

WETENSCHAPPELIJK

Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter

Over veranderende toetsingsintensiteiten en de nieuwe terminologie van de Afdeling

Mr. dr. R. Kegge¹

Sinds een paar jaar klinkt er een steeds luidere roep om een minder terughoudende toetsing door de bestuursrechter bij besluiten waarbij het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft. Aan deze roep probeert de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, gelet op een aantal recente uitspraken en de jaarverslagen van 2016 en 2017, gehoor te geven. Dit artikel geeft een overzicht van de wijze waarop de Afdeling indringender toetst en beschrijft de kansen en risico's hiervan.

1. Inleiding

Sinds een paar jaar klinkt er een steeds luidere roep om een minder terughoudende toetsing door de bestuursrechter bij besluiten waarbij het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft. De democratische legitimatie van besluiten van bestuursorganen als bepalende grondslag voor de terughoudende toetsing zou in veel gevallen niet meer dan een fictie zijn en onvoldoende rechtvaardiging bieden voor een al te terughoudende bestuursrechter. Onder meer Hirsch Ballin heeft in dit verband kritische kanttekeningen gezet bij het klassieke uitgangspunt van terughoudende toetsing van bestuurlijke beslissingsruimte. Hoewel besluitvorming soms nog wel door een democratisch gelegitimeerd bestuursorgaan wordt aangestuurd, ligt de eigenlijke besluitvorming vaak bij anderen die belast zijn met de uitvoering in het concrete geval en is politieke aansturing van iedere afweging op dat niveau geen realistisch uitgangspunt.²

Bovendien is democratische controle naar zijn aard niet gelijk te stellen met individuele rechtsbescherming. Verder wijst hij erop dat het normatieve gehalte van wetgeving afneemt en de beslissingsruimte voor bestuursorganen juist toeneemt. Hirsch Ballin schrijft dat beslissingsruimte geen vacuüm in de rechtsbescherming voor de burger tot gevolg mag hebben. Hij bepleit dat de bestuursrechter een grotere en structurelere rol moet pakken bij terughoudende toetsing. Het evenredigheidsbeginsel kan daarbij meer invulling krijgen om een effectieve rechtsbescherming te waarborgen.³ Op die manier kan het vacuüm dat kan ontstaan bij toenemende beslissingsruimte voor bestuursorganen in combinatie met een te terughoudend toetsende bestuursrechter worden opgevuld.

Aan de roep om een minder terughoudende toetsing bij bestuurlijke beslissingsruimte pro-

1 Rogier Kegge is universitair docent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 Zie ook F.T. Groenewegen, 'Wie is er bang voor een vol toetsende rechter?', *TvCR* januari 2017.

3 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tolenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-preadviezen (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

beert de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling), gelet op een aantal recente uitspraken en de jaarverslagen van 2016 en 2017, gehoor te geven. Nu deze indringendere toetsing van de gekozen invulling van de beslissingsruimte van bestuursorganen door de Afdeling langzaam vorm lijkt te krijgen, is het een mooi moment om een eerste balans op te maken. In dit artikel onderzoek ik hoe de Afdeling invulling geeft aan de indringendere toetsing. Eerst beschrijf ik in paragraaf 2 de begrensde beslissingsruimte voor bestuursorganen en de achtergrond hiervan. In paragraaf 3 komen de verschillende soorten beslissingsruimte aan de orde. Vervolgens ga ik in paragraaf 4 in op de nieuwe terminologie van de Afdeling, waaruit volgt dat zij het begrip ‘marginale toetsing’ aan de kant zet in ruil voor het begrip ‘terughoudende toetsing’. In de paragrafen 5, 6.1 en 6.2 beschrijf ik de verschillende toetsingsintensiteiten, waaronder indringendere toetsing als geïntensiveerde vorm van terughoudende toetsing. Daarna beschrijf ik in paragraaf 7 de kansen die indringendere toetsing kan bieden. In paragraaf 8 beschrijf ik enkele risico’s van deze indringendere toetsing. Ik sluit in paragraaf 9 af met de conclusies.

Ik plaats meteen een belangrijke kanttekening. Ik heb mijn jurisprudentieonderzoek hoofdzakelijk beperkt tot omgevingsrechtelijke uitspraken van de Afdeling die na het preadvies van Hirsch Ballin zijn gedaan. Dat zijn veel uitspraken. Bij enkele van die uitspraken heeft de Afdeling expliciet de aandacht gevestigd op de taak van de bestuursrechter en zijn toetsingsintensiteit door middel van persberichten. Daarnaast gebruikt de Afdeling bij gelijksoortige zaken, zoals bestemmingsplanzaken, meestal een standaardoverweging met een toetsingskader waarin de toetsingsintensiteiten die zij hanteert worden toegelicht. Als van dat toetsingskader in een uitspraak expliciet wordt afgeweken door bijvoorbeeld een aanvullende zin, dan valt dat de oplettende lezer meestal wel op. In verreweg de meeste uitspraken wordt echter de

gebruikelijke standaardoverweging gebruikt en meestal is er geen begeleidend persbericht. Dan wordt het lastiger te duiden of de Afdeling in een uitspraak indringender heeft getoetst dan voorheen. Het is namelijk goed denkbaar dat in het vooronderzoek en ter zitting in het kader van indringendere toetsing door de Afdeling aan het bestuursorgaan kritische vragen zijn gesteld die niet steeds op een herkenbare wijze zijn te traceren in de uiteindelijke uitspraak. Steeds vaker stuurt de Afdeling in het vooronderzoek partijen een brief met vragen of onderwerpen die zij ter zitting aan de orde wenst te stellen. Voor zover uit deze brief indringender toetsing van de beslissingsruimte volgt, kan het bestuursorgaan hierop anticiperen. Hoewel tussen het vooronderzoek, de zitting en de uitspraak uiteraard een logisch verband moet bestaan, geeft een uitspraak nooit een volledige weergave van het vooronderzoek en de zitting. Dat hoeft ook niet, maar het toetsingskader en de toetsingsintensiteit moeten wel steeds herkenbaar zijn in de uitspraak. Gelet op artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moet de uitspraak de gronden van de beslissing bevatten, maar uit de motivering valt niet altijd eenduidig af te leiden welke toetsingsintensiteit is gehanteerd en of die afwijkt van eerdere vergelijkbare zaken. Op grond van mijn uitvoerige jurisprudentieonderzoek heb ik in dit artikel veel uitspraken beschreven, maar ik kan niet uitsluiten dat er nog enkele minder herkenbare uitspraken zijn waarin de Afdeling indringender heeft getoetst. Op de herkenbaarheid en voorspelbaarheid van indringendere toetsing kom ik later nog terug.

2. Begrensde beslissingsruimte van bestuursorganen

Het legaliteitsbeginsel vergt dat elk overheids-optreden een toereikende wettelijke grondslag heeft. Het daarmee samenhangende specialiteitsbeginsel brengt met zich dat elke publiekrechtelijke bevoegdheid aan concrete voorwaarden moet zijn gebonden die een zekere

afbakening en doelgerichtheid tot gevolg hebben. Alleen dan kan een wettelijke bevoegdheid functioneren als betekenisvolle toetsingsmaatstaf voor de bestuursrechter.⁴ Zo mag een bestemmingsplan op grond van artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) alleen in het kader van een goede ruimtelijke ordening regels stellen en bestemmingen toekennen en kan een omgevingsvergunning voor milieu op grond van artikel 2.14 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) slechts in het belang van de bescherming van het milieu worden geweigerd. In veel wettelijke bevoegdheden is aan bestuursorganen in meer of mindere mate beslissingsruimte toegekend. Dat is ook onvermijdelijk, aangezien de wetgever daarmee een bestuursorgaan de ruimte biedt om bevoegd te handelen binnen een groot scala van steeds veranderende omstandigheden die de wetgever ook niet op voorhand allemaal kan voorzien. Daar staat tegenover dat een wettelijke bevoegdheid niet zo ruim mag zijn dat daardoor een onbegrensde bevoegdheid voor het bestuursorgaan ontstaat. Tolsma wijst er dan ook terecht op dat er steeds een balans zal moeten worden gezocht tussen effectief en doeltreffend overheidsoptreden en de waarborgfunctie van het specialiteitsbeginsel.⁵ Het specialiteitsbeginsel brengt naar zijn aard altijd een zekere verkokering van bevoegdheden en besluiten met zich, maar staat niet per definitie in de weg aan brede bevoegdheden met veel beslissingsruimte. Een bevoegdheid mag echter niet zo'n ruim doel en zoveel beslissingsruimte hebben dat de bestuursrechter door het gebrek aan afbakening niet meer aan een betekenisvolle toetsing van het op deze bevoegdheid gebaseerde besluit kan toekomen.

Een voorbeeld van een ruime maar toch doelgerichte bevoegdheid is te vinden in een uitspraak van 21 januari 2015, waarin de Afdeling planregels over dierenwelzijn en energiegebruik bij veehouderijen niet ruimtelijk relevant en in strijd achtte met het vereiste van 'een goede ruimtelijke ordening' uit artikel 3.1 lid 1 van de Wro.⁶ De gemeenteraad van Reusel-De Mierden had deze planregels in een bestemmingsplan opgenomen om te voldoen aan de in de Brabantse provinciale verordening voorgeschreven Maatlat Duurzame Veehouderij. Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de wetgever door middel van artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet en artikel 71 van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet geregeld dat de provincie Noord-Brabant met haar verordening niet meer gebonden is aan artikel 4.1 en 3.1 van de Wro. Vooruitlopend op de Omgevingswet is daarmee alsnog in een verbrede bevoegdheidsgrondslag voorzien die niet langer is beperkt tot een goede ruimtelijke ordening, maar betrekking heeft op alle aspecten van de fysieke leefomgeving.⁷ Doordat de centrale norm van de fysieke leefomgeving in de Omgevingswet een aanzienlijk bredere reikwijdte heeft dan een goede ruimtelijke ordening, ontstaat hier wel het risico van een vrijwel onbegrensde bevoegdheid en dat de wettelijke bevoegdheid niet meer als betekenisvolle toetsingsmaatstaf door de rechter kan worden gebruikt.⁸ Backes merkt hierover op dat 'een goede ruimtelijke ordening' nog een zekere kwalitatieve eis aan de inrichting van de ruimte stelt die bij 'een fysieke leefomgeving' echter ontbreekt en dat dit begrip als materiële normstelling zonder concretisering te kort schiet.⁹

4 Zie uitgebreid R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel, over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 129-130.

5 H.D. Tolsma, 'De betekenis van het specialiteitsbeginsel in de context van het omgevingsrecht', *NTB* 2013/21.

6 ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:84, AB 2015/91, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

7 Zie ook A.G.A. Nijmeijer, 'Tom Poes en de Maatlat Duurzame Veehouderij', *M en R* 2016/40.

8 Zie ook F.A.G. Groothuijsen en R. Kegge, *Het omgevingsplan, integraal en marginaal?* Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, 2017, p. 142-146.

9 Ch.W. Backes, 'Integraal en flexibel omgevingsrecht – droom of drogbeeld?' In: *Naar een nieuw omgevings-*

Naarmate een bevoegdheid ruimer is, heeft een bestuursorgaan meer ruimte om hieraan invulling te geven en beperkt dit de mate van toetsing van het besluit door de bestuursrechter. Uit de hiervoor genoemde uitspraak volgt bijvoorbeeld dat 'een goede ruimtelijke ordening' beslissingsruimte voor het bestuursorgaan betekent, maar dat deze ruimte nog wel wordt begrensd tot ruimtelijk relevante maatregelen. De norm van een fysieke leefomgeving kent deze begrenzing niet. Daarmee heeft de wetgever onder meer beoogd de beslissingsruimte van bestuursorganen in de Omgevingswet aanzienlijk te vergroten en daarbij gaat hij onverkort uit van een terughoudend toetsende bestuursrechter.¹⁰

3. Soorten beslissingsruimte

Beslissingsruimte wordt vaak expliciet verwoord in een wettelijke bepaling door het gebruik van constructies als 'het bestuursorgaan kan, indien is voldaan aan...'. Dergelijke bevoegdheden verplichten het bestuursorgaan tot het maken van een belangenafweging. Als aan de gestelde wettelijke voorwaarden is voldaan, kan het bestuursorgaan overgaan tot aanwending van zijn bevoegdheid, maar het bestuursorgaan kan hier, na een zorgvuldige belangenafweging, ook van afzien. Deze vorm van beslissingsruimte wordt meestal aangeduid met beleidsvrijheid of beleidsruimte.¹¹ Zo kan het college van gedeputeerde staten op grond van artikel 3.8 lid 6 van de Wro een reactieve aanwijzing geven over een vastgesteld bestemmingsplan als provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening nood-

zakelijk maken. Maar ook als aan deze voorwaarden is voldaan, kan het college, na afweging van de betrokken belangen, afzien van een reactieve aanwijzing. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld bij de bevoegdheid van de gemeenteraad om te besluiten op een aanvraag om een plan vast te stellen op grond van artikel 3.9 van de Wro. Ook daarbij bestaat beleidsruimte.¹²

Daarnaast wordt in wettelijke bepalingen door de wetgever veelvuldig gebruik gemaakt van vage begrippen, zoals 'een goede ruimtelijke ordening', 'provinciaal belang' en 'een evenwichtige toedeling' om bewust beslissingsruimte voor bestuursorganen te scheppen.¹³ Zo houdt 'een goede ruimtelijke ordening' uit artikel 3.1 van de Wro volgens de wetgever in dat alle belangen met een ruimtelijke dimensie worden afgewogen en dat de besluitvorming zo wordt ingericht dat dit leidt tot een goede ruimtelijke en maatschappelijke ordening.¹⁴ En over het 'provinciaal belang' in de Wro geeft de wetgever duidelijk aan dat het politieke, sociaal-economische en maatschappelijke opvattingen zijn die op enig moment bepalen of de behartiging van een bepaald belang op het gemeentelijke, provinciale of rijksniveau dient te geschieden en op welk van die drie niveaus een maatschappelijke opgave het meest adequaat kan of moet worden aangepakt.¹⁵ De wetgever gebruikt hier dus begrippen met een bepaalde vaagheid om bestuursorganen ruimte te geven om te kiezen voor een bepaalde invulling van het begrip. De beslissingsruimte die ontstaat door het gebruik van dergelijke vage open begrippen wordt meestal aangeduid als beoordelingsvrijheid of beoordelingsruimte.

recht, Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, 2012, p. 31-51.

10 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7 en 139 en *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 111.

11 Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 118-133.

12 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1311.

13 Zie art. 3.1 lid 1 van de Wro en art. 2.14 lid 3 van de Wabo.

14 *Kamerstukken II* 2002/03, 28916, nr. 3, p. 9 en 21.

15 *Kamerstukken I* 2005/06, 28916, nr. C, p. 3.

Elk wettelijk begrip zal door het bestuursorgaan en de bestuursrechter moeten worden ingevuld. Het ene begrip zal echter meer invulling behoeven dan het andere. Er zijn wettelijke begrippen die de wetgever bewust vaag heeft gehouden om bestuursorganen expliciet beslissingsruimte te geven. Bij andere wettelijke begrippen kan door de wetgever simpelweg niet worden gekomen tot een werkbare nadere specificering. Bij deze begrippen, hoe duidelijk ook, zijn altijd randgevallen denkbaar waarbij de invulling van het begrip in de context van het concrete geval tot discussie kan leiden.

Schlössels en Zijlstra gebruiken in dit verband het onderscheid tussen subjectief vage begrippen en objectief vage begrippen.¹⁶ Het bestuursorgaan zal objectief vage begrippen moeten interpreteren, maar heeft, anders dan bij subjectief vage begrippen, geen afwegingsruimte bij de invulling van deze begrippen, aldus Schössels.¹⁷ Bij wettelijke begrippen als ‘dienst’ of ‘bouw-werk’ bestaat dus weliswaar ruimte voor enige interpretatie, maar heeft het bestuursorgaan geen beslissingsruimte. Uiteindelijk bepaalt de bestuursrechter zelf of in een wettelijk begrip beslissingsruimte is toegekend of niet, nu wetsinterpretatie zijn domein is. Daarbij neemt hij de bedoeling van de wetgever uiteraard wel als uitgangspunt. Soms is die bedoeling echter niet duidelijk of lastig toepasbaar in het concrete geval, omdat niet aan dat specifieke geval is gedacht bij de totstandkoming van de wettelijke norm.

Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van de Afdeling over de vraag of een zogenoemde ‘pipowagen’ als een bouwwerk was aan te merken waarvoor een omgevingsvergunning

voor bouwen was vereist.¹⁸ De Afdeling stelde vast dat het begrip ‘bouwwerk’ niet in de Wabo is omschreven en verwees naar eerdere jurisprudentie voor de door haar gekozen uitleg van dit begrip. Vervolgens oordeelde zij dat mobiele objecten onder omstandigheden ook als bouwwerk moeten worden aangemerkt en dat de rechtbank terecht had geoordeeld dat de pipowagen een bouwwerk is. Het college van burgemeester en wethouders was in dit geval bevoegd om handhavend op te treden wegens het ontbreken van de vereiste vergunning en voor een eigen afwijkende interpretatie van het college is bij het begrip ‘bouwwerk’ geen plaats. Wetsinterpretatie door de bestuursrechter dus, waarbij is geoordeeld dat bij het wettelijke begrip ‘bouwwerk’ geen beslissingsruimte bestaat voor het bestuursorgaan.

4. Nieuwe terminologie van de Afdeling

In het jaarverslag van de Raad van State 2017 heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat zij in 2017 is afgestapt van het gebruik van de termen ‘marginale toetsing’, ‘beleidsvrijheid’ en ‘beoordelingsvrijheid’. Marginale toetsing zou een te vrijblijvende opstelling van de bestuursrechter suggereren en de termen beleids- en beoordelingsvrijheid worden niet meer gebruikt omdat geen enkele bevoegdheid geheel vrij is. Met de termen beleids- en beoordelingsruimte bedoelt de Afdeling echter wel hetzelfde als voorheen met de termen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Dat komt er volgens de Afdeling op neer dat onder beleidsruimte moet worden verstaan de ruimte van een bestuursorgaan om al dan niet van een bevoegdheid gebruik te maken, en dat impliceert een belangenafweging. Onder beoordelingsruimte verstaat de Afdeling de ruimte die een bestuursorgaan heeft bij de invulling van vage open begrippen.¹⁹ Daarmee volgt

16 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 122-124.

17 Zie R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel, over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu uitgevers 1998, p. 167.

18 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:988.

19 Zie voor zowel het begrip beoordelingsruimte als het begrip beleidsruimte bijvoorbeeld ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1861, AB 2018/257, m.nt. E.E. Grit.

de Afdeling in beginsel nog steeds het door Duk beschreven onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid.²⁰ De begrippen ‘terughoudend’ of ‘terughoudende toetsing’ komen volgens de Afdeling in feite neer op wat voorheen onder ‘marginale toetsing’ werd verstaan.

Met andere woorden, de veranderde terminologie betekent als zodanig nog geen inhoudelijke wijziging van de toetsingsintensiteiten van de Afdeling. Misschien is het daarom ook niet zo heel erg problematisch dat er eind 2017 en 2018 toch enkele uitspraken door de Afdeling zijn gedaan waarin nog de termen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid zijn gebruikt.²¹ Kennelijk wat slordig ‘knip- en plakwerk’, maar volgens mij zonder inhoudelijke betekenis.

Schlössels uit overigens kritiek op de door de Afdeling gekozen terminologie, nu daarmee geen onderscheid meer zou worden gemaakt tussen beoordelingsvrijheid en beoordelingsruimte en er geen begrip is om de ruimte bij de door hem bedoelde objectief vage begrippen aan te duiden, terwijl er wel volgens hem behoefte zou bestaan aan dit onderscheid.²² Dat laatste betwijfel ik. Ik denk dat het onderscheid van de Afdeling in beslissingsruimte met een onderverdeling in beleids- of beoordelingsruimte, waarbij terughoudend wordt getoetst, en volle toetsing bij normen zonder beslissingsruimte, prima volstaat en navolging verdient. Dat bij normen zonder beslissingsruimte ook enige interpretatieruimte kan bestaan maakt volgens mij nog geen extra begrip nodig, aangezien de bestuursrechter hier vol toetst en zijn eigen interpretatie vooropstelt. Wellicht draagt deze vereenvoudiging van de fijnmazige discretionaire dogmatiek er zelfs wel toe bij dat stu-

denten het leerstuk beter gaan begrijpen, al zal het waarschijnlijk nooit hun hobby worden.

5. Volle toetsing

Bestuursrechters brengen de intensiteit van toetsing (vol of terughoudend) in hun uitspraken tot uitdrukking door gebruik te maken van verschillende termen. Maar wat toetst de bestuursrechter nu vol en wat terughoudend en hoe herken je de gehanteerde toetsingsintensiteit in een uitspraak?

De noodzakelijke feitenvaststelling door een bestuursorgaan voorafgaand aan het nemen van een besluit toetst de bestuursrechter steeds vol of zou hij vol behoren te toetsen. Zoals Schuurmans terecht stelt gaat men er in het recht immers van uit dat feit X wel of niet is gebeurd.²³ De rechter toetst dus vol of het bestuursorgaan de juiste feiten en omstandigheden bij zijn besluit heeft betrokken. Wat die feiten en omstandigheden in het concrete geval zijn, is afhankelijk van de wettelijke normen die door het bestuursorgaan bij het besluit in acht moeten worden genomen. Bij de feitenvaststelling op grond van wettelijke normen speelt specifieke deskundigheid vaak een grote rol. Zo vergt de vaststelling of met de voorziene ontwikkeling aan bepaalde grenswaarden voor luchtkwaliteit wordt voldaan onderzoek en deskundigheid van het bestuursorgaan. De volle toetsing door de bestuursrechter kleedt hij bewijsrechtelijk in. Hij gaat in beginsel uit van de feiten van het bestuursorgaan, tenzij appellant daarover beroepsgronden aanvoert en voldoende twijfel weet te zaaien over de juistheid van deze feiten.

Pas bij de kwalificatie van de vastgestelde feiten door het bestuursorgaan in het licht van de wettelijke norm speelt de vraag of de bestuursrech-

20 W. Duk, ‘Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid’, *RM Themis* 4, 1988.

21 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3523 en ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1538.

22 R.J.N. Schlössels, ‘Discretionaire dogmatiek...anders dan de Afdeling bestuursrechtspraak?’, *NTB* 2018/52.

23 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, (diss. Amsterdam VU), Leiden: Kluwer 2005, p. 271.

ter vol of terughoudend moet toetsen. Indien de norm geen beslissingsruimte aan het bestuursorgaan toekent, dan moet de bestuursrechter ook de kwalificatie van de feiten door het bestuursorgaan vol toetsen. De bestuursrechter moet dan ook steeds goed nagaan of de wettelijke norm het bestuursorgaan beslissingsruimte toekent of niet. Is die ruimte er niet en komt de kwalificatie van de feiten door de bestuursrechter niet overeen met de kwalificatie van de feiten door het bestuursorgaan, dan moet de kwalificatie van de feiten door het bestuursorgaan wijken. Als bijvoorbeeld op grond van het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi) geen kwetsbare objecten, zoals woningen, mogen worden gebouwd in een risicocontour van een tankstation met LPG en de gemeenteraad stelt desondanks een plan vast dat woningen mogelijk maakt in die contour, dan moet de Afdeling vol toetsend tot het oordeel komen dat de raad dat plan ten onrechte (in strijd met de artikelen 5 lid 1 en 8 lid 1 van het Bevi) heeft vastgesteld. De kwalificatie van de feiten door de raad moet in dat geval wijken voor de kwalificatie van de feiten door de Afdeling.

De termen 'terecht', 'met juistheid' of 'ten onrechte' duiden in een uitspraak op een volle rechtmatigheidstoets en op afwezigheid van beslissingsruimte voor het bestuursorgaan.²⁴ Dat betekent dat de bestuursrechter een kwestie op dezelfde wijze beoordeelt als het bestuursorgaan dat doet of zou moeten doen.

De term 'niet ten onrechte' gebruikt de bestuursrechter ook weleens. De bestuursrechter geeft met deze term blijk van enige terughoudendheid. Hij oordeelt immers niet dat het bestuursorgaan terecht heeft gehandeld, maar oordeelt slechts dat er in ieder geval niet ten onrechte is gehandeld. Hoewel 'niet ten onrechte' taalkun-

dig uiteraard gewoon neerkomt op 'terecht' zien veel bestuursrechtjuristen hierin toch een graadueel verschil. Bij het gebruik van de term 'niet ten onrechte' valt trouwens op dat de Afdeling deze term voornamelijk gebruikt in het vreemdelingenrecht en weinig in andere rechtsgebieden en dat de betekenis van de term bovendien lijkt te verschillen per rechtsgebied. Waar in het vreemdelingenrecht de term 'niet ten onrechte' duidt op een (enigszins) terughoudende toets van beslissingsruimte²⁵, wordt de term 'niet ten onrechte' in uitspraken in andere rechtsgebieden als equivalent gebruikt voor 'terecht' bij normen zonder beslissingsruimte.²⁶ Zo is bijvoorbeeld de vraag of reliëf onder het begrip 'landschaps- en natuurwaarden' in een planregel valt, een vraag die weliswaar wat interpretatie vergt, maar daarbij speelt beslissingsruimte geen rol en had de Afdeling bij de kwalificatie van de feiten door het college in plaats van de term 'niet ten onrechte' ook de term 'terecht' kunnen gebruiken.²⁷

6.1 Terughoudende toetsing

Bij terughoudende toetsing beoordeelt de bestuursrechter aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden of de door het bestuursorgaan gekozen invulling of gemaakte afweging zorgvuldig tot stand is gekomen, inzichtelijk is gemaakt en of het resultaat niet onredelijk is. De bestuursrechter zal zich niet uitlaten over de vraag of er wellicht een andere en betere invulling of afweging denkbaar is. Kenmerkend aan de terughoudende toetsing door de bestuursrechter is dat deze de door het bestuursorgaan gekozen invulling of gemaakte afweging in beginsel respecteert. Slechts als de grens wordt overschreden dat een redelijk handelend bestuursorgaan niet tot deze beslissing had kun-

24 De term 'op goede gronden' gebruiken hoogste bestuursrechters doorgaans in hoger beroep in het kader van art. 8:113 van de Awb om aan te geven dat een uitspraak van de rechtbank geen verbetering van gronden behoeft.

25 Zie bijvoorbeeld ABRS 28 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3797.

26 Zie bijvoorbeeld ABRS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2398.

27 ABRS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:125.

nen komen, grijpt de bestuursrechter in. Die grens wordt door de bestuursrechter meestal ingevuld door middel van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel.²⁸ En steeds meer door het evenredigheidsbeginsel. Daarbij gebruikt hij het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel als middel om de handelwijze van het bestuursorgaan te controleren en het evenredigheidsbeginsel om de uitkomst van die handelwijze te controleren. Zodra deze beginselen door het bestuursorgaan in acht zijn genomen zal de bestuursrechter de invulling of afweging redelijk achten, ook al is er in zijn ogen wellicht nog een andere en zelfs betere invulling of afweging denkbaar. Dat is niet aan de bestuursrechter om te bepalen.

Zo overwoog de Afdeling bijvoorbeeld over het begrip ‘een goede ruimtelijke ordening’ uit artikel 3.1 lid 1 van de Wro dat dit inhoudt dat de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan een veelomvattende belangenafweging moet maken die moet resulteren in het leggen van bestemmingen en met het oog op die bestemmingen vaststellen van regels over het gebruiken en de bouwmogelijkheden van de in het plan begrepen gronden.²⁹ In vrijwel iedere uitspraak geeft de Afdeling in dit verband aan dat zij *niet* zelf vaststelt of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar dat zij aan de hand van de beroepsgronden beoordeelt of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.³⁰ Terughoudende toetsing dus.

Opmerkelijk is dat de Afdeling in dit verband tegenwoordig structureel de term ‘beleidsruimte’ gebruikt, terwijl artikel 3.1 lid 1 van de Wro de raad geen keuze laat om *geen* bestemmingsplan vast te stellen. Kennelijk reserveert de Afdeling de term beleidsruimte dus niet alleen voor normen die een keuze laten om een bevoegdheid al dan niet aan te wenden, maar gebruikt zij die term voor elke norm die een belangenafweging impliceert. Damen heeft er op gewezen dat de Afdeling in het kader van de ruimtelijke belangenafweging op grond van artikel 3.1 van de Wro niet altijd even consequent was in haar terminologie en soms ook de term beoordelingsvrijheid gebruikte.³¹ Hij stelt dat hoewel de raad niet de keuze heeft om geen plan voor gronden vast te stellen, er wel een keuze bestaat bij de invulling van een goede ruimtelijke ordening voor die gronden en dat in zoverre toch sprake is van beleidsvrijheid (beleidsruimte in de nieuwe terminologie van de Afdeling). De Afdeling is kennelijk bij deze redenering aangesloten door bij bestemmingsplannen consequent het begrip ‘beleidsruimte’ te gebruiken.

De begrippen ‘in redelijkheid’ en ‘niet in redelijkheid’ duiden in een uitspraak op een terughoudende toets bij normen die het bestuursorgaan beslissingsruimte toekennen. Dat kan beleidsruimte of beoordelingsruimte betreffen en soms een combinatie van beide. De bestuursrechter gebruikt ook wel het begrip ‘niet onredelijk’. Veel bestuursrechtjuristen zeggen dat dit een nog terughoudender oordeel is dan ‘redelijk’. De bestuursrechter zegt dan immers niet dat hij de gekozen invulling van de beslissingsruimte redelijk acht, maar slechts dat deze invulling in ieder geval niet onredelijk wordt geoordeeld. Grijstinten dus. Meestal leiden deze grijstinten overigens tot onnodige mist in de uitspraak en komen zij de leesbaarheid van de uitspraak ook niet ten goede door de dub-

28 Zie J.E.M. Polak, ‘Enkele aspecten van rechterlijke toetsing van overheidshandelen, over activistische en defensieve rechters’, *NJB* 2008/857.

29 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, *TBR* 2011/30, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1096.

31 ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3938, *AB* 2012/289, m.nt. L.J.A. Damen.

bele ontkenningen. Een voorbeeld. Als de Afdeling oordeelt dat, hoewel een andere invulling van het gebied mogelijk was geweest, maar dat dit *niet* betekent dat de raad vanuit het belang om te komen tot een zuinig ruimtegebruik en een optimale benutting van de ruimte *onredelijk* heeft gehandeld, oordeelt de Afdeling in feite niets anders dan dat de door de raad gekozen invulling redelijk is en door de beugel kan.³²

Damen heeft er in een reeks kritische annotaties uit 2012 op gewezen dat de Afdeling haar toetsingsintensiteit niet altijd even consequent aanduidde in haar uitspraken.³³ Hij stelde vast dat de Afdeling gradaties van beslissingsruimte, zoals een ruime of grote mate van beleidsvrijheid of een zekere beoordelingsruimte, gebruikte in haar uitspraken en dat de Afdeling hierbij niet consequent terughoudend toetste. Ik ben deze gradaties van beslissingsruimte in de door mij bekeken uitspraken vanaf 2015 echter niet meer tegengekomen.

6.2 Indringendere toetsing

Indringendere toetsing door de bestuursrechter is een geïntensiveerde vorm van terughoudende toetsing en speelt niet bij volle toetsing. Maar wat houdt die intensivering van terughoudende toetsing dan in en hoe geeft de Afdeling deze tot nu toe vorm?

6.2.1 Indringende toetsing via het evenredigheidsbeginsel

In de uitspraken over de gaswinning in Groningen wordt die intensivering, in lijn met het preadvies van Hirsch Ballin, door de Afdeling gezocht in toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 van de Awb.³⁴ De

Afdeling overwoog dat de minister op grond van zijn bevoegdheid in de Mijnbouwwet bij zijn afweging ruimte toekwam en dat de Afdeling haar eigen oordeel niet in plaats kan stellen van het oordeel van de minister. Dat laat volgens de Afdeling onverlet dat het besluit is onderworpen aan rechterlijke toetsing en dat zij moet beoordelen of het besluit en de afweging van de minister in overeenstemming is met de Mijnbouwwet, berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen en deugdelijk gemotiveerd is. Terughoudende toetsing mag er immers niet toe leiden dat een betekenisvolle toetsing van besluiten door de bestuursrechter onmogelijk wordt. De Afdeling lijkt met deze overweging aan te sluiten bij haar uitspraak van 22 april 2009 over een spontane vernietiging van besluiten van een aantal provinciale en gemeentelijke bestuursorganen tot het voeren van een civiele procedure tegen de IJslandse bank Landsbanki.³⁵ In deze uitspraak overwoog de Afdeling dat indien de Kroon met een spontane vernietiging wegens strijd met het algemeen belang ingrijpt en dit ingrijpen onderworpen is aan parlementair toezicht, de rechter het besluit met grote terughoudendheid moet toetsen. Gegeven evenwel het beroep dat tegen een dergelijk besluit is opengesteld dient aan deze toetsing wel inhoud te worden gegeven, aldus de Afdeling. In de uitspraken over de gaswinning in Groningen komt een soortgelijke redenering terug bij de terughoudende toetsing van de belangenafweging die de minister moet maken op grond van artikel 36 lid 1 van de Mijnbouwwet. Daar voegt de Afdeling echter nog aan toe dat zij zal bezien of de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit onevenredig zijn tot de met het besluit te dienen doelen. Vervolgens overweegt de Afdeling dat de afweging van de minister blijk dient te geven van een redelijk evenwicht tussen enerzijds de

32 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:571.

33 Zie onder meer ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2415, AB 2012/246, m.nt. L.J.A. Damen.

34 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, JB 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink

en ABRS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, AA april 2018, m.nt. K.J. de Graaf en A.T. Marseille.

35 ABRvS 22 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI1842, JB 2009/144, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.

door grondrechten beschermde belangen van burgers en anderzijds de betrokken algemene belangen en oordeelt zij dat de toepasselijkheid van deze grondrechten met zich brengt dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de motivering van het besluit van de minister. De Afdeling beperkt zich niet meer tot de vraag of sprake is van zo'n onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen en neemt daarmee afstand van de zogenoemde Maxis/Praxis-jurisprudentie.³⁶ Opvallend aan de Groningse gaswinningszaken is dat indringendere toetsing nadrukkelijk wordt gekoppeld aan de in het geding zijnde fundamentele rechten. Leijten merkt op dat de verschillende fundamentele rechten, gelet op hun ruime toepassingsbereik, niet per definitie een indringendere toetsing verlangen, maar dat uit jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens volgt dat wel steeds effectieve rechtsbescherming van fundamentele rechten door de bestuursrechter moet worden gegarandeerd.³⁷

In haar uitspraak en het begeleidende persbericht over het rijksinpassingsplan 'Windpark De Drentse Monden en Oostermoer' gaat de Afdeling in op de indringendheid van haar toetsing en geeft zij aan wat de taak van bestuursrechter in zoverre volgens haar inhoudt.³⁸ Zij overweegt dat de ministers op grond van artikel 3.35 lid 1 aanhef en onder c, van de Wro, in samenhang met artikel 9b lid 1 aanhef en onder a, van de Elektriciteitswet 1998, bevoegd zijn om ter verwezenlijking van een onderdeel van het nationaal ruimtelijk beleid een rijksinpassingsplan vast te stellen. Zij

moeten in dat plan bestemmingen aanwijzen en regels geven die zij uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig achten. De ministers hebben daarbij beleidsruimte en moeten de betrokken belangen afwegen. De bestuursrechter kan gelet op de aard van de gegeven bevoegdheid niet zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van de ministers, aan wie bij hun afweging beleidsruimte toekomt. De ministers kunnen over hun besluitvorming politiek ter verantwoording worden geroepen door de Staten-Generaal. Dit laat onverlet dat de besluitvorming van de ministers over een inpasingsplan is onderworpen aan rechterlijke toetsing. Het is dan de taak van de Afdeling om aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden te beoordelen of het besluit tot vaststelling van het inpasingsplan in overeenstemming is met het recht. De Afdeling oordeelt niet zelf of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van die gronden of de ministers zich in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Daarbij beoordeelt de Afdeling onder meer of het besluit berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen en deugdelijk is gemotiveerd. Tevens beziet de Afdeling aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden of de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. In het begeleidende persbericht gaat de Afdeling expliciet in op de taak van de bestuursrechter en benadrukt zij dat het haar taak is om onder meer te beoordelen of de nadelige gevolgen van een besluit in verhouding staan tot het daarmee te dienen doel. Die beoordeling plaatst de Afdeling in deze zaak nadrukkelijk in de sleutel van artikel 3:4 lid 2 van de Awb. De Afdeling kent hieraan, anders dan voorheen, een zelfstandige betekenis toe ten opzichte van de ruimtelijke belangenafweging die de minister op grond van artikel 3.35 en 3.28 lid 2 van de Wro in het kader van een goede ruimtelijke ordening moest

36 Zie voor deze maatstaf ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, JB 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink.

37 A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing gezien vanuit grondrechtelijk perspectief', *TvCR* januari 2017.

38 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

maken. Dat betekent dus dat een ruimtelijke afweging in overeenstemming kan zijn met het vereiste van een goede ruimtelijke ordening, maar desalniettemin in strijd kan zijn met artikel 3:4 lid 2 van de Awb.

In de Groningse gaswinningszaken leidt de indringendere toetsing overigens tot twee keer toe tot een vernietiging. In de zaak over het Drentse windmolenpark leidt de indringendere toetsing niet tot vernietiging van de bestreden besluiten.

Kortom, in bovengenoemde uitspraken krijgt de indringendere terughoudende toetsing van de belangenafweging vorm via het evenredigheidsbeginsel uit artikel 3:4 lid 2 van de Awb. Barkhuysen en Den Ouden wijzen er in dit verband op dat het wel belangrijk is dat de indringendere toetsing aan de hand van het evenredigheidsbeginsel verder uitkristalliseert en stellen dat het Unierecht als inspiratiebron kan dienen.³⁹ De evenredigheidstoets is daarin verder ontwikkeld via de drieslag van het onderzoeken van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid van de maatregel in relatie tot het te dienen doel en kan meer structuur geven aan de evenredigheidstoets door de Nederlandse bestuursrechter. Een voorbeeld hiervan is al te vinden in de zogenoemde Appingedam-jurisprudentie, waar de evenredigheidstoets van een branchebepaling in een bestemmingsplan aan de hand van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn is verricht.⁴⁰ Ook De Poorter en Çapkurt bepleiten een verdere operationalisering van het evenredigheidsbeginsel.⁴¹ Zij betogen dat de bestuursrechter dient te beoordelen of het voorgestelde middel evenredig is door te bezien of het bestuursorgaan in het kader van de doel-

middel-beoordeling zorgvuldig onderzoek heeft verricht, maar ook te bezien of de vaststelling van feiten betrouwbaar is en het gekozen middel kan dragen. Dat schrijven zij weliswaar in het kader van exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, maar de verdere operationalisering van de evenredigheids-toetsing lijkt mij ook wenselijk bij de toetsing van voor beroep vatbare besluiten.

6.2.2 Indringendere toetsing via het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel

Indringendere toetsing wordt niet alleen via artikel 3:4 lid 2 van de Awb vormgegeven, maar ook door meer eisen te stellen aan de onderzoeks- en motiveringsverplichtingen op grond van de artikelen 3:2, 3:46 en 7:12 lid 1 van de Awb. In feite komt dit neer op een bestuursrechter die kritischer doorvraagt en meer eisen stelt aan het door het bestuursorgaan verrichte onderzoek en de gegeven motivering. Hoewel voorbeelden hiervan lastig zijn te destilleren uit de jurisprudentie, zijn deze wel te vinden.

Zo was de Afdeling opvallend kritisch op de gegeven motivering waarom door de gemeenteraad van Utrecht was gekozen voor een hoogteaccent bij het Centraal Station van Utrecht, terwijl dit juist het uitzicht vanuit een appartementencomplex flink zou aantasten.⁴² Hoewel bezwaren over aantasting van uitzicht door de Afdeling in planzaken doorgaans worden afgedaan met de standaardoverweging dat er geen recht op een blijvend vrij uitzicht bestaat en zij niet snel een onevenredige aantasting van het uitzicht aannemelijk acht⁴³, stelde de Afdeling zich in dit geval kritischer op. Zij nam niet zonder meer aan dat de wens van de raad om op deze locatie een hoogteaccent aan te brengen zwaarder moest wegen dan de belangen van de omwonenden bij behoud van hun uitzicht. De

39 T. Barkhuysen en W. Den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2018/740.

40 ABRvS 20 juni 2018, *AB* 2018/246, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

41 J.C.A. de Poorten en F. Çapkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10.

42 ABRvS 27 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2077.

43 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1234 en ABRvS 1 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2552.

Afdeling zag niet in waarom aan een hoogteaccent op juist deze plek vanuit stedenbouwkundig oogpunt een zwaarwegend belang toekwam. De Afdeling stuurde de raad door middel van een motiveringsgebrek in een tussenuitspraak op pad om nog eens een andere positionering van het hoogteaccent te bezien. Over de band van artikel 3:46 van de Awb is dit een indringendere toetsing dan vaak gebruikelijk is dus.

In een uitspraak van 13 september 2017 was de Afdeling opvallend kritisch op de door het college van gedeputeerde staten verrichte afweging over de noodzakelijkheid tot het geven van een reactieve aanwijzing met betrekking tot een plan dat voorzag in de vergroting van een agrarisch bouwvlak.⁴⁴ De Afdeling overwoog dat nu in het plan een uitbreiding van de veestapel was uitgesloten en de uitbreiding nodig was in verband met de verplaatsing van kuilvoerplaten en nieuwe sleufsilo's om te voldoen aan de Meststoffenwet, het college zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat een reactieve aanwijzing noodzakelijk was. Daarmee was volgens haar niet voldaan aan het noodzakelijkheids criterium van de artikelen 3.8 lid 6 en 4.2 lid 1 van de Wro. In vergelijking met bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling van 6 en 13 november 2013 valt op dat de gemaakte afweging in dit concrete geval kritisch werd getoetst en dat niet meer werd volstaan met de enkele vaststelling dat er een belang aanwezig was dat zich leende voor behartiging op provinciaal niveau en dat het college in redelijkheid had kunnen overgaan tot een reactieve aanwijzing.⁴⁵ De inzichtelijkheid en volledigheid van de provinciale ruimtelijke

belangenafweging lijken hier indringender te worden getoetst dan voorheen gebruikelijk.

6.2.3 Indringendere toetsing via wijziging van jurisprudentie

Indringendere toetsing krijgt in de jurisprudentie van de Afdeling ook vorm door wijziging van bestaande jurisprudentie die geen of een zeer terughoudende inhoudelijke toetsing met zich bracht bij specifieke onderwerpen zoals de toetsing aan beleidsregels of de beoordeling van herhaalde aanvragen. Zo heeft de Afdeling in het kader van beleidsregels de lijn verlaten dat omstandigheden die bij het opstellen van de beleidsregel zijn of werden geacht te zijn verdisconteerd buiten beschouwing moesten worden gelaten bij de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn die afwijking van de beleidsregel kunnen rechtvaardigen.⁴⁶ Daarnaast kan het verlaten van de strenge jurisprudentie over herhaalde aanvragen worden gezien als een vorm van indringendere toetsing.⁴⁷ De bestuursrechter zal immers niet meer ambtshalve beoordelen of aan de herhaalde aanvraag wel nieuwe feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd en zal, als het bestuursorgaan de herhaalde aanvraag inhoudelijk in behandeling heeft genomen, het besluit op die aanvraag toetsen als ware dit het eerste besluit op de aanvraag. Tot slot mag in dit verband uiteraard de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 over exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften hier niet onvermeld blijven.⁴⁸ Hoewel nog onduidelijk is in hoeverre de Afdeling de bevindingen van Widdershoven zal overnemen in haar jurisprudentie, duidt deze conclusie op minder terughoudendheid bij exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de toetsing van deze

⁴⁴ ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2480.

⁴⁵ ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1815 en 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1883. Zie ook uitgebreid R. Kegge, *Interbestuurlijk toezicht in de ruimtelijke ordening* (diss. Utrecht), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2015, p. 113.

⁴⁶ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

⁴⁷ ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, JB 2017/7, m.nt. L.J.M. Timmermans.

⁴⁸ Conclusie 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

voorschriften aan zowel materiële als formele rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Widdershoven bepleit in dit verband met name een meer gestructureerde toets aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 van de Awb, die volgens hem echter geen striktere inhoudelijke toetsing door de rechter zou moeten inhouden.⁴⁹

Indringendere terughoudende toetsing krijgt dus op verschillende manieren vorm. Ten eerste door bij bevoegdheden die een belangenafweging en beleidsruimte voor het bestuursorgaan met zich brengen aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 van de Awb te toetsen. Ten tweede krijgt indringendere toetsing vorm door meer eisen te stellen aan het door het bestuursorgaan te verrichten onderzoek op grond van artikel 3:2 van de Awb en aan de motivering op grond van de artikelen 3:46 en 7:12 lid 1 van de Awb. In uitspraken is deze vorm van indringendere toetsing lastig herkenbaar omdat deze niet expliciet wordt benoemd. Alleen door een vergelijking met vergelijkbare eerder gedane uitspraken kan voorzichtig de indringendere toetsing in beeld komen. Daarnaast kan indringendere toetsing mogelijk worden gemaakt door strenge jurisprudentie die de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter beperkt bij specifieke onderwerpen te verlaten.

7. Kansen bij indringendere toetsing

Indringendere toetsing is wenselijk zodra terughoudende toetsing door de bestuursrechter is verworden tot een rituele dans waarbij de door het bestuursorgaan gekozen invulling of gemaakte afweging door de bestuursrechter steeds redelijk wordt geoordeeld (vaak in combinatie met het veelvuldig en te makkelijk gebruik van standaardoverwegingen). Van een inhoudelijke betekenisvolle toetsing van het

bestreden besluit is dan geen sprake meer. Dat risico lijkt met name aanwezig bij veelvoorkomende besluiten van bestuursorganen waar de democratische controle op afstand staat, zoals de Belastingdienst of de IND, maar kan zich ook voordoen bij besluiten die wel direct door democratisch gelegitimeerde bestuursorganen worden genomen, zoals de vaststelling van het bestemmingsplan door de direct gekozen gemeenteraad. Ook bij die besluiten is het meestal een fictie dat de gemeenteraadsleden beschikken over een volledig beeld van alle belangen van betrokkenen en zal vaak de beleidsmatige ambtelijke voorbereiding van het plan van doorslaggevend belang zijn voor de besluitvorming van de raad. Waar Hirsch Ballin er bij de uitvoering van beleid op wijst dat de gedachte van politieke aansturing van de nadere afwegingen weinig realistisch is⁵⁰, is volgens mij een volledige democratische controle van de gemeenteraad bij een uitvoerig ambtelijk voorbereid en vaak veelomvattend en complex besluit als een bestemmingsplan evenmin erg realistisch en kan dit ook een reden zijn voor indringendere toetsing. Bovendien is democratische controle door een bestuursorgaan naar zijn aard niet gelijk te stellen met individuele rechtsbescherming door de toetsende bestuursrechter. Zo speelt bij de vaststelling van een bestemmingsplan de politieke samenstelling van de raad een belangrijke rol en zal de democratische controle zich doorgaans concentreren op de politieke beleidsmatige keuzes en het gewicht dat is toegekend aan de verschillende belangen. Widdershoven wijst erop dat rechterlijke (exceptieve) toetsing principieel anders is dan politieke controle omdat de rechter aan de hand van een concrete zaak aan het recht toetst en hij het 'benefit of hindsight' heeft en daardoor de specifieke gevolgen van een besluit voor een

49 R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2018/30.

50 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrecht-spraak', in E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tolenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-pleidvies (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 27.

of meer belanghebbenden beter in beeld krijgt.⁵¹

Ortlep en Zorg constateren dat de geconditioneerde respons van de bestuursrechter om bij beslissingsruimte terughoudend te toetsen steeds meer plaats maakt voor toetsing op maat.⁵² De aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen zouden moeten dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing is. Naarmate de inbreuk op de belangen van appellanten door het bestreden besluit groter is, zou de indringendheid van de terughoudende toetsing dan moeten toenemen. Een redenering waar veel voor valt te zeggen en die ook nadrukkelijk terug te vinden is in de eerdergenoemde Groningse gaswinningszaken. Onder meer daar waar grondrechten in het spel zijn, kan een effectieve rechtsbescherming een indringendere toetsing vergen. Bestuursorganen worden op die manier meer gedwongen om alle belangen in beeld te brengen en inzichtelijk te maken welk gewicht aan welk belang is toegekend en waarom. Op die manier kan indringendere toetsing bijdragen aan beter gemotiveerde besluiten en wellicht ook aan meer draagvlak voor die besluiten bij belanghebbenden. Dit alles is niet baanbrekend en staat eigenlijk al jaren keurig verwoord in de artikelen 3:2, 3:4 lid 2 3:46 en 7:12 lid 1 van de Awb. Nieuw is echter wel dat de Afdeling minder snel genoeg lijkt te nemen met vage beleidsmatige motiveringen zonder dat ook echt naar de concrete omstandigheden van het geval is gekeken. Dat is pure winst en zal hopelijk de hoeveelheid gebakken lucht en vaag beleidsgeklots in veel (ruimtelijke) besluiten iets doen afnemen.

8. Risico's bij indringendere toetsing

Te veel terughoudendheid bij beslissingsruimte kent dus het risico dat de rechterlijke toetsing van voor beroep vatbare besluiten wordt gereduceerd tot een rituele dans waarbij de uitkomst vrijwel steeds redelijk wordt bevonden en de individuele rechtsbescherming in een vacuüm terecht komt. Ook de Afdeling onderkent dit risico en heeft verschillende keren overwogen dat als er beroep wordt opengesteld tegen besluiten met beslissingsruimte zij wel inhoud moet geven aan haar terughoudende toetsing. Dit betekent niet dat terughoudende toetsing het karakter van volle toetsing zou moeten krijgen. Steeds dient de bestuursrechter zich bewust te zijn van de positie van bestuursorganen en zijn eigen controlerende positie in het staatsbestel. Bestuursorganen moeten hun bevoegdheden kunnen uitoefenen en daarbij de door de wetgever gegeven beslissingsruimte kunnen benutten. De bestuursrechter mag niet zelf politiek gaan bedrijven door in die ruimte te treden. Zo mag de Afdeling in een planzaak niet zelf vaststellen wat volgens haar 'een goede ruimtelijke ordening' is voor een bepaald gebied, maar moet zij zich beperken tot een beoordeling of de door de gemeenteraad gemaakte afweging redelijk is. Die terughoudende toetsing doet zij door middel van toetsing aan het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel en een beoordeling van de uitkomst van het besluitvormingsproces aan de hand van het evenredigheidsbeginsel. Daarmee is het risico van een te indringend toetsende bestuursrechter echter nog niet geweken. Schueler heeft erop gewezen dat de rechter een oordeel kan presenteren als toetsing aan het motiveringsbeginsel, terwijl hij eigenlijk een inhoudelijk oordeel geeft over de door het bestuur gehanteerde argumenten en dat de beginselen van behoorlijk bestuur zo een dekmantel kunnen worden voor onuitgesproken

⁵¹ Zie Conclusie staatsraad advocaat-generaal van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

⁵² R. Ortlep en W. Zorg, 'Van marginale toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', AA januari 2018.

normatieve oordelen en politieke rechtspraak.⁵³ Hetzelfde kan volgens mij gelden voor toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel. De bestuursrechter dient bij beleidsruimte te controleren of het bestuursorgaan de relevante feiten en belangen heeft geïnventariseerd en een logische en consistente motivering heeft gegeven over de gemaakte belangenafweging. Daarbij moet inzichtelijk zijn welk gewicht aan welk belang is toegekend en dat de mogelijk nadelige gevolgen van het besluit voor een of meer belanghebbenden niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Dat vergt een kritische toetsing, maar het is niet aan de bestuursrechter om zelfstandig een ander gewicht aan belangen toe te kennen en een andere afweging te maken dan het bestuursorgaan. Zolang de gemaakte afweging van het bestuursorgaan is gebaseerd op deugdelijk onderzoek en inzichtelijk is en de uitkomst van de gemaakte afweging een redelijke is, hoort de bestuursrechter niet tot een vernietiging te komen. Komt hij wel tot een vernietiging omdat bijvoorbeeld het vereiste onderzoek onvolledig was of de motivering niet inzichtelijk, dan komt de bevoegdheid om zelf te voorzien op grond van artikel 8:72 lid 3 onder b, van de Awb in beeld. Hoewel het criterium dat zelf voorzien alleen toegestaan was alsnog maar één beslissing mogelijk was al enige tijd is verlaten⁵⁴, brengen ook de ruimere mogelijkheden om zelf te voorzien niet met zich dat de bestuursrechter zijn eigen afweging dan in de plaats mag stellen van die van het bestuursorgaan. Zelf voorzien is immers alleen mogelijk als aannemelijk is dat andere belanghebbenden hierdoor niet kunnen worden benadeeld, de betrokken partijen over het zelf voorzien zijn gehoord en de uitkomst van het zelf voorzien rechtmatig is. Te vergaand

zelf voorzien wordt door de Afdeling in hoger beroep ook afgestraft, zoals blijkt uit haar uitspraak van 8 augustus 2018.⁵⁵

Voor het zelfstandig invullen van de bestuurlijke beslissingsruimte mist de bestuursrechter specifieke deskundigheid en de instrumenten, terwijl het bevoegde bestuursorgaan hierover wel beschikt en zodoende een zorgvuldige volledige belangenafweging kan maken. Reeds daarom moet de bestuursrechter voldoende afstand bewaren. Het is dan ook opmerkelijk dat bijvoorbeeld Verhoeven in het kader van de bestuurlijke afwegingsruimte die de wetgever in de Omgevingswet bewust heeft willen vergroten, juist ruimte lijkt te zien voor een vollere toetsing door een actievere bestuursrechter.⁵⁶ Dat lijkt haaks te staan op de bedoeling van de wetgever en is een te vergaande interpretatie van de weliswaar indringendere, maar nog steeds terughoudende toetsing.

Naast het risico op politiek gekleurde rechtspraak is een ander risico van indringendere toetsing dat het indringendere toetsingskader niet consequent wordt toegepast door de bestuursrechter in zaken waarin dezelfde wettelijke normen aan de orde zijn.

De Afdeling heeft tot nu toe bij een beperkt aantal zaken met een evident groot maatschappelijk belang, zoals de Groningse gaswinningzaken en een zaak over het rijksinpassingsplan voor een groot windpark, expliciet aandacht gegeven aan haar indringendere toetsingskader en daarbij artikel 3:4 lid 2 van de Awb betrokken. Ook bij bestemmingsplannen die onder van de Crisis- en herstelwet vallen en op grond waarvan mag worden geëxperimenteerd met het nieuwe instrumentarium van de Omgevingswet, is door de Afdeling expliciet aan artikel 3:4 lid 2 van de

53 Zie ook B.J. Schueler, 'Liever geen Spaghetti a la Guidiziaria. De vorming van algemeen bestuursrecht door de rechter', in: *Rechterlijk activisme, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

54 Zie in dit verband B.J. Schueler, 'Inrijverbod Hattem', *ABKlassiek*, Deventer: Kluwer 2016, p. 559-573.

55 ABRvS 8 augustus 2018, AB 2018/333, m. nt. A.M.L. Jansen.

56 M.J.M.M. Verhoeven, 'Geen marginale toetsing meer in omgevingsrecht', *Trema* 09/2017.

Awb getoetst om te beoordelen of de verdeling van de zogenoemde milieugebruiksruimte niet onevenredig was.⁵⁷ Maar wat nu als je als belanghebbende niet bent betrokken bij een experimenteel besluit of juist betrokken bent bij een besluit met een wat minder groot maatschappelijk belang? En wie bepaalt dat laatste? Het valt op dat bij 'reguliere' planzaken in de standaardoverweging over het toetsingskader artikel 3:4 lid 2 Awb niet wordt genoemd door de Afdeling en dat beroepsgronden over het evenredigheidsbeginsel over de band van de afweging in het kader van 'een goede ruimtelijke ordening' worden afgedaan.⁵⁸ Op zich hoeft dat niet problematisch te zijn als de Afdeling daarmee bedoelt dat de norm van 'een goede ruimtelijke ordening' automatisch ook inhoudt dat de gemaakte afweging van de ruimtelijk relevante belangen evenredig moet zijn. Dat wordt echter niet duidelijk in de jurisprudentie en de expliciete verwijzing naar artikel 3:4 lid 2 van de Awb in eerdergenoemde zaken doet vermoeden dat de Afdeling juist wel een toegevoegde waarde ziet in toetsing aan artikel 3:4 lid 2 van de Awb ten opzichte van de norm van 'een goede ruimtelijke ordening'.

Ook bij indringendere toetsing aan de hand van artikel 3:2 en 3:46 van de Awb speelt het risico van een inconsequente toepassing door de bestuursrechter. Als de bestuursrechter in een zaak kritisch doorvraagt, maar in een andere en vergelijkbare zaak niet, dan weet het betrokken bestuursorgaan op een gegeven moment niet meer hoe zwaar de onderzoeks- en motiveringslast precies is. Dit werkt willekeur en onnodig hoge onderzoekslasten in de hand. Toetsing op maat klinkt prachtig, maar moet er niet toe gaan leiden dat bestuursorganen en belanghebbenden op basis van vergelijkbare zaken geen redelijke inschatting meer kunnen maken van hun rechtspositie en de mogelijke uitkomst van de beroepsprocedure.

57 ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1709.

58 ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:288.

9. Conclusies

Beslissingsruimte is vaak wenselijk en noodzakelijk om bestuursorganen in staat te stellen om binnen een groot scala van omstandigheden hun bevoegdheden op een zinvolle manier aan te wenden. Die beslissingsruimte mag echter niet onbegrensd zijn en in de weg staan aan een betekenisvolle toetsing door de bestuursrechter. Het is aan de bestuursrechter om te beoordelen of de door het bestuursorgaan gekozen invulling of gemaakte afweging binnen bepaalde marges blijft. Vandaar het begrip "marginale toetsing". Dat de Afdeling inmiddels afscheid heeft genomen van dit begrip omdat dit een te vrijblijvende opstelling van de bestuursrechter zou suggereren, betekent niet reeds dat de toetsingsintensiteiten door de Afdeling zijn veranderd. Wel volgt uit de jurisprudentie van de Afdeling dat zij de terughoudende toetsing van beslissingsruimte van bestuursorganen probeert te intensiveren. Die zogenoemde indringendere toetsing krijgt tot nu toe op drie manieren vorm. Ten eerste heeft de Afdeling in een beperkt aantal zaken nadrukkelijk het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 van de Awb in haar toetsingskader betrokken. Ten tweede valt uit de jurisprudentie af te leiden dat indringendere toetsing ook via het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel van de artikelen 3:2, 3:46 en 7:12 lid 1 van de Awb vorm krijgt omdat de Afdeling kritischer doorvraagt naar de inventarisatie van de betrokken belangen en meer inzicht verlangt in de motivering van het bestuursorgaan. Ten derde krijgt indringendere toetsing vorm doordat de Afdeling op een aantal specifieke onderwerpen haar beperkte jurisprudentie heeft verlaten, die aan een inhoudelijke toetsing in de weg stond. Indringendere toetsing is wenselijk zodra terughoudende toetsing is verworden tot een rituele dans waarbij de uitkomst steeds redelijk wordt geacht door de bestuursrechter en door het ontbreken van een betekenisvolle toetsing de rechtsbescherming van belanghebbenden in een vacuüm terecht komt. Bestuurs-

organen worden bij een indringender toetsende bestuursrechter eerder gedwongen om alle concrete belangen in beeld te brengen en inzichtelijk te maken welk gewicht aan welk belang is toegekend en waarom. Op die manier kan indringendere toetsing bijdragen aan beter gemotiveerde besluiten en wellicht ook aan meer draagvlak voor die besluiten bij belanghebbenden. Dat is winst. Maar indringendere toetsing kent ook risico's. De bestuursrechter zal zich bewust moeten blijven van zijn controlerende positie in het staatsbestel en moet ervoor waken dat hij politiek gekleurde uitspraken doet en daarmee de beslissingsruimte van het bestuursorgaan veronachtzaamt. Daarnaast bestaat bij indringendere toetsing het risico dat de bestuursrechter het toetsingskader inconsequent toepast in zaken waarin dezelfde wettelijke normen van toepassing zijn. Tot nu toe lijkt de Afdeling vooral ruimte te zien voor een iets indringendere toetsing bij zaken met een groot maatschappelijk belang of bij besluiten met een experimenteel karakter. Hoewel begrijpelijk, zijn hier wel vraagtekens bij te zetten en wordt het tijd om de indringendere toetsing op een inzichtelijke en consequente wijze door te voeren in het toetsingskader van iedere zaak waar beslissingsruimte een rol speelt. Indringendere toetsing mag immers niet gaan leiden tot willekeur, ook niet onder de noemer van toetsing op maat.

Over de auteur

Mr.dr. R. (Rogier) Kegge

Universitair docent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.