

Bestuursrechter schiet op meer fronten tekort

DOOR / DIRK SANDERINK¹

De bestuursrechter zou burgers meer rechtsbescherming moeten bieden door het optreden van de overheid strikter te toetsen aan algemene rechtsbeginselen en grondrechten, meent advocaat Dirk Sanderink.

De Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) heeft geconcludeerd dat de bestuursrecht-spraak haar belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers heeft veronachtzaamd. De commissie is met name geraakt door het wegedeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Helaas beperkt het wegedeneren van die beginselen en grondrechten door de bestuursrechter zich niet tot de Toeslagenaffaire. Die wijze van rechtspreken is door het hele bestuursrecht zichtbaar, bijvoorbeeld ook in het omgevingsrecht en belastingrecht.

RECHTSBEGINSELEN

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn algemene rechtsbeginselen. Zij worden in de literatuur onderscheiden in materiële en formele beginselen. De materiële rechtsbeginselen normeren de inhoud van wetgeving, besluiten en ander handelen van de overheid. Het betreft

met name het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. De formele rechtsbeginselen stellen vooral eisen aan de zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten. Het gaat dan om het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

In de praktijk toetst de bestuursrechter besluiten van de overheid bij voorkeur enkel aan wettelijke voorschriften en formele rechtsbeginselen. Juist de materiële rechtsbeginselen vormen echter een belangrijke waarborg voor individuele burgers, maar de bestuursrechter geeft daaraan veel te weinig invulling. Hij is in de praktijk bijvoorbeeld slechts zelden bereid een besluit van de overheid te vernietigen wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel. Als de wet het bestuur geen beleidsruimte biedt en dwingend voorschrijft dat een bepaald besluit genomen moet worden, toetst de bestuursrechter dat besluit zelfs helemaal niet aan het evenredigheidsbeginsel.² De Hoge

Raad en de Centrale Raad van Beroep hebben weliswaar aanvaard dat de toepassing van zo'n wet achterwege moet blijven als bijzondere, niet in de afweging van de wetgever verdisconteerde omstandigheden de strikte toepassing daarvan ernstig in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen, maar daarvan is volgens hen slechts bij hoge uitzondering sprake.³ In de literatuur is terecht bepleit dat de bestuursrechter (bij bevoegdheden met beleidsruimte) meer invulling moet geven aan het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig de striktere en meer gestructureerde toetsing door bijvoorbeeld Duitse rechters en het Hof van Justitie van de Europese Unie.⁴ Vooralsnog wil de Nederlandse bestuursrechter daar echter niet aan in zuiver nationale zaken die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Hopelijk komt daarin binnenkort alsnog verandering naar aanleiding van de conclusie over het evenredigheidsbeginsel die de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna:

de Afdeling) recent aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven heeft gevraagd.

Het vertrouwensbeginsel was ook jarenlang een vrijwel dode letter, maar sinds 2019 neemt de bestuursrechter dit beginsel gelukkig serieuzer.⁵

GRONDRECHTEN

De rechter is op grond van artikel 94 Grondwet bevoegd en verplicht wettelijke voorschriften aan eenieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen. Hij moet die voorschriften dus onder meer aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) toetsen. Ook besluiten die op nationale wettelijke voorschriften zijn gebaseerd, moet hij daaraan toetsen. De POK verwijt de bestuursrechter dat hij algemene rechtsbeginselen heeft weggeredeneerd. Dat geldt echter ook voor grondrechten. De bestuursrechter verwerpt beroepen van burgers op grondrechten vaak in enkele zinnen en onder verwijzing naar de ruime beleidsruimte van het bestuur en/of de wetgever. Zo klaagde een bewoner van een woning nabij de rijksweg A2 bij de Afdeling dat het college van Waalre ten onrechte geen geluidwerende voorzieningen aanbracht aan zijn woning. Die waren volgens hem nodig, omdat de geluidsbelasting door de A2 binnen in zijn woning maar liefst 43 dB was. De Afdeling schreef zijn beroep op zijn door artikel 8 EVRM beschermde recht op respect voor zijn woning en privéleven, op basis van een twijfelachtige interpretatie van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), in slechts enkele zinnen weg.⁶

De rechtspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad over de box 3-belasting biedt een ander treurig voorbeeld van de wijze waarop de bestuursrechter de bescherming van grondrechten (in dit geval het eigendomsrecht) vrijwel volledig uitholt ten gunste van de overheid.⁷ Spaarders moeten op grond van de wet box 3-belasting betalen over

fictieve inkomsten uit vermogen die zij vanwege de lage rente helemaal niet genieten. Het is duidelijk onverdedigbaar dat belastingplichtigen belasting moeten betalen over inkomsten die zij niet genieten. Desondanks weigert de Hoge Raad dergelijke belastingaanslagen te vernietigen, hoewel artikel 94 Grondwet de rechter verplicht wetten buiten toepassing te laten als de toepassing daarvan in strijd komt met verdragsbepalingen. Het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM is zo'n verdragsbepaling. Volgens de Hoge Raad hoeft de rechter alleen in te grijpen als een individuele belastingplichtige disproportioneel wordt belast. Naar zijn oordeel bestaat zo'n disproportionele last echter niet reeds indien een spaarder meer box 3-belasting moet betalen dan hij rente heeft ontvangen. Uit zijn rechtspraak blijkt bovendien dat een belastingwet volgens de Hoge Raad op zichzelf in strijd kan zijn met genoemd verdragsrechtelijk eigendomsrecht, maar dat de toepassing van die strijdige wet op een individuele belastingplichtige desondanks niet daarmee in strijd is. Het is ongerijmde, burgeronvriendelijke rechtspraak die enkel lijkt te zijn ingegeven door de rechtspolitieke wens het budgettaire belang van de overheid te beschermen. Dat schaadt het vertrouwen van de burger in de rechtspraak en de rechtsstaat.

TE TERUGHOUDEND

Nederland mist een traditie van rechtspraak die het optreden van het bestuur en de wetgever kritisch toetst aan algemene rechtsbeginselen en grondrechten. Dit komt onder meer, doordat Nederland één van de weinige westerse democratische rechtsstaten is waarin het de rechter verboden is wetten van het parlement aan de grondwet te toetsen. Dit verbod is een rechtsstatelijke anomalie. Ook komt dat, doordat in Nederland pas laat en slechts mondjesmaat bestuursrechtspraak is ingevoerd. Veelzeggend is dat het EHRM er in 1985 aan te

pas moest komen om Nederland op grond van artikel 6 EVRM te dwingen een rechtsgang bij de rechter open te stellen tegen vrijwel alle soorten besluiten van de overheid.⁸ Voor die tijd moesten rechtzoekenden zich voor hun rechtsbescherming nog vaak tot de regering (dus tot het bestuur zelf) wenden in het kader van het 'Kroonberoep'.⁹ Het huidige stelsel van algemene bestuursrechtspraak bestaat pas sinds 1994.

Tegen deze achtergrond is het verklaarbaar dat de Nederlandse rechter nog altijd zeer terughoudend is ten opzichte van het bestuur en de wetgever. Hij lijkt zeer bevreesd dat hij op de stoel van het bestuur of de wetgever gaat zitten. Hij lijkt bovendien angst te hebben om op basis van algemene rechtsbeginselen en grondrechten het systeem van wetten aan te tasten en de eenvoudige en efficiënte uitvoering van wetgeving door het bestuur te frustreren. De houding van de Nederlandse rechter leidt ertoe dat het bestuur en de wetgever in hoge mate vrij spel hebben. Het spreekt voor zich dat de bestuursrechter niet zelf politieke beslissingen moet nemen en ook rekening moet houden met de uitvoerbaarheid van wetten. Dat neemt echter niet weg dat hij ten behoeve van een effectieve rechtsbescherming van de burger op basis van de algemene rechtsbeginselen en grondrechten wel striktere grenzen aan de beleidsruimte van het bestuur en de wetgever kan stellen. Dat doet hij niet en daardoor is sprake van een onbalans tussen de rechter enerzijds en het bestuur en de wetgever anderzijds. De rechter biedt hen nauwelijks tegenwicht. Daarmee functioneren de checks-and-balances niet naar behoren. De bestuursrechtspraak vindt te veel plaats vanuit het perspectief van de overheid en te weinig vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de burger. Bestuursrechters zijn te gericht op de beleidsruimte, tekst en politieke bedoeling van de wet en te weinig op algemene rechtsbeginselen en

grondrechten als rechtsstatelijke correctie daarop in het belang van de burger. Dat betekent natuurlijk niet dat er geen uitzonderingen zijn waarin de bestuursrechter besluiten van de overheid wel aan een kritische toetsing heeft onderworpen.¹⁰

POLITIEKE BESLUITVORMING

In plaats van een traditie van rechtspraak die het optreden van het bestuur en de wetgever kritisch toetst, bestaat in Nederland een traditie waarin de politiek en de rechter gelet op de machtscheiding een groot vertrouwen stellen in politieke besluitvorming door het bestuur en de wetgever. Politieke besluitvorming is echter in hoge mate ongeschikt om individuele belangen van burgers te beschermen.

Het spreekt voor zich dat politici al dan niet onder invloed van de publieke opinie politieke doelen willen bereiken. Als zij eenmaal gekozen zijn en tot de regerende meerderheid behoren, zetten zij als bestuurders alle kennis en tijd van hun ambtenaren en adviseurs in om die doelen te bereiken (zoals een harde aanpak van fraude, de aanleg van een weg enzovoort). Individuele belangen die geschaad worden door die doelen zijn dan in de praktijk op voorhand ondergeschikt aan die doelen. De energie van ambtenaren en adviseurs is dan vaak eenzijdig gericht op het motiveren waarom het bereiken van die doelen niet in strijd is met het recht. Indien sprake is van discretionaire ruimte, wordt die ruimte bovendien veelal volledig ingezet ten behoeve van die doelen. Een daadwerkelijke belangenafweging waarin de belangen van burgers die door die doelen geschaad worden een volwaardige rol spelen, ontbreekt vaak. Zij worden niet zelden met een doelredenering 'weggeschreven'. Volksvertegenwoordigers zijn in de praktijk onvoldoende in staat tegen-

wicht aan deze gang van zaken te bieden. De meerderheid van hen maakt immers doorgaans deel uit van de regerende coalitie die zich in een coalitieakkoord heeft gebonden aan het bereiken van de politieke doelen en in ieder geval geacht wordt de coalitie trouw te zijn. Zoals Kamerlid Omtzigt recent stelde, is de band tussen de regering en de Tweede Kamer zo innig dat je als volksvertegenwoordiger van de coalitie een probleem hebt, als je een (kritische) vraag stelt.¹¹ Bovendien missen volksvertegenwoordigers (geheel begrijpelijk overigens) vaak de tijd, feitenkennis en juridische expertise die nodig zijn om te beoordelen of besluiten en voorstellen van het bestuur voor materiële wetgeving berusten op een deugdelijke belangenafweging en de toets aan grondrechten en algemene rechtsbeginselen kunnen doorstaan. Bij de vaststelling van wettelijke voorschriften is de belangenafweging bovendien noodzakelijkerwijs algemeen. Het is immers onmogelijk op voorhand te voorzien hoe dergelij-

ke voorschriften in elk individueel geval zullen uitwerken.

Al deze omstandigheden maken het noodzakelijk dat de rechter ter bescherming van burgers het handelen van de overheid (ook wettelijke voorschriften) op hun verzoek achteraf kritisch toetst aan grondrechten en algemene rechtsbeginselen. De rechter doet echter meestal het tegenovergestelde en benadrukt stelselmatig dat hij terughoudendheid moet betrachten.

CONCLUSIE

Door de Toeslagenaffaire is de tekortschietende rechtsbescherming door de bestuursrechter bij het brede publiek bekend geworden. De bestuursrechter dient binnen het gehele bestuursrecht meer invulling te geven aan zijn fundamentele rechtsstatelijke taak om de burger rechtsbescherming te bieden door een striktere toetsing van het overheidshandelen aan algemene rechtsbeginselen en grondrechten.

NOTEN

- 1 Mr. dr. Dirk Sanderink is advocaat bij Damsté advocaten – notarissen en *research fellow* bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen.
- 2 Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU5656, CRvB 24 januari 2018; ECLI:NL:CRVB:2018:369 en ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:824.
- 3 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 en CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607. De Afdeling lijkt deze uitzondering niet meer te aanvaarden (zie echter ABRvS 4 juli 1994, *JABW* 1994/242).
- 4 Zie bijvoorbeeld 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. Bij deze toetsing aan het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig het Duitse recht en het Unierecht gaat het om een toetsing van overheidsmaatregelen aan de vereisten van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin.
- 5 Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.
- 6 Zie ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1127 (met een kritische noot van mij in *JB* 2016/164).
- 7 Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816.
- 8 Zie EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, *NJ* 1986/102 (*Bentham/Nederland*).
- 9 Zie over de moeizame ontwikkeling van de Nederlandse bestuursrechtspraak R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 26-36.
- 10 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578. Daar stonden vele woningen in Groningen door de gaswinning echter reeds op instorten, toen de Afdeling ingreep.
- 11 Zie Frank Hendrickx, 'In toeslagendeбат botst macht van Rutte op tegenmacht van Omtzigt', *Volkskrant* 19 januari 2021.