

LEGAL UPDATE

Conclusie A-G over rechterlijke toetsing van niet-bestaaffende bestuurlijke maatregelen aan het evenredigheidsbeginsel

Datum: 22 juli 2021

Op 7 juli 2021 hebben de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel een [conclusie](#) genomen over de indringendheid van de rechterlijke toetsing van niet-bestaaffende bestuurlijke maatregelen en de betekenis van het evenredigheidsbeginsel daarbij. De conclusie is gevraagd naar aanleiding van een drietal concrete zaken: twee zaken waarin de burgemeester een woning heeft gesloten voor zes tot twaalf maanden na het aantreffen van drugs in de woning en één zaak over de invordering van een last onder dwangsom wegens herhaalde illegale verhuur van een woning (omzetting van een zelfstandige woonruimte in onzelfstandige woonruimten in strijd met de Huisvestingsverordening).

De afgelopen jaren stond de evenredigheidstoetsing door de rechter al vaker ter discussie. Met name na de toeslagenaffaire is het geluid ontstaan dat de bestuursrechter niet voldoende bescherming bood tegen onevenredige besluiten.

Evenredigheidsbeginsel: huidige rechtspraak

De staatsraden A-G adresseren dat de Afdeling in haar huidige rechtspraak bij de toetsing aan artikel 3:4 lid 2 Awb in beginsel maar twee toetsingsintensiteiten hanteert: een indringende toets op evenredigheid van bestaaffende sancties (waarbij leedtoevoeging voorop staat) of een terughoudende toets van vrijwel alle andere besluiten (waaronder herstelsancties). Laatstgenoemde terughoudende toets houdt in dat de rechter uitsluitend toetst of sprake is van een "*zodanige onevenwichtigheid van de afweging van betrokken belangen*", dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan "*niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het genomen besluit*" (de zogenaamde Maxis-Praxis-maatstaf).

De staatsraden A-G zijn kritisch op het door de Afdeling aangelegde onderscheid tussen bestaaffende sancties en herstelsancties en het feit dat dit onderscheid door de Afdeling bepalend wordt geacht voor de indringendheid van de rechterlijke toets. Ook sancties met een niet-bestaaffend karakter kunnen immers ingrijpende gevolgen hebben en verder strekken dan uitsluitend herstel van de rechtmatige situatie. De staatsraden A-G menen daarom dat ook niet-bestaaffende sancties indringender op evenredigheid zouden moeten worden getoetst. Het evenredigheidsbeginsel is immers een algemeen rechtsbeginsel, dat niet alleen bij punitieve sancties geldt.

Aanbevelingen van de staatsraden A-G

De staatsraden A-G bevelen een aanpassing van de intensiviteit van de evenredigheidstoets voor niet-bestaaffende sancties aan. Ze bepleiten een geïntegreerde toetsing waarbij artikel 3:4 lid 2 Awb wordt toegepast conform het Europese recht. Het EU-recht maakt gebruik van een drietraps doel/middel-toetsing op (i) geschiktheid (*inclusief effectiviteit en coherentie*), (ii) noodzakelijkheid (*is de sanctie noodzakelijk en zo ja, welke?*) en (iii) evenredigheid in strikte zin in het licht van het doel van de sanctie (*de maatvoering van de sanctie na vaststelling van geschiktheid en noodzakelijkheid daarvan*). Bij de evenredigheid in strikte zin moeten alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, met name de ernst en omvang van de overtreding of de aantasting van de openbare orde en veiligheid, de mate van verwijtbaarheid van de door de sanctie getroffen en de voorzienbare effectiviteit van de maat van de sanctie.

Afscheid van twee-extremen-systeem: toetsingsintensiteit moet traploos meeglijden

De staatsraden A-G pleiten ervoor om afscheid te nemen van het twee-extremen-systeem (marginaal/terughoudend of vol/indringend) en te kiezen voor een systeem waarin de toetsingsintensiteit traploos meeglijdt met het gewicht van de betrokken algemene en particuliere belangen, de mate van aantasting van grondrechten en de omstandigheden van het geval. Voor de indringendheid van de toetsing van niet-bestraffende sancties op evenredigheid, formuleren zij twee oriëntatiepunten:

- **de aard en het gewicht van de bij het sanctiebesluit af te wegen belangen.** Onderscheid kan worden gemaakt tussen geschillen waarin slechts het belang van een direct-belanghebbende burger is betrokken (burger vs overheid) en geschillen waarin algemenere belangen en belangen van derden zijn betrokken (vaak: het omgevingsrecht).
- **de ingrijpendheid van het sanctiebesluit**, met name de mate waarin fundamentele rechten van de betrokkenen worden aantast. Wanneer er een vergaande inbreuk wordt gemaakt op fundamentele rechten, zoals rechten gebaseerd op artikel 8 EVRM, dient er in beginsel meer indringend getoetst te worden op evenredigheid.

In het door de staatsraden A-G voorgestelde systeem, waarin de toetsingsintensiteit traploos meeglijdt, wordt in navolging van de US Supreme Court een intensiteitsschaal van drie opvolgende gradaties voorgesteld: terughoudende toetsing (*restraint*), toetsing op globale evenredigheid (*intermediate*) en indringende toetsing (*intensive*).

Beleidsmatige of wettelijke fixatie van opleggingsbevoegdheid van sanctie

Tot slot bespreken de staatsraden A-G in hoeverre de rechterlijke toetsing op evenredigheid wordt beperkt door fixatie van de sanctieopleggingsbevoegdheid in beleidsregels of bij wet. De staatsraden A-G concluderen dat fixatie door middel van beleidsregels of algemeen verbindende voorschriften (niet zijnde een formele wet) (hierna: 'avv') geen beperkingen oplevert voor de rechterlijke toetsing. Immers: een beleidsregel kan buiten toepassing worden gelaten en in artikel 4:84 Awb is een afwijkingsbevoegdheid/plicht voor beleidsregel opgenomen. Daarnaast kan een avv buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden verklaard.

Engere uitleg van toetsingsverbod artikel 120 Grondwet

In geval van fixatie bij wet in formele zin zit het voorgaande iets anders: naar huidig recht kan een rechter in veel gevallen een bij formele wet dwingend voorgeschreven sanctieoplegging niet eenvoudig tegenhouden op basis van het evenredigheidsbeginsel. De formele wet kan alleen in een concrete zaak buiten toepassing worden gelaten als de onevenredigheid zit in een door de formele wetgever niet verdisconteerde omstandigheid. Daarom stellen de staatsraden A-G een engere uitleg van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet voor, opdat ook de formele wet kan worden getoetst aan internrechtelijkere algemene rechtsbeginselen en niet alleen aan rechtstreeks werkend EU-recht en volkenrecht.

Conclusie voor nu

De voorgestelde manier van toetsen moet de bestuursrechter meer mogelijkheden bieden tot het leveren van maatwerk en kan in concrete gevallen meer ruimte geven voor een intensievere evenredigheidstoets van niet-bestraffende bestuurlijke maatregelen.

Het is nog even afwachten of de Afdeling de conclusie van de staatsraden A-G zal volgen. Pas na de uitspraken van de Afdeling in de drie hiervoor genoemde zaken, is duidelijk welke concrete gevolgen kunnen worden verbonden aan de conclusie van de staatsraden A-G. Wij zullen u hiervan op de hoogte houden.

Dit is een Legal Update van Bastiaan Wallage en Carmen Corsten.

Voor meer informatie:

Bastiaan Wallage
+31 30 25 95 553
bastiaanwallage@vbk.nl

Carmen Corsten
+31 30 25 95 563
carmencorsten@vbk.nl