

Naar een eenvormige(r) toetsing?

Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht

De klassieke indeling tussen gebonden en discretionaire bevoegdheden bij de invulling van de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen komt steeds vaker op de helling te staan. Onder invloed van supranationale regelgeving, zoals in het bijzonder – het volle rechtsmachtvereiste van – artikel 6 EVRM¹ en fundamentele rechten zoals opgenomen in de artikelen 2, 3 en 8 van het EVRM, bestaat er een tendens om de toetsing te verruimen wat betreft de omvang en tevens te intensiveren², hetgeen de discretionaire marge van het bestuur beperkt. Na vernietiging van besluiten verwijst de bestuursrechter de zaak niet zonder meer terug naar het bevoegd gezag, maar kan hij deze onder omstandigheden ook zelf afdoen.³ De burgerlijke rechter legt de overheid soms verplichtingen op die haar beslissingsruimte en -vrijheid beperken.⁴ Gegeven recente

¹ In het kader van administratieve sanctieprocedures gaat het Hof van Cassatie (en het merendeel van de rechtsleer) er bijvoorbeeld van uit dat een rechter een sanctie die kwalificeert als straf in de zin van art. 6 EVRM vol moet toetsen. De Belgische Raad van State, daarentegen, houdt nog steeds vast aan een kennelijke onredelijkheidstest.

NB.: Pieter-Jan Van de Weyer is in februari jl. gepromoveerd op zijn proefschrift over de invloed van de volle rechtsmachtvereiste in de zin van artikel 6 EVRM in bestuursgeschillen, onder promotorschap van Steven Lierman en Paul Lemmens.

² Zo controleerde de Belgische Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: RvV) niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, maar gaat hij ook na of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of deze de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. Een interessante casus is die van de humanitaire visa. In het najaar van 2016 ontspon zich een mediahete nadat de RvV de Belgische overheid in het kader van een schorsingsprocedure had verplicht om de verzoeker een humanitair visum kort verblijf af te geven (vgl. RvV 20 oktober 2016, nr. 176.577; RvV 25 mei 2016, nr. 168.363). Uit politieke hoek werd gesproken over een 'gouvernement des juges'.

³ De urgentie en de hardleersheid van de overheid kan worden aangegrepen om de overheid tot een bepaalde beslissing te verplichten. Zo gelastte de Belgische Raad van State een klassenraad in een schorsingsarrest van 13 november 2012 om de verzoeker een A-attest toe te kennen. Hierbij speelde de tijdsdruk en het feit dat de klassenraad zich weigerde te conformeren aan eerdere schorsingsarresten. (vgl. RvS 13 november 2012, nr. 221.394, Peeters). Zie voor een meer terughoudend oordeel het Hof van Beroep, Antwerpen 15 januari 2018, nr. 2016/AR/239.

⁴ De burgerlijke rechter vond in fundamentele rechten een hefboom om verder te gaan dan het louter vaststellen van eventuele onrechtmatigheid van bestuurshandelen. In de Urgenda-zaak leidde het Gerechtshof Den Haag uit de artikelen 2 en 8 EVRM de verplichting af om tegen eind 2020 de uitstoot van broeikasgassen met minstens 25% procent te reduceren tegenover 1990, waartoe hij de Staat veroordeelde (vgl. Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, nr. 200.178.245/01, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591). In België schoof het Hof van Beroep te Brussel bij de beoordeling van een spreidingsplan van de vluchten boven Zaventem in het licht van art. 8 EVRM een eigen

beslissingen⁵ is relevant te analyseren, welke de basis vormt voor die ontwikkelingen en te bezien waar nu nog de grenzen liggen. Centraal bij deze analyse staat het opsporen van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn,⁶ alsmede de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht / Nederland en België hier van elkaar kunnen leren.

Vraag 1:

Aan welke beginselen toetst de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter het bestuurshandelen (naast wet en regelgeving, supranationale bepalingen inbegrepen)? Gaat het daarbij alleen om het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging of tevens om andere geschreven en / of ongeschreven rechtsbeginselen⁷? In welke mate is de rechter bij zijn toetsing in beginsel nog terughoudend?

Vraag 2:

In welke gevallen laat de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter zijn terughoudendheid varen? Gaat het daarbij (alleen) om gevallen van toepasselijkheid van algemene rechtsbeginselen / normen die in rechtstreeks werkende supranationale bepalingen zijn opgenomen, en zo ja, welke? In welke gevallen hebben supranationale bepalingen rechtstreekse werking?⁸

beoordelingscriterium naar voor – de graad van blootstelling – evenwel zonder de rechtmatigheid na te gaan van het beoordelingscriterium dat door de overheid werd gehanteerd – het criterium van de bevolkingsconcentratie. Het Hof van Cassatie zag hierin een schending van het principe van de scheiding der machten (vgl. Cass. 4 maart 2004, AR C.03.0346.N en C.03.04448.N).

⁵ Zie de hiervoor gegeven voorbeelden.

⁶ Verschil in toetsing tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter komt in de Belgische rechtspraak bijvoorbeeld tot uiting in de context van politiemeasures. Het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door de lagere rechters, laat aan lokale besturen in dit verband een ruimere appreciatiemarge. Zo verzet het Hof van Cassatie zich, in tegenstelling tot de Raad van State, niet noodzakelijk tegen algemene sluitingsmaatregelen. (vgl. RvS 24 mei 2011, nr. 213.449, BVBA Solanis en Cass. 18 mei 1988, *Arr.Cass.* 1988, nr. 579).

⁷ Zie voor een zaak over (geïntensiveerde) toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in het aanbestedingsrecht Hoge Raad 6-7-2018, ECLI:NL:HR:2018:1096 (Connexxion Taxi Services/Staat). Vervolg op HR 27 maart 2015, NJ 2015/169 en HvJ EU 14 december 2016, NJ 2018/206. Zie voor België ook in dit verband het hiervoor in noot 3 reeds vermelde, recente arrest van het Hof van Beroep in Antwerpen in het kader van een studievoortgangsbepaling, waarin het Hof oordeelde dat de Raad van State te ver ging door een C-attest te schorsen en de klassenraad te verplichten een A-attest toe te kennen (Antwerpen 15 januari 2018, nr. 2016/AR/239).

⁸ Vgl. Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Rookverbod).

Vraag 3:

Zijn er voor de rechter rechtens ook mogelijkheden voor reflexwerking van niet rechtstreeks werkende supranationale bepalingen?

Vraag 4:

Welke invloed heeft de aanwezigheid van grondrechten / fundamentele rechten in voorkomend geval op de omvang, de intensiteit en het resultaat van de toetsing?

Vraag 5:

Hoever reikt de toetsing in onder 2) en 4) bedoelde gevallen zowel wat betreft de omvang als de intensiteit ervan? Om welke bestuursbeslissingen gaat het daarbij? Indien bedoelde bepalingen voorzien in een 'margin of appreciation' voor het bestuur, wat betekent dat dan voor de toetsingsruimte van de rechter?

Vraag 6:

In welke gevallen ziet de rechter reden zaken 'zelf af te doen' (de bestuursrechter) / de overheid verplichtingen op te leggen die haar beleids- en beoordelingsvrijheid beperken (de burgerlijke rechter)?

Vraag 7:

Zijn er verschillen tussen de toetsing door de bestuursrechter en de burgerlijke rechter en zo ja, welke? Zijn deze al dan niet gerechtvaardigd en zo ja, waarom en zo nee, doen zich als gevolg daarvan fricties voor en welke oplossing wordt daarvoor dan voorgestaan? Zijn er over en/of weer leerpunten te signaleren?

Op welke punten kunnen België en/of Nederland van elkaar leren?

NB.: de vragen 1 t/m 6 zijn door sprekers-auteurs als eerste te beantwoorden (ten behoeve van het concept-paper); vraag 7 is bij uitstek geschikt voor de dialoog tijdens de expertmeeting.