

Een revolutie in het bestuursrecht?

24 Het bestuursrecht wordt doorgaans niet in verband gebracht met revolutie maar nu is er iets gaande dat daar dicht in de buurt komt. Het betreft de intensiteit waarmee de bestuursrechter overheidsbeslissingen zou moeten toetsen.

Het is sinds jaar en dag vaste rechtspraak dat de rechter overheidsbeslissingen marginaal moet toetsen als het gaat om de vraag of het bestuur een rechtens aanvaardbare beleidskeuze heeft gemaakt bij het afwegen van relevante belangen of een juiste interpretatie heeft gegeven aan vage normen. Anders geformuleerd: als er beleids- of beoordelingsvrijheid bestaat voor het bestuursorgaan moet de rechter terughoudend toetsen. Deze lijn werd ingezet in het klassieke Hoge Raad arrest inzake de Doetinchemse Woonruimtevoordering (NJ 1949/558). Daarin oordeelde de Hoge Raad vrij vertaald dat de rechter niet mag ingrijpen wanneer hij zelf van mening is dat een besluit niet redelijk of onevenredig is, maar pas wanneer een redelijk denkend mens nooit tot het voorliggende besluit zou hebben kunnen komen. Achtergrond van deze benadering is de verhouding tussen rechter, wetgever en bestuur waarbinnen de rechter de minste democratische legitimatie zou hebben.

Met de invoering van de Algemene wet bestuursrecht kwam deze keuze voor marginale toetsing weer even ter discussie te staan. Aanleiding daarvoor was de codificatie van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb waarin is bepaald dat '[d]e voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit (...) niet onevenredig [mogen] zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.' De rechtbank Roermond las daarin een tot de rechter gerichte norm op basis waarvan zij zelf de evenredigheid van het voorliggende besluit tot verlening van toestemming voor de bouw van een Kwantumwinkel zou moeten beoordelen. Volgens de rechtbank beoogde het nieuwe artikel 3:4 lid 2 Awb te breken met de vaste jurisprudentie over de marginale toetsing. De Afdeling bestuursrechtspraak (AB 1997/93) corrigeerde echter onmiddellijk: '[m]et dit tot het bestuur gerichte voorschrift heeft de wetgever niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren (...)' en '(...) is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur.'

Terug naar Doetinchem dus, zij het vanwege artikel 6 EVRM met een uitzondering voor bestraffende bestuurlijke sancties waar de rechter wel zelf en zonder terughoudendheid zijn oordeel over de evenredigheid dient te geven (JB 1996/172). Vervolgens trad er weer een periode in waarin deze jurisprudentielijn relatief weinig weerstand ondervond en waarin de bestuursrechter vaak in rechtsoverwegingen met meervoudige ontkenningen trachtte vooral niet in het vaarwater van het bestuur te komen in situaties waarin sprake is van beleids- of beoordelingsvrijheid. Deze benadering werd zelfs van een extra (theoretisch) fundament voorzien in het artikel 'Balanceeren boven nul' van Daalder en Schreuder-Vlasblom (NTB 2000, p. 214-221).

Pas de laatste jaren wordt deze vaste jurisprudentie opnieuw serieus ter discussie gesteld en nu lijkt het er op

dat er iets meer weerklank ontstaat. Betoogd is dat het vanuit het vereiste van effectieve rechtsbescherming noodzakelijk is dat de bestuursrechter intensiever toetst zeker wanneer er grondrechten in het geding zijn (vgl. Vooraf in NJB 2014/136 en de studie 'Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen'). Een te terughoudende rechter zou ook het risico in het leven roepen van 'deresponsabel' bestuur, een overheid die het niet zo nauw neemt met de zorgvuldigheid in de wetenschap dat de rechter veel ruimte laat (vgl. Vooraf in NJB 2013/2404). Deze signalen zijn in de rechtspraak heel voorzichtig opgepakt, maar alleen als het gaat om niet bestraffende bestuurlijke sancties met een grote impact zoals in het kader van BIBOB-onderzoek (bijv. ECLI:NL:RVS:2012:BW3870). Maar tot een fundamentele koerswijziging is het vooralsnog niet gekomen.

Dat laatste zou mogelijk kunnen veranderen nu – oud-voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak – Hirsch Ballin in zijn in mei 2015 verdedigde VAR-preadvies onder de titel 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak' in meer brede zin een lans breekt voor een actievere bestuursrechter en daarvoor de nodige bijval krijgt (vgl. Zijlstra, NTB 2015/16). Hirsch Ballin bepleit het verlaten van de Doetinchemse benadering dat toegekende beleids- of beoordelingsvrijheid automatisch een marginale toetsing door de rechter zou impliceren. In plaats daarvan kiest hij voor een meer genuanceerde benadering waarbij de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor betrokkenen op het spel staande belangen bepalen hoe intensief de toetsing moet zijn. Veranderingen in de constitutionele verhoudingen in de huidige tijd – vooral de onvoldoende democratische legitimatie van het bestuur als gevolg van de terugtrekkende, soms onzorgvuldige wetgever alsmede de behoefte aan een bestuursrechter die geschillen oplost en het bestuur en de wetgever scherp houdt – zouden deze aanpassing van de rechterlijke attitude vereisen. Anders krijgt het bestuur feitelijk een 'rechtsvrije ruimte', aldus Hirsch Ballin. De huidige voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, Polak, gaf in het debat met Hirsch Ballin aan dat de huidige formulering waarin de marginale toetsing tot uitdrukking wordt gebracht in dat licht mogelijk aanpassing behoeft.

Het in zekere zin revolutionaire pleidooi van Hirsch Ballin verdient navolging. Bestuursrechters zouden zoveel mogelijk een eigen oordeel moeten geven over de vraag of een besluit redelijk en evenredig is. Daarbij moet er overigens voor gewaakt worden dat dit niet alleen in semantische zin gebeurt. De bestuursrechter zal een geschil daadwerkelijk materieel moeten doorgronden alvorens dat eigen oordeel te geven en het geschil definitief te beslechten (vgl. artikel 8:41a Awb); niet alleen balanceren boven nul dus. Zo wordt ook een belangrijke impuls gegeven aan de kwaliteit van de bestuursrechtspraak in termen van ambachtelijkheid, rechtvaardigheid en effectiviteit (NJV-preadvies De Bock 2015) en daarmee aan de legitimatie daarvan.

Tom Barkhuysen