrale vraag te beantwoorden (paragraaf 3). We sluiten deze bijdrage af met een conclusie en een slotopmerking (paragraaf 4).

Hier te lande is men lang blijven hangen in het oude verbod van willekeur in de vorm van marginale rechterlijke toetsing

2 Historie geconditioneerde respons

Anders dan in een aantal andere Europese landen, met Duitsland als het meest bekende voorbeeld, bestaat er in Nederland geen sterke traditie om evenredigheid te beschouwen als een belangrijk beschermingsinstrument voor de burger ten opzichte van het bestuur. Hier te lande is men lang blijven hangen in het oude verbod van willekeur in de vorm van marginale rechterlijke toetsing.⁹ Wat daaronder dient te worden verstaan komt goed naar voren in het volgende citaat van De Waard:

'Als de mogelijke beoordelingen op een schaal zouden worden uitgezet, met aan de ene zijde de gevallen of uitkomsten die iedereen apert onjuist zou vinden en aan de andere zijde de gevallen of uitkomsten die iedereen zonder meer juist zou vinden, dan wordt bij een marginale toetsing de grens van het acceptabele niet in het midden getrokken, maar als een marge: alleen het apert onjuiste is onaanvaardbaar, maar naast het apert juiste wordt ook het grijze tussengebied waarover verschil van mening mogelijk is geaccepteerd.'¹⁰

Het verbod van willekeur wordt in de literatuur direct in verband gebracht met het *Doetinchemse Woonruimteverbod*-arrest.¹¹ In dat arrest draaide het om een (psychisch) kwetsbaar echtpaar dat geconfronteerd werd met een besluit van de burgemeester van de gemeente Doetinchem. Deze vorderde in een tijd van grote woningnood, op 31 oktober 1947, een gedeelte van de aan dit echtpaar ter beschikking staande woning, als woonruimte voor een gezin met twee kinderen. Een vorm van misbruik van recht, aldus de rechtbank en het gerechtshof. Het gerechtshof overwoog daarbij dat de grenzen, waarbinnen de overheid in haar handelingen vrij moet zijn, in de Woonruimtetwet 1947 ruim werden getrokken, maar dit toch niet uitsloot dat misbruik van recht aanwezig kon zijn, indien een grote onevenredigheid bestond in de afweging van de aan de overheid toevertrouwde belangen in verband met de schending van een subjectief recht. De Hoge Raad boog zich over de zaak en casseerde. De waardering van de in aanmerking komende belangen is overgelaten aan het bestuur en de rechter kon daar *niet* uit hoofde van een andere waardering van belangen tussen komen. Daar bestond alleen ruimte voor, aldus de Hoge Raad, indien het bestuur 'bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot [het besluit] heeft kunnen komen, en dus afweging

van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad'. Om misverstanden te vermijden: bij de (definitieve) introductie door de Hoge Raad van de marginale rechterlijke toetsing ging het toentertijd niet om een beperking maar juist om een verruiming van de rechtsbescherming van de burger ten opzichte van het bestuur. De rechter drong, anders dan voorheen, als het ware door tot het *freie Ermessen* (beleids- en/of beoordelingsvrijheid) van het bestuur.¹²

Met de inwerkingtreding van de Awb heeft de wetgever ervoor gekozen om het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. In de parlementaire geschiedenis van dat artikel zijn vragen gesteld over de rol van de bestuursrechter bij de toetsing van de beleids- en/of beoordelingsvrijheid.¹³ Zo werd onder meer de vraag gesteld of de regering het standpunt onderschreef dat door toepassing van het evenredigheidsbeginsel de belangenafweging van het bestuur niet in verdergaande mate zou (kunnen) worden getoetst. De beantwoording van die vraag liet aan duidelijkheid niet te wensen over. Met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb was niet beoogd dat de rechtspraak zou komen tot een meer stringente controle van de bestuurlijke afweging dan op dat moment het geval was, aldus de regering.¹⁴ Niettemin rees er twijfel over de vraag of de bestuursrechter na inwerkingtreding van de Awb volledig aan het evenredigheidsbeginsel zou mogen toetsen. Die twijfel werd kracht bijgezet door een uitspraak van de rechtbank Roermond inzake *Maxis en Praxis*. Geconfronteerd met een vrijstellingsbesluit van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Venlo, ten behoeve van de vestiging van een winkel van Kwantum Nederland B.V., was de rechtbank streng. Door het verlenen van de vrijstelling werd een voorschot genomen op de besluitvorming door de gemeenteraad en werd deze voor een voldongen feit geplaatst. Daarmee werden (tevens) aan derden toekomstige procedurele waarborgen illusoir. De nadelige gevolgen van het besluit tot verlening van de vrijstelling waren daarmee onevenredig ten opzichte van de met dat besluit te dienen doelen. Daarom kwam dat besluit wegens strijd met het bepaalde in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking, aldus de rechtbank. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde echter in hoger beroep op de volgende wijze dat de rechtbank blijf gaf van een onjuiste opvatting over de betekenis van dat artikel voor de rechterlijke toetsing:

'Bij artikel 3:4, tweede lid, van de Awb is bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Met dit tot het bestuur gerichte voorschrift heeft de wetgever niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren [...]. Volgens de memorie van antwoord (Kamerstukken II, 1990-1991, 21221, nr. 5, p. 55 e.v.) is het niet de bedoeling dat de rechter gaat beoordelen, welke nadelige gevolgen nog wel en welke niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd. Dit standpunt van de wetgever is gebaseerd op de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen. Uit de memorie van antwoord blijkt ook dat met de formulering van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, met toepassing van een dubbele ontkenning ('niet onevenredig') is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur.'¹⁵

- 8 Vgl. R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Marginale rechterlijke toetsing onder druk: een voortgaande tred vooruit?', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oosterwijk: WLP 2016, p. 1-18, i.h.b. p. 9 e.v. en nadien ABRvS 7 juni 2017, ECLI: NL:RVS:2017:1520. Zie R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Judicial Protection', in: J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, p. 331-434, i.h.b. p. 399 e.v.; M. Reneman, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 265 e.v. Verder J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.
- 9 Vgl. S.H. Ranchordás, 'Evenredigheid in perspectief: het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht rechtsvergelijkend bezien', in: Marseille e.a. 2015, p. 31-44. Verder Gerards 2007, p. 111.
- 10 B.W.N. de Waard, 'Marginale toetsing en evenredigheid', in: J.A.F. Peters e.a. (red.), *Getuigend staatsrecht* (Koekkoekbundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 363-385, i.h.b. p. 369.
- 11 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558; *AB* 1949, p. 788.
- 12 Vgl. J.E.M. Polak, 'Interventie', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015* (VAR-reeks 155), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 25-27, i.h.b. p. 26.
- 13 Vgl. De Waard 2016, p. 339-350; Ranchordás 2015, p. 40 e.v.
- 14 *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, 5, p. 55 e.v.
- 15 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink; *Rawb* 1996/104, m.nt. B.W.N. de Waard.

De door de Afdeling bestuursrechtspraak ingezette lijn in de *Maxis en Praxis*-uitspraak is vaste rechtspraak geworden. Daarbij is cruciaal dat artikel 3:4, tweede lid, van de Awb zich volgens de rechtspraak richt tot het bestuursorgaan en dat niet is beoogd om de rechterlijke toetsing te intensiveren. De toepassing van de beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan dient te voldoen aan een evenwichtig resultaat, zoals neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. De rechterlijke toetsing komt daarmee neer op een toetsing aan het verbod van willekeur. De afweging die ten grondslag ligt aan een besluit van het bestuursorgaan dient daaraan getoetst te worden; het mag niet neerkomen op een zelfstandige rechterlijke herwaardering van de belangen. Gaat het om de uitoefening van een bevoegdheid waarbij het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid heeft, dan beperkt de bestuursrechter zich dus tot de vraag of er sprake is van een zodanige onevenredigheid tussen het doel waartoe besloten is tot aanwending van een dergelijke bevoegdheid en de nadelige gevolgen daarvan voor belanghebbenden, dat de uitkomst van de bestuurlijke belangenafweging als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt.¹⁶ Hirsch Ballin heeft over die rechtspraak opgemerkt dat voor het evenredigheidsbeginsel daarmee geldt dat slechts wanneer de rechter kennelijke onevenredigheid tussen algemeen belang en individueel belang constateert, hij schending van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb zal aannemen: 'een soort terughoudendheid in het kwadraat'.¹⁷

De marginale rechterlijke toetsing was lange tijd relatief rustig bezit. Heden ten dage lijkt er echter, in de woorden van Barkhuysen, sprake van een ontwikkeling die dicht in de buurt komt van een revolutie

3 Naar toetsing op maat?

3.1 Discussie in de literatuur

De marginale rechterlijke toetsing was lange tijd relatief rustig bezit. Heden ten dage lijkt er echter, in de woorden van Barkhuysen, sprake van een ontwikkeling die dicht in de buurt komt van een revolutie. Hij doet daarmee onder meer op het preadvies van Hirsch Ballin uit 2015.¹⁸ In dat preadvies betoogt Hirsch Ballin dat de – in onze woorden – geconditioneerde respons van de bestuursrechter om bij beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan marginaal te toetsen bijstelling behoeft. Hirsch Ballin plaatst een aantal kanttekeningen bij de gedachten achter de marginale rechterlijke toetsing. Die marginale toetsing is – zoals eerder opgemerkt – gebaseerd op de gedachte dat daar waar de wetgever ten gunste van het bestuur is teruggetreden, enkel democratische controle op zijn plaats is. Het bestuur zou onder politieke aansturing de belangen afwegen en zich daarvoor politiek moeten verantwoorden ten overstaan van vertegenwoordigende lichamen. Zou de bestuursrechter daarin treden, dan zou hij

het democratisch proces verstoren. Hirsch Ballin adresseert in zijn preadvies de 'ontoelaatbaarheid van een situatie waarin de ruimte voor het bestuur, voor de rechterlijke taak een vacuum is'.¹⁹ Daarnaast bespreekt hij de veranderingen in de constitutionele verhoudingen, met name de onvoldoende democratische legitimatie van het bestuur als gevolg van de terugtrekkende, soms onzorgvuldige wetgever, dat (daarmee) het overgrote deel van de besluiten van bestuursorganen tot stand komt zonder directe politieke aansturing of controle, alsmede de behoefte aan een bestuursrechter die geschillen (definitief) oplost. Hirsch Ballin bepleit een meer genuanceerde benadering van de rechterlijke toetsing, waarbij de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing moet zijn.²⁰ In reactie op dit pleidooi merkte Polak, destijds de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, op dat het gaat om een terughoudende toetsing en niet om een rechtsvrije sfeer:

'Integendeel: toetsing aan het recht, met name aan eisen van rechtszekerheid, motivering en zorgvuldigheid. [...] Het marginale is alleen van toepassing voor zover een bestuursorgaan beoordelings- of beleidsvrijheid heeft. De plicht tot belangen afwegen en draagkrachtig motiveren geldt onverkort, ook bij beoordelings- en beleidsvrijheid. [...] Kortom: als de term marginale toetsing het misverstand oproept dat er een rechtsvrije sfeer is, moeten we van die term af, want dat is echt een misverstand, naar mijn gevoel ook historisch. [...] Marginale toetsing is begonnen [met het *Doetinchemse Woonruimteverbod*-arrest] ter verbreding van de rechtsbescherming, maar als er nu het misverstand aan verbonden wordt dat de rechter een rechtsvrije sfeer zou moeten laten bestaan, moeten we daarvan af.²¹

Ook naar onze indruk heeft de marginale rechterlijke toetsing niet als resultaat dat er sprake is van een rechtsvrije sfeer (vacuum), maar roept een dergelijke toetsing wellicht wel die associatie op. Bestuursbevoegdheden kunnen weliswaar ruim zijn, maar zij kunnen in een rechtsstaat nimmer onbegrensd zijn. Met dat als uitgangspunt is de discussie ook in een aantal andere Europese landen voornamelijk gericht op de vraag of de rechtsstaat ertoe noopt dat de rechter zelf de evenredigheid van het bestuurshandelen mag en moet beoordelen zodra er sprake is van ruime bestuursbevoegdheden; een discussie die – zoals gezegd – samenhangt met de verhouding tussen de drie staatsmachten.²²

Bestuursbevoegdheden kunnen weliswaar ruim zijn, maar zij kunnen in een rechtsstaat nimmer onbegrensd zijn

3.2 Afdeling bestuursrechtspraak

Naast de hierboven besproken reactie van Polak, is er ook in het jaarverslag van de Raad van State over 2015 en 2016 aan de hand van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak aandacht geschonken aan de marginale rechterlijke toetsing. In het jaarverslag over 2015 komt tot uitdrukking dat de (Afdeling bestuursrechtspraak van de) Raad van State zich de kritiek uit de literatuur heeft aange-trokken. De raad merkt in dat jaarverslag op dat de indringendheid van de toetsing door de Afdeling

16 Vgl. A.P. Klap, 'Rechterlijke toetsing aan vage normen in Nederland en Duitsland', in: A.P. Klap, F.T. Groenewegen & J.R. van Angeren, *Toetsing aan vage normen door de bestuursrechter in het Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse recht. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 1-78. Zie De Waard 2016, p. 339-350.

17 Hirsch Ballin 2015a, p. 22, met verwijzing naar H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 330.

18 Hirsch Ballin 2015a, p. 7-58. Vgl. hierover de recensie van S.E. Zijlstra, 'E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak', *NTB* 2015/16. Zie De Waard 2016, p. 349-350.

19 Hirsch Ballin 2015a, p. 27.

20 Hirsch Ballin 2015a, p. 47 e.v.

21 Polak 2016, p. 26.

22 Vgl. de verschillende bijdragen in S.H. Ranchordás & B.W.N. de Waard (red.), *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, Abingdon, Oxon/ New York: Routledge 2016.

bestuursrechtspraak van besluiten waarbij aan het bestuursorgaan door de wetgever 'afwegingsruimte' is toegekend, ofwel in de vorm van beleidsvrijheid ofwel in de vorm van beoordelingsvrijheid, een toetsing is die – ook buiten bestuurlijke punitieve sancties – meer is dan marginaal.²³ De raad wijst hierbij op de uitspraak over het alcoholslotprogramma²⁴ en de uitspraak inzake de gaswinning in Groningen.²⁵ In de laatstgenoemde uitspraak overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak:

'De beoordeling op grond van artikel 36, eerste lid, van de Mijnbouwwet moet door de minister [van Economische Zaken] worden gemaakt. De rechter kan, gelet op de aard van de bevoegdheid zoals deze in de Mijnbouwwet is omschreven, zijn eigen oordeel niet in de plaats stellen van het oordeel van de minister, die bij zijn afweging ruimte toekomt en zich ter zake door deskundigen kan laten adviseren. De minister kan over zijn besluitvorming ter verantwoording worden geroepen door de Staten-Generaal en dat is in deze zaak feitelijk ook meermalen gebeurd. Dit laat onverlet dat de besluitvorming van de minister is onderworpen aan rechterlijke toetsing. De Afdeling dient met name te beoordelen of het besluit van de minister en de daaraan ten grondslag gelegde afweging in overeenstemming is met het in artikel 36 van de Mijnbouwwet gestelde kader, berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen, en deugdelijk is gemotiveerd. Daarnaast beziet de Afdeling of de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

Naar aanleiding van deze uitspraken benadrukt de Raad van State dat het feit dat het gaat om bevoegdheden waarbij aan het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid is toegekend, betekent dat het bestuursorgaan 'afwegingsruimte' heeft. De bestuursrechter moet niet zijn eigen oordeel over de afweging van de betrokken belangen in de plaats van die van het bestuursorgaan stellen. Dit laat echter onverlet, aldus dat jaarverslag, en in overeenstemming met de hierboven besproken reactie van Polak, dat een toetsing aan de eisen van het recht moet plaatsvinden, waaronder die van evenredigheid en deugdelijke motivering.²⁶ Een concrete uitwerking hiervan, als recent voorbeeld, biedt de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 17 mei 2017.²⁷ In deze zaak was door een ernstig zieke vader een gemarkeerde parkeerplaats aangevraagd ter hoogte van de woning van zijn nabij wonende zoon. Als mantelzorger had de zoon onder meer de taak zijn vader met regelmaat, en soms met spoed, vanuit Zaandam naar een gespecialiseerd ziekenhuis in Amsterdam Slotervaart te brengen. Een gemarkeerde parkeerplaats zou ervoor moeten zorgen dat hij te allen tijde snel in de auto kon stappen en voor kon komen rijden. Het college van burgemeester en wethouders van Zaanstad weigerde de gevraagde parkeerplaats, onder meer omdat het ter zake vastgestelde beleid het toekennen van een parkeerplaats voor mantelzorgers (in de buurt van de woning) niet toestond. Waar de rechtbank het accent legde op een marginale toetsing van de belangenafweging en tot het oordeel kwam dat de weigering 'niet onredelijk' was, grijpt de Afdeling bestuursrechtspraak deze zaak aan om indringend te toetsen aan de eisen van een zorgvuldige voorbereiding en een deugdelijke motivering. Deze, in de woorden van Bröring, volle rechtmatigheidstoets dwingt, na vernietiging van de rechtbankuitspraak en het bestreden besluit, in dit geval het bestuursorgaan tot een maatwerkbeslissing.²⁸

Als het bestuursorgaan een 'nieuwe aanvraag' op inhoudelijke gronden afwijst, is niet langer de geconditioneerde respons dat de rechter de afwijzing respecteert; hij dient over te gaan tot een rechterlijke toetsing alsof dit het eerste besluit op de aanvraag is

Ook in het jaarverslag over 2016 wordt aan de hand van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak aandacht geschonken aan de marginale rechterlijke toetsing.²⁹ Twee uitspraken treden daarbij voor ons op de voorgrond, omdat zij verband houden met twee algemene leerstukken uit het bestuursrecht en niet samenhangen met de specifieke kenmerken van het betrokken rechtsgebied. Allereerst betreft dat het einde van het zogeheten *ne-bis*-beoordelingskader. Deze koerswijziging is eerst door de Afdeling bestuursrechtspraak, naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Procedurerichtlijn 2013/32/EU, ingezet met betrekking tot vreemdelingenrechtelijke zaken.³⁰ Kort daarna is zij met het oog op de rechtseenheid doorgetrokken naar het gehele bestuursrecht.³¹ Samengevat is het gevolg van deze wijziging dat de bestuursrechter bij een (volgens de tekst van art. 4:6, eerste lid, van de Awb) 'nieuwe aanvraag' niet meer uit zichzelf (ambtshalve) toetst of er nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (*nova*) naar voren zijn gebracht, maar de bestuursrechter het besluit van het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt. Als het bestuursorgaan een 'nieuwe aanvraag' op inhoudelijke gronden heeft afgewezen, in plaats van te beoordelen of er nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (*nova*) zijn, wordt het besluit getoetst alsof dit het eerste besluit op de aanvraag is. Bovendien geldt dat als het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (*nova*) zijn, de bestuursrechter toch aan de hand van wat de belanghebbende heeft aangevoerd tot het oordeel kan komen dat het besluit om niet tot heroverweging over te gaan 'evident onredelijk' is. Hoewel het nog niet geheel duidelijk is wat met het laatste is bedoeld,³² is met deze rechtspraak een belangrijke stap gezet: bestuursbevoegdheden kunnen ruim zijn, maar zij kunnen in een rechtsstaat niet in een rechtsvrije sfeer verkeren. Als het bestuursorgaan een 'nieuwe aanvraag' op inhoudelijke gronden afwijst, is niet langer de geconditioneerde respons dat de rechter de afwijzing respecteert; hij dient over te gaan tot een rechterlijke toetsing alsof dit het eerste besluit op de aanvraag is.

De tweede koerswijziging die hier genoemd wordt betreft – kort gezegd – de rechterlijke toetsing van beleidsregels. In paragraaf 3.1 is het betoog van Hirsch Ballin besproken dat het overgrote deel van de besluiten van bestuursorganen tot stand komt zonder directe politieke aansturing of controle. Beleidsregels zijn hier geen uitzondering op. Beleidsregels kunnen weliswaar door het politiek verantwoordelijke orgaan worden vastgesteld, maar

23 Jaarverslag Raad van State over 2015, p. 65 e.v.

24 ABRvS 4 maart 2015, ECLI: NL:RVS:2015:622.

25 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578.

Voorts wordt hier gewezen op de uitspraak van de ABRvS (24 december 2014, ECLI: NL:RVS:2014:4668) waarin is geoordeeld dat de vaststelling van de omvang van het normale maatschappelijke risico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is, dat daarbij beoordelingsruimte toekomt. Door hier te wijzen op de beoordelingsruimte van het bestuursorgaan, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak expliciet gemaakt dat de bestuursrechter dienaangaande niet marginaal toetst en zijn eigen oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan kan stellen. Zie G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015, p. 88 e.v.

26 Jaarverslag Raad van State over 2015, p. 67. Zie De Bock 2003, p. 105 e.v.

27 ABRvS 17 mei 2017, ECLI: NL:RVS:2017:1314; AB 2017/270.

28 Zijn annotatie onder ABRvS 17 mei 2017, AB 2017/270.

29 Jaarverslag Raad van State over 2016, p. 28, p. 30-31 en p. 59 e.v.

30 ABRvS 22 juni 2016, ECLI: NL:RVS:2016:1759.

31 ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131. De CRvB (20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872) en het CBB (24 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:190) hebben zich hierbij aangesloten. Vgl. A.T. Marseille, 'Het einde van de bestuursrechtelijke ne bis in idem-rechtspraak', AA 2017, afl. 4, p. 321-326 (AA20170321); T. Groot, 'Artikel 4:6 Awb en ne bis-jurisprudentie: over de consequenties voor het bestuur', *JBplus* 2017, afl. 2.

32 Vgl. de literatuur genoemd in voetnoot 31.

omdat zij doorgaans het resultaat zijn van bestedige praktijken van het bestuur, gaat het eerder om (politieke) bijsturing.³³ Het is in die zin dan ook toe te juichen dat de Afdeling bestuursrechtspraak – anders dan voorheen – in 2016 heeft geoordeeld dat de bestuursrechter indringender dient te toetsen als het bestuursorgaan toepassing geeft aan zijn beleidsregels.³⁴ Het bestuursorgaan dient overeenkomstig een beleidsregel te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbende(n) gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.³⁵ Lange tijd was de lijn in de rechtspraak dat van zulke bijzondere omstandigheden alleen sprake was als het ging om omstandigheden waarmee bij het vaststellen van de desbetreffende beleidsregel geen rekening kon worden gehouden. Meer juridisch gezegd, omstandigheden die (geacht werden) reeds in de desbetreffende beleidsregel (te) zijn verdisconteerd, waren geen bijzondere omstandigheden die konden nopen tot afwijking van die beleidsregel. Met dank aan de door de Afdeling bestuursrechtspraak ingezette koerswijziging is het echter thans zo dat die verdisconteerde omstandigheden niet enkel en alleen vanwege die reden buiten beschouwing kunnen worden gelaten. In de praktijk, zo is de redenering, is gebleken dat ook al zijn omstandigheden bij het opstellen van een beleidsregel bezien, vooraf vaak niet kan worden voorzien of zij alleen of tezamen in een concreet geval tot onevenredige gevolgen leiden. Het is om die reden dat het bestuursorgaan thans in zijn besluitvorming steeds alle omstandigheden van het geval mee dient te nemen om vervolgens te bezien of deze aangemerkt moeten worden als bijzondere omstandigheden die betekenen dat het handelen conform een beleidsregel onevenredige gevolgen zou hebben. Deze koerswijziging vraagt niet alleen meer maatwerk van het bestuursorgaan bij de toepassing van zijn beleidsregel, maar ook van de bestuursrechter wanneer hij die toepassing toetst.

4 Conclusie en slotopmerking

Hoewel de ontwikkeling ten aanzien van de marginale rechterlijke toetsing nog gaande is, komt in deze bijdrage tot uitdrukking dat deze van algemene aard is en niet samenhangt met de specifieke kenmerken van de betrokken rechtsgebieden. Dit blijkt uit het feit dat de discussie over de marginale rechterlijke toetsing op meta-niveau plaatsvindt, in de zin van de herijking van de verhoudingen tussen de drie staatsmachten. Het blijkt ook uit de rechtspraak over leerstukken die het gehele bestuursrecht betreffen. Een geconditioneerde respons van de bestuursrechter om bij ruime bestuursbevoegdheden terughoudendheid te betrachten maakt steeds meer plaats voor toetsing op maat. In de rechtspraak klinkt de echo van het betoog van Hirsch Ballin door: de evenredigheid als beschermingsinstrument voor de burger ten opzichte van het bestuur vereist een meer genuanceerde benadering voor de rechterlijke toetsing. De aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing moet zijn. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt zich daarvan bewust. Er is niet één manier van rechterlijke toetsing, er dient juist ruimte te zijn voor maatwerk; onder meer ingegeven door hetgeen procespartijen naar voren brengen, de kennis en inzicht van de deskundigheid over het bestreden besluit en het totaaloverzicht van de daarbij betrokken rechtsverhoudingen.³⁶ Bij het voorgaande past de slotopmerking dat de bestuursrechter zich mede vanwege het gebrek aan deskundigheid ervan dient te onthouden om zijn eigen oordeel over de afweging van de betrokken belangen in de plaats van dat van het bestuursorgaan te stellen.³⁷ De bestuursrechter dient evenwel te toetsen of het besluit is voorzien van een controleerbare motivering. Dit betekent voor de bestuursrechter concreet dat hij zijn toetsing ook op dat punt inzichtelijk maakt door precies te motiveren hoe wordt getoetst en wat daarvan de uitkomst is.³⁸

33 Hirsch Ballin 2015b, p. 27.

34 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840. De CRvB (12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2560; 11 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3477) heeft zich hierbij inmiddels aangesloten.

35 Art. 4:84 Awb.

36 Polak 2016, p. 26-27.

37 Vgl. ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890; ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:89.

38 R.J.N. Schlössels, 'Kroniek. Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2016/47, p. 356-365, i.h.b. p. 358.