

Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht

NTB 2018/30

1. Inleiding

Zoals de lezers van het NTB vermoedelijk weten, heb ik in mijn conclusie in de zaak *Purmerend* de Afdeling bestuursrechtspraak en – via de grote kamer – de andere hoogste bestuursrechters geadviseerd om hun principiële terughoudendheid bij de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen enigszins los te laten.² Zij zouden dergelijke voorschriften niet alleen buiten toepassing moeten laten of onverbindend moeten verklaren als sprake is van willekeur volgens de formule van *Landbouwwliegers*,³ maar reeds bij de enkele strijd met een formeel of materieel algemeen rechtsbeginsel. Mijn standpunt is deels ingegeven door het gegeven dat de formele wetgeving, die over het algemeen nog wel democratisch is gelegitimeerd, in hoge mate is ‘geinstrumentaliseerd’ en zich veelal beperkt tot het bieden van een wettelijke delegatiegrondslag voor nadere regelgeving (i.e. terugtred van de wetgever) die door het ‘partijdige’ bestuur, dat niet of in beperkte mate democratisch wordt gelegitimeerd, naar believen kan worden vastgesteld.⁴ Daarmee is de reden voor de ‘doctrinaire afstandelijkheid’ van de rechter ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften, namelijk dat die voorschriften direct of indirect onder democratische controle staan, lang niet altijd realiteit. Deze vervaging van de grenzen tussen wetgever en bestuur vraagt om een respons van de rechter ten einde het evenwicht binnen de Trias te herstellen en die respons is volgens mij een meer indringende rechterlijke (exceptieve) toetsing van algemene voorschriften. Bij mijn standpunt speelt ook een rol dat de exceptieve rechterlijke toetsing van algemene regels aan het recht een principieel andere is dan de politieke controle door de democratische organen, onder meer omdat zij plaatsvindt in concrete zaken en dus rekening kan houden met de ingrijpende gevolgen die algemene regels blijken te hebben voor bepaalde groepen burgers, die bij de vaststelling van het voorschrift onvoldoende onder ogen zijn gezien. Deze ‘benefit of hindsight’ stelt de rechter in staat om een toetsing te verrichten die wat toe-

voegt aan de politieke controle door vertegenwoordigende organen (als die er al is geweest).⁵

Met de vaststelling dat in een responsief bestuursrecht, dat reageert op een veranderende bestuurspraktijk, een intensievere exceptieve toetsing door de rechter gewenst is, is nog niet bepaald hoe intensief die toetsing precies moet zijn en op welke wijze die intensivering moet plaatsvinden. In mijn conclusie kies ik in dit verband, zoals ik hierna in paragraaf 2 nader toelicht, voor een meer gestructureerde toets aan het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid, Awb) en vooral voor een toetsing met consequenties aan de formele rechtsbeginselen van zorgvuldigheid (art. 3:2 Awb) en motivering. Die prominente rol van formele beginselen kan wellicht vragen oproepen. Wat schieten we op met zo’n formele toetsing? Leidt zij niet tot vaststelling van onrechtmatigheden die achteraf kunnen worden gerepareerd? Worden burgers niet blij gemaakt met een ‘dode mus’? In het vervolg van deze bijdrage zal ik betogen dat die kritiek mijns inziens niet terecht is, maar ook dat er volgens mij nog winst valt te behalen (par. 3).

2. Formeel is het nieuwe materieel

Zoals gezegd zoek ik de intensivering van de exceptieve toetsing in de eerste plaats in verdere ontwikkeling van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4, tweede lid, Awb. Zoals de wetgever destijds bij de vaststelling van die bepaling heeft gesuggereerd,⁶ zou de rechter zich daarbij kunnen oriënteren op de drietrapstoetsing die het Hof van Justitie bij de toepassing van het Europese evenredigheidsbeginsel verricht op, kort gezegd, geschiktheid (inclusief coherentie), noodzakelijkheid en evenredigheid *sensu stricto* (evenwichtigheid in het concrete geval).⁷ De intensiteit van de toetsing hangt daarbij af van de aard van de bevoegdheid en de aard van de aangetaste belangen. Vanwege de aard van de regelgevingsbevoegdheid – en de discretionaire ruimte die de Uniewetgever vanwege zijn politieke verantwoordelijkheid daarbij heeft – is de materiële toetsing van EU-regelgeving aan evenredigheid door het Hof over het algemeen terughoudend. Een EU-regeling wordt

1 Rob Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

2 Conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

3 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*).

4 Zie de conclusie, punt 8.1, onder verwijzing naar de in par. 7 van de conclusie vermelde literatuur, onder meer J.E.M. Polak, ‘Onrechtmatige wetgeving’, in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving*, Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel I, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 103-194 en E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-reeks 154, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58. Zie in aanvulling daarop ook L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 271-302.

5 Om misverstanden te vermijden: het in de (exceptieve) toetsing betrekken van zaken die hebben plaatsgevonden na de inwerkingtreding van het algemeen verbindend voorschrift betreft naar mijn opvatting geen *ex nunc*-toetsing van die voorschriften. Wel gebruikt de rechter – zoals de ABRvS in de alcoholslot-uitspraak van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 – zaken die inmiddels door hem zijn afgedaan als onderbouwing van de constatering dat de regelgever ten tijde van de vaststelling van de voorschriften (*ex tunc*) is uitgegaan van veronderstellingen die niet blijken te kloppen. Men kan deze toetsing aanmerken als retrospectieve *ex tunc*-toets.

6 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, in: *PG Awb I*, p. 211.

7 Zie punt 7.8 van de conclusie, onder verwijzing naar onder meer J.E. van den Brink e.a., ‘Rechtsbeginselen en fundamentele rechten’, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri*, 2017 (vierde druk), p. 176-190, en J. 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.

pas wegens schending van het beginsel onwettig verklaard, als zij 'kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de instelling nagestreefde doel'.⁸ Het Hof laat deze inhoudelijke terughoudendheid vanwege de aangetaste belangen varen als sprake is van een schending van een fundamentele verkeersvrijheid of van een fundamenteel recht, zoals het recht op privacy van art. 7 en 8 Handvest Grondrechten EU.⁹

Is een dergelijke fundamentele vrijheid of fundamenteel recht echter niet aan de orde, dan – en daarmee doen de formele rechtsbeginselen hun intrede – compenseert het Hof sinds begin 2000 de terughoudende materiële toetsing van EU-regels door een 'strict process review'. Om deze toets te doorstaan moet de EU-regelgever alle relevante feiten en omstandigheden van de te reguleren situatie in aanmerking hebben genomen en voldoende hebben onderbouwd dat de maatregel geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is.¹⁰ In Awb-termen betreft het een toetsing aan art. 3:4, tweede lid Awb, via de band van een toetsing op zorgvuldigheid (art. 3:2 Awb) en motivering. Volgens de huidige president van het Hof Koen Lenaerts heeft deze strikte 'process review' als voordeel dat de rechterlijke controle op de besluitvorming door de EU-instellingen wordt versterkt, maar tegelijkertijd wordt voorkomen dat het Hof te zeer binnendringt in het politieke domein.¹¹

Volgens mij zou de Nederlandse bestuursrechter de driestapstoets aan evenredigheid van het Hof moeten overnemen, omdat deze meer structuur biedt dan een ongedifferentieerde toetsing aan evenredigheid en daarmee ook voorspelbaarder is zodat de materiële wetgever daarop kan inspelen.¹² Tegelijkertijd zal ook een meer gestructureerde inhoudelijke toets aan evenredigheid slechts in een beperkt aantal extra gevallen tot onrechtmatigheid leiden, omdat de Nederlandse bestuursrechter, net zoals het Hof van Justitie, huiverig zal zijn om te zeer op de stoel van de bestuurswetgever en de politiek te gaan zitten. De rechter mist immers, nog meer dan het bestuur, de democratische legitimatie om te bepalen welke maatregel inhoudelijk geschikt en noodzakelijk is.¹³ Daarom zullen ze alleen ingrijpen in tamelijk ernstige situaties. Een mooi voorbeeld biedt de al genoemde alcoholslot-uitspraak van de Afdeling,¹⁴ waarin – in termen van het Hof van Justitie – in feite sprake was van een *kennelijke* onevenwichtigheid.

Daarmee is van het door mij gewenste herstel van het evenwicht binnen de Trias onvoldoende sprake. Om dat wel te bereiken zouden de bestuursrechters – in lijn met het Hof van Justitie – ter compensatie van de (nog steeds) terughoudende materiële toetsing aan evenredigheid, deze toetsing moeten aanvullen met een strikte 'process review' van algemeen verbindende voorschriften op zorgvuldigheid en mo-

tivering en zou de enkele schending van die beginselen al moeten leiden tot het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren ervan.¹⁵ Die toetsing aan zorgvuldigheid en motivering is overigens meer dan het 'afvinken' van formele eisen. Waar het om gaat is dat – zoals het Hof van Justitie het stelt – de door het regelgevend orgaan verstrekte gegevens dusdanig beperkt zijn wegens gebrek aan voldoende zorgvuldig onderzoek, dat de rechter op basis daarvan niet kan nagaan of dat voorschrift kennelijk geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is.¹⁶ Daarbij acht ik het overigens toegestaan dat het orgaan de motivering van de regel hangende een procedure van exceptieve toetsing aanvult, mits de wederpartij zich daartegen voldoende kan verweren.¹⁷

3. Geen dode mus

Een punt van kritiek dat men op dit voorstel kan hebben, is of burgers hierdoor niet worden blij gemaakt met een 'dode mus'. Zorgvuldigheidsfouten in de voorbereiding van een algemene regel en motiveringsgebreken die daarvan het gevolg zijn, kunnen door het regelgevende orgaan immers worden hersteld en dan kunnen dezelfde regels opnieuw worden vastgesteld, wellicht met terugwerkende kracht. Hoewel dat soms inderdaad mogelijk zal zijn, is dat naar mijn gevoel zeker niet altijd het geval. Bepalend is in dat verband de ernst van de gebreken, zoals die blijkt uit de overwegingen van de rechterlijke uitspraak. Als het, gelet op die overwegingen, werkelijk gaat om ernstige formele gebreken kan de lat van herstel zodanig hoog zijn, dat het niet goed mogelijk is om de regels op precies dezelfde wijze vast te stellen zonder dat bijvoorbeeld een voorziening wordt getroffen voor groepen burgers wier belangen in de oorspronkelijk regeling onvoldoende zijn meegewogen. In dit verband is een uitstapje naar de Afdelingsuitspraken inzake de *Groningse gaswinning* instructief,¹⁸ ook al betreffen die zaken een beschikking. In de uitspraken wordt het bestreden besluit door de Afdeling vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Tegelijkertijd – en dat is ook geconstateerd in diverse commentaren¹⁹ – zijn de overwegingen van de Afdeling om te komen tot die strijd zodanig verstrekkend dat het voor de Minister van EZ onmogelijk was om een besluit met dezelfde inhoud te nemen (hetgeen ook niet is gebeurd). De ene formele vernietiging is dus de andere niet en een formele vernietiging kan gelet op de overwegingen van de uitspraak wel degelijk tanden hebben.

8 Zaak C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*).

9 Zaak C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*).

10 Vgl. de standaardzaak C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*). Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 182, voor vele andere zaken.

11 Koen Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review', *Yearbook of European Law* 2012, p. 3-16.

12 Zie de conclusie, punt 8.7.

13 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 621-622.

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

15 Zie de conclusie, punt 8.5, en voor een uitwerking van de toetsing aan de formele beginselen, punten 8.8-8.11. In termen van Van den Berge 2016, p. 19 (probleemstelling) kan mijn standpunt worden beschouwd als de 'oplossing' voor de spanning tussen het autonome en relationele bestuursrecht op het terrein van de (exceptieve) rechterlijke toetsing.

16 Vgl. zaak C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*), punt 134.

17 Zie de conclusie, punt 8.10.

18 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning 1*); ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156 (*Gaswinning 2*).

19 Zie bijv. de noten onder *Gaswinning 1* van R.J.N. Schlössels & D.G.J. Sanderink in *JB* 2015/218, en H.E. Bröring en J.G. Brouwer in *AB* 2016/83. Vgl. voor een overzicht, Van den Berge 2016, p. 298.

Om die tanden te versterken, zouden de bestuursrechters nog een stapje verder kunnen gaan. Als een 'process review' van de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift (of een beschikking) negatief uitvalt, zouden zij dit oordeel niet meer moeten baseren op schending van de formele rechtsbeginselen, maar op schending van het evenredigheidsbeginsel zelf. Dat is gebruikelijk bij het Hof van Justitie die, nadat het heeft vastgesteld dat het op grond van de door de instelling verstrekte gegevens niet kan nagaan of de EU-regeling in kwestie niet kennelijk onevenredig is, concludeert dat 'bijgevolg het evenredigheidsbeginsel is geschonden'.²⁰ Voor de Nederlandse bestuursrechter, die alleen tot schending van een materieel beginsel concludeert als vaststaat dat het besluit inhoudelijk incorrect is, is die keuze wellicht wat ongebruikelijk. Volgens mij is het echter goed verdedigbaar dat een rechter die vanwege de geconstateerde formele gebreken niet kan vaststellen of een algemeen verbindend voorschrift (of beschikking) in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, stelt dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden. In de gegeven omstandigheden – gelet op gebrekkige voorbereiding en motivering – is dat oordeel immers correct.

Wellicht zal iemand opmerken dat de keuze voor schending van een materieel beginsel in het geval van een negatieve 'process review' toch vooral 'window dressing' is en niet eraan in de weg hoeft te staan dat het regelgevende orgaan de (formele) gebreken herstelt. Afhankelijk van de rechterlijke overwegingen waarop de vaststelling van die schending gebaseerd is, kan dat – zoals hiervoor al aangegeven – inderdaad het geval zijn. Dat neemt niet weg dat het rechterlijke oordeel dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden een andere signaal uitzendt dan het oordeel dat (slechts) sprake is van schending van het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel. In het laatste geval is de boodschap min of meer dat het allemaal wel meevalt en dat het bestuursorgaan als het maar wat beter zijn best doet, zijn besluit kan handhaven. De keuze voor schending van het evenredigheidsbeginsel moedigt juist aan tot serieuze inhoudelijk heroverweging. Daar komt bij dat de strekking en ernst van het oordeel dat een formeel beginsel is geschonden vaak onduidelijk is. Dat bleek bijvoorbeeld naar aanleiding van de al genoemde Afdelingsuitspraak *Groningse gaswinning 1*, waarbij diverse media – onder meer *Nieuwsuur* – dachten dat de uitspraak van de Afdeling niet heel verstrekkend was, omdat daarin toch vooral motiverings- en zorgvuldigheidsgebreken waren vastgesteld. Kortom, ook vanuit het oogpunt van communicatie van de rechtspraak naar de samenleving heeft mijn suggestie duidelijk voordelen.

4. Afronding

In een responsief bestuursrecht past het volgens mij dat de rechters in reactie op de toenemende vervaging van de grenzen tussen wetgever en bestuur hun exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen intensiveren. Die intensivering zoek ik

niet primair in een striktere inhoudelijke toetsing op evenredigheid (ook al bepleit ik wel een meer gestructureerde toetsing aan dat beginsel), omdat de democratisch niet gelegitimeerde rechter dan te zeer zou binnendringen in het politieke domein. Wel zouden de rechters ter compensatie van de terughoudende inhoudelijke toetsing aan evenredigheid – in lijn met de praktijk van het Hof van Justitie – algemene voorschriften aan een strikte 'process review' op zorgvuldigheid en motivering moeten onderwerpen en zou de enkele schending van die formele beginselen al moeten kunnen leiden tot het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van het voorschrift. In die zin is formeel het nieuwe materieel. Deze formele toetsing kan soms een 'dode mus' blijken te zijn, maar dat zal afhankelijk van de ernst van de door de rechter vastgestelde formele gebreken zeker niet altijd het geval zijn. Bovendien zou de rechter de tanden van een formele toetsing kunnen versterken, doordat hij – opnieuw conform het Hof van Justitie – als een voorschrift de formele toetsing niet doorstaat, een schending vaststelt van het evenredigheidsbeginsel. Dat bevordert de communicatieve functie van de uitspraak en is minder vreemd dan het vanuit de Nederlandse praktijk wellicht lijkt. Als en zolang de rechter vanwege de formele gebreken niet heeft kunnen vaststellen of een voorschrift evenredig is, moet immers worden aangenomen dat het niet evenredig is.

²⁰ Vgl. zaak C-310/04 (*Spanje/Raad*), ECLI:EU:C:2006:521, punt 135.