

De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht

9 Jarenlang had het bestuursrecht een negatief imago. Het zou formalistisch, traag en niet op de inhoud gericht zijn, te veel vrijheid aan het bestuur laten en regelmatig tot moeilijk uitlegbare uitkomsten leiden. Het was in die tijd dat veel rechters in opleiding hoopten dat hun stage in de sector bestuursrecht zo snel mogelijk voorbij zou zijn zodat zij zich daarna in het straf- of civiel recht weer konden richten op het daadwerkelijk spreken van recht. Namelijk het inhoudelijk geheel doorgronden van een zaak, daarover op basis van rechtvaardigheid een eigen mening vormen en het vervolgens langs die lijn oordelen.

De afgelopen vijftien jaar is er hard gewerkt om dat imago te verbeteren. Mede onder invloed van kritische wetenschappelijke analyses hebben wetgever, rechter en bestuur getracht het roer om te gooien. Denk daarbij aan projecten als beter contact met de overheid, behoorlijke klachtbehandeling, deskundigheidsbevordering, definitieve geschilbeslechting, het meer en begrijpelijker motiveren van besluiten en uitspraken en de aandacht voor het tempo van procedures. Verder is er, bijvoorbeeld, mede onder invloed van het Europese recht in de vreemdelingenrechtspraak weer ruimte gekomen voor een kritische rechterlijke beoordeling van besluiten van de IND. En nog steeds wordt er flink gesleuteld aan verdere verbeteringen. Daarmee zou zelfs voorzichtig kunnen worden gesproken van een nieuwe bestuursrechtelijke lente.

Opvallend is dat recente de evenredigheid, of beter gezegd het evenredigheidsbeginsel, steeds meer in beeld komt als instrument om de scherpe kantjes van het bestuursrecht af te slijpen. Dit nadat het beginsel, dat in artikel 3:4 lid 2 Awb is gecodificeerd, lange tijd was 'gemottenbald' met de *Maxis Praxis* uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153). Het beginsel werd zeer terughoudend toegepast vanuit de gedachte dat de rechter niet op de stoel van de wetgever en het bestuur moet gaan zitten door de belangenafweging als vervat in wetten en besluit te beoordelen. Maar sinds kort wint de toepassing van het beginsel – terecht – aan momentum.

De revival van de evenredigheid begon meer precies op het terrein van al dan niet wettelijk gefixeerde bestuurlijke boeten en breidde zich daarna uit naar niet bestraffende maar nog steeds ingrijpende bestuurlijke sancties. De evenredigheid van dergelijke sancties moet door de rechter indringend(er) worden getoetst (vgl. ECLI:NL:CRVB:2014:3754; ECLI:NL:RVS:2012:BW3870). Het evenredigheidsbeginsel bood ook uitkomst in een zaak waarin twee sancties waren opgelegd naar aanleiding van dezelfde overtreding bij marktverkoop. Het ging om een bestuurlijke boete en de intrekking van de marktvergunning. Ondanks het feit dat daarmee geen sprake is van een verboden samenloop (ne bis in idem) van twee bestraffende sancties omdat de intrekking niet als zodanig wordt aangemerkt, komt de Afdeling bestuursrechtspraak op basis van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel tot de conclusie dat de intrekking niet door de beugel kan (ECLI:NL:RVS:2017:863 en 864). Heel bijzonder is verder de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in een zaak over de vaststelling en terugvorde-

ring van subsidie waarin het evenredigheidsbeginsel wordt ingezet om de gevolgen van de formele rechtskracht van het onderliggende besluit tot verlening van de subsidie te verzachten (ECLI:NL:RVS:2017:2768). Daarmee week de Afdeling af van eerdere, vaste jurisprudentie die dergelijke ruimte niet liet. Daarvoor al brak de Afdeling bestuursrechtspraak met andere vaste jurisprudentie op basis waarvan ondanks de onevenredige gevolgen niet behoefde te worden afgeweken van een beleidsregel wanneer het gevolgen betrof die waren ingecalculeerd bij het opstellen daarvan. De Afdeling maakt nu duidelijk dat de toepassing van een beleidsregel nimmer tot onevenredige gevolgen mag leiden (ECLI:NL:RVS:2016:2840). Dat geldt eveneens voor de vaststelling van bestemmingsplannen (ECLI:NL:RVS:2018:616). En ook de recente conclusie van Advocaat-Generaal Wildershoven over de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften ruimt een prominente rol in voor het evenredigheidsbeginsel met zijn pleidooi om deze toetsing waar mogelijk te intensiveren (ECLI:NL:RVS:2017:3557).

Dit is een positief te waarderen ontwikkeling. Het evenredigheidsbeginsel heeft een groot potentieel als bijdrage aan het in staat te stellen van de rechter om in een zaak tot rechtvaardige uitkomsten te komen. Daarmee is het in potentie een belangrijk instrument voor de verdere verbetering van de prestaties van het bestuursrecht.

Om dit potentieel te verwezenlijken is het wel zaak dat het beginsel goed wordt geoperationaliseerd. Onvoldoende is het alleen op papier toevoegen van (een intensieve(re) toets op basis van) het evenredigheidsbeginsel aan het toetsingskader. Nodig is een echte attitudeverandering bij veel rechters gericht op het daadwerkelijk inhoudelijk doorgronden van een zaak en het daarin zoveel mogelijk kiezen van een eigen positie. Waar dit laatste niet aan de orde kan zijn, zal dit overtuigend moeten worden gemotiveerd en gecompenseerd met bijvoorbeeld een strenge toetsing van de zorgvuldigheid van de gevolgde procedure. Een terugkeer naar de zeer terughoudende *Maxis Praxis* praktijk zou hoe dan ook niet moeten plaatsvinden. Er dient een gebalanceerde toetsingsdoctrine te ontstaan die recht doet aan alle betrokken belangen en die voorkomt dat betrokkenen blijven zitten met de onevenredige gevolgen van overheidshandelen. Een gezichtspunt daarbij is dat naarmate de aantasting van belangen van betrokkenen groter is, de toetsing intensiever zou moeten zijn. De toetsingspraktijk moet daarnaast voldoende voorspelbaar worden. Duidelijk moet worden onder welke omstandigheden, welke wijze van evenredigheidstoetsing is aangewezen en wat die concreet betekent. Daarbij zou het Europese recht inspiratie kunnen bieden. Toetsing van evenredigheid is daarin preciezer ontwikkeld via de drieslag van het nagaan van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu* van een maatregel in relatie tot het nagestreefde doel (vgl. HvJ EU, Appingedam, ECLI:EU:C:2018:44).

Dat is al met al nog best een lastige operatie. Maar de beloning daarvoor is een dynamisch bestuursrecht waarin de inhoud op de voorgrond staat. Zeer de moeite waard dus.

Tom Barkhuysen