

Toetsing van het bestuurshandelen in het privaatrecht

Joost van der Helm

0. Inleiding

0.1 Overheidslichamen nemen op allerlei manieren deel aan het rechtsverkeer. Zij doen dat niet alleen als partij bij reguliere privaatrechtelijke overeenkomsten, maar ook als drager van publiekrechtelijke bevoegdheden. De overheid is regelgever en handhaver (zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk), subsidieverstrekker, uitvoerder van regelgeving en daarnaast speler op het internationale toneel. De vrijheid van de overheid om opdrachten te verlenen is daarbij gebonden door aanbestedingsrechtelijke regels. Bij vrijwel al die optredens zijn er belangen van derden in het geding, waarvoor in rechte kan worden opgekomen. In dit paper zal ik ingaan op de vraag aan welke beginselen de burgerlijke rechter het bestuurshandelen toetst. Ik richt mij daarbij specifiek op niet-contractuele aansprakelijkheid van de overheid. Die niet-contractuele aansprakelijkheid kan vele vormen aannemen. Een besluit kan onrechtmatig zijn, wetgeving kan onrechtmatig zijn en ook rechtspraak kan onrechtmatig zijn. Maar daarnaast kan de overheid vele feitelijke handelingen verrichten die onrechtmatig kunnen zijn en kunnen bevoegdheden worden toegepast op een wijze die onrechtmatig is.¹ Het gaat mij met name om die laatste categorieën, zij het dat het uitvaardigen van lagere wetgeving ook tot het bestuurshandelen wordt gerekend en dus ook wordt betrokken in de beantwoording van de vraagstelling.²

0.2 Het is van belang te onderkennen dat artikel 2:1 lid 1 BW rechtspersoonlijkheid toekent aan (slechts) de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend. Daarmee staan die rechtspersonen blijkens artikel 2:5 BW voor het vermogensrecht gelijk aan natuurlijke personen en kunnen zij dus als eiser of gedaagde in rechte optreden. Het tweede lid van artikel 2:1 BW opent de mogelijkheid dat bij wet aan andere lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, rechtspersoonlijkheid wordt toegekend. Een voorbeeld daarvan is te vinden in artikel 2, lid 2 van de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer, dat aan Staatsbosbeheer rechtspersoonlijkheid toekent.³

0.3 Ik wijs erop dat het nadrukkelijk de (publiekrechtelijke) rechtspersoon is die bij de burgerlijke rechter kan optreden en niet de organen.⁴ Op dat uitgangspunt kan slechts een uitzondering worden aangenomen als daartoe een bijzondere grond bestaat, zoals, in de woorden van de Hoge Raad, *‘in het geval dat de wet een orgaan van een rechtspersoon uitdrukkelijk procesbevoegdheid toekent’*. Het bestaan van vertegenwoordigingsbevoegdheid is daartoe overigens niet voldoende.⁵ Wanneer ik hierna spreek over “het bestuur” of “de overheid” heb ik het oog op de rechtspersoon die bij de burgerlijke rechter kan optreden. Het bestuursorgaan kan (en zal veelal) deel uitmaken van die rechtspersoon, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de minister, die (bestuurs)orgaan is van de Staat.

Vraag 1:

Aan welke beginselen toetst de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter het bestuurshandelen (naast wet en regelgeving)? Gaat het daarbij alleen om het verbod van een

¹ Zie hierover uitvoeriger: G. Snijders, Mon. BW A26b, nr. 25a.

² Zie over de onrechtmatige rechtspraak het themanummer O&A 2017/2. Zie over onrechtmatige wetgeving: R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009. Ook: HR 18 september 2015, NJ 2016, 166, m.nt. S.D. Lindenberg (vakantiedagen).

³ Wet van 11 september 1997, Stb. 1997, 514.

⁴ HR 25 november 1983, NJ 1984, 297, m.nt. W.H. Heemskerk en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1117, NJ 2015, 265, m.nt. J.W. Zwemmer.

⁵ HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2233.

kennelijk onredelijke belangenafweging of tevens om andere geschreven en / of ongeschreven rechtsbeginselen? In welke mate is de rechter bij zijn toetsing in beginsel nog terughoudend?

Verkort antwoord: De burgerlijke rechter toetst niet alleen aan het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging, maar ook aan andere geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen. De vraag of de rechter terughoudend toetst is van verschillende factoren afhankelijk.

Toetsingskader bestuurshandelen – toetsing aan beginselen

1.1 Bij beantwoording van de vraag aan welke beginselen de burgerlijke rechter toetst, is het van belang voorop te stellen dat al in het arrest *Guldemon / Noordwijkerhout* is vastgesteld dat de bevoegdheid van de (burgerlijke) rechter wordt bepaald door het ingeroepen recht en niet door de aard van het recht waarop de verweerder zijn verweer grondt.⁶ Met andere woorden: wanneer iemand stelt dat de overheid onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld of dreigt te handelen, is de burgerlijke rechter in beginsel bevoegd van een daarop gebaseerde vordering kennis te nemen.

1.2 Voor onrechtmatig overheidshandelen bestaat geen bijzondere privaatrechtelijke regel.⁷ Het overheidshandelen wordt dus “gewoon” getoetst aan het bepaalde in artikel 6:162 BW.⁸ Om te onderzoeken of een bepaald bestuurshandelen onrechtmatig is, moet dus worden onderzocht of dat handelen in strijd is met een wettelijke plicht, inbreuk maakt op een subjectief recht, of als maatschappelijk onzorgvuldig heeft te gelden. Mede gelet op de bijzondere positie van de overheid kan onder omstandigheden worden aangenomen dat voor de overheid een strengere norm moet gelden dan voor andere deelnemers aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer.⁹ Ten aanzien van de toetsing van informatieverstrekking door Bureau BIBOB overwoog de Hoge Raad echter:

“Voor het aannemen van een onrechtmatige daad van de Staat in een geval als het onderhavige gelden geen andere maatstaven dan die van art. 6:162 BW. Voor zover in cassatie van belang komen die erop neer dat het Bureau onrechtmatig handelt indien het bij de uitoefening van zijn hiervoor in 3.4.1-3.4.3 omschreven wettelijke taak, in het bijzonder bij het uitbrengen van zijn advies, niet de zorgvuldigheid in acht neemt die in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokkene betaamt. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Het hof heeft kennelijk een andere – strengere – maatstaf aangelegd dan hierboven vermeld. Daarmee heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.”

1.3 Ook de algemene stelling dat “voor de minister bij zijn publieke taakvervulling een strengere maatstaf moet gelden” dan voor anderen, is door de Hoge Raad bij de toepassing van het bepaalde in artikel 5:58 Wft verworpen.¹⁰ Wanneer het gaat om schending van de wettelijke beslistermijn zijn bovendien bijkomende omstandigheden nodig om die schending onrechtmatig te doen zijn.¹¹

⁶ HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 (*Guldemon/Noordwijkerhout*).

⁷ Artikel 8:88 Awb bepaalt in welke gevallen de bestuursrechter bevoegd is een schadevergoeding toe te kennen, maar bevat evenmin een materiële regel voor die aansprakelijkheid.

⁸ Hierover ook: M.W. Scheltema, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:612 BW, aant. V.1.2.1.

⁹ En soms ook een minder strenge norm, zie G. Snijders, 2016/25a. Zie voor een rechtsvergelijkend perspectief: A.L.M. Keirse en R. Oortlepp, Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief, *O&A* 2017/2.

¹⁰ HR 30 september 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2213*.

¹¹ HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 6, m.nt. M.R. Mok; HR 11 januari 2013, *AB* 2014, 15, m.nt. C.N.J. Kortmann. Zie hierover ook: L. di Bella, de onrechtmatige overheidsdaad: het heden, in: R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J.A.F. Peters, M.W.C. Feteris, G. Snijders en L.A.D. Keus, *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer 2015: Wolters Kluwer, p. 61 e.v.

1.4 Een handelen in strijd met een wettelijke plicht kan op veel wettelijke plichten betrekking hebben, en in ieder geval ook op publiekrechtelijke normen. Al in het *Ostermann-arrest* overwoog de Hoge Raad immers dat hij die een wettelijk voorschrift overtreedt, een onrechtmatige daad pleegt, *“onverschillig of dat voorschrift een privaatrechtelijk dan wel een publiekrechtelijk karakter draagt.”*¹² Omdat het oordeel van de Hoge Raad betrekking had op “wettelijke voorschriften” was daarmee nog niets gezegd over ongeschreven rechtsbeginselen.¹³

1.5 In de *Landsmeer-arresten* overwoog de Hoge Raad vervolgens dat een rechtstreekse toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur buiten de taak van de burgerlijke rechter valt, zij het dat niet werd uitgesloten geacht dat die beginselen “binnen het kader van de beoordeling van de vraag of de vorderende autoriteit in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, onder omstandigheden in het oordeel van den rechter zullen kunnen worden betrokken.”¹⁴ Volgens Scheltema bestond er na deze arresten onduidelijkheid over de vraag of er wel of niet rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kon worden getoetst.¹⁵ In het arrest *Amsterdam / Ikon* maakte de Hoge Raad daaraan in ieder geval een einde door te overwegen dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen.¹⁶ Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat onjuist was de opvatting *“dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben.”* De Hoge Raad herhaalde de regel dat een overheidslichaam is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder meer in zijn arrest van 8 juli 1991.¹⁷ In zijn arrest van 24 april 1992 (*Zeeland / Hoondert*) verwierp de Hoge Raad bovendien met zoveel woorden de stelling dat voor de rechtstreekse toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen plaats is buiten de door de goede trouw beheerste (rechts)verhoudingen.¹⁸ De Hoge Raad overwoog:

“Zoals reeds besloten ligt in HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 en ook tot uitdrukking is gebracht in art. 3:14 BW mag de overheid bevoegdheden die haar naar burgerlijk recht toekomen — zoals hier de bevoegdheid tot aanbesteding en gunning van een werk — niet uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht. Dit brengt mede dat de rechter deze bevoegdheidsuitoefening, onverschillig of er al dan niet sprake is van een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding — waarvan hier trouwens wel sprake is —, dient te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ongeacht of deze geschreven of ongeschreven recht opleveren.”

1.6 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen ook via de band van de redelijkheid en billijkheid binnen de verhouding tussen een burger en de overheid doorwerken, ook indien sprake is van een gebonden beschikking *“nu zulks strookt met de maatstaven die in het algemeen ter zake van een redelijke rechtsbescherming tegen de overheid worden aanvaard en deze beginselen hier tevens kunnen worden gezien als een met de aard van de verbintenis jegens de Staat ter zake van het door*

¹² HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89 (*Ostermann*).

¹³ Vgl. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p.28. Zie ook de noot van M.W. Scheltema onder HR 22 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam / Ikon*).

¹⁴ HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204.

¹⁵ M.W. Scheltema in zijn noot onder HR 22 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam / Ikon*).

¹⁶ HR 22 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam / Ikon*), m.nt. M.W. Scheltema.

¹⁷ HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691, m.nt. M.W. Scheltema (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*). Zie ook HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (*Körfer / Heerlen*), waaruit is af te leiden dat de Gemeente bij de toepassing van haar bevoegdheden als verhuurder ook gebonden is aan – in het bijzonder – het gelijkheidsbeginsel.

¹⁸ HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, m.nt. M.W. Scheltema (*Zeeland / Hoondert*).

deze geheven griffierecht samenhangend uitvloeisel van de voor verbintenissen in het algemeen geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.”¹⁹ Ook in zijn arrest van 9 januari 1998 overwoog de Hoge Raad dat bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW op overeenkomsten met de overheid “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerkingen dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art.3:1 lid 1 Algemene Wet bestuursrecht (Awb).”²⁰ Opmerking bij een en ander verdient overigens dat uit het arrest *Conformed/RZG* kan worden afgeleid dat voor toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht vereist is dat het betrokken overheidsorgaan een bestuursorgaan is in de zin van de Awb.²¹

Artikel 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb

1.7 Dat het bestuurshandelen getoetst moet worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is ook neergelegd in artikel 3:14 BW, waarin is opgenomen dat de bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Het gaat bij de toepassing van dit artikel nadrukkelijk om de privaatrechtelijke bevoegdheden omdat de toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden vanzelfsprekend direct wordt beheerst door het publiekrecht.²² Artikel 3:14 BW heeft niet alleen betrekking op de geschreven regels van publiekrecht, maar ook op de ongeschreven regels van publiekrecht. Die ongeschreven regels zijn met name ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die niet in de Awb zijn neergelegd.²³ Tot de geschreven regels van publiekrecht behoren vanzelfsprekend ook de mensenrechten en de grondrechten. Een voorbeeld van de toepassing van dat laatste is te vinden in het arrest *Rasti Rostelli* dat betrekking had op de weigering van de gemeente Rijssen om een zaal te verhuren aan de artiest Rasti Rostelli, waarbij die weigering werd gemotiveerd met het argument dat de voorgenomen “show niet past binnen de gebruiksvoorwaarden van het Parkgebouw”.²⁴ Die gebruiksvoorwaarden hielden onder meer in dat activiteiten niet “godslasterlijk, zedenbedervend of provocerend mogen zijn.” De weigering van de gemeente werd vervolgens getoetst aan de in de Grondwet beschermde vrijheid van meningsuiting, die iedere preventieve beperking door de overheid van de meningsuiting verbiedt. Op de toetsing aan uit het internationaal recht voortvloeiende beginselen, ga ik hierna in.²⁵

1.8 Artikel 3:1 lid 2 Awb bepaalt dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van de Awb van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van

¹⁹ HR 27 september 1996, *NJ* 1997, 39, m.nt. C.J.H. Brunner.

²⁰ HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363, m.nt. A.R. Bloembergen (*Kinderdagverblijf Snoopy*). De Hoge Raad scherpt ook nog even in dat er een verschil bestaat tussen de normen “in strijd met de redelijkheid en billijkheid” enerzijds en “naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar” anderzijds.

²¹ HR 4 april 2003, *AB* 2003, 55, m.nt. F.J. van Ommeren.

²² P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, a.w., p. 467.

²³ PG Boek 3, inv. 3, 5 en 6, p. 1052.

²⁴ HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728, m.nt. E.A. Alkema (*Rasti Rostelli*). Snijders wijst er overigens terecht op dat de grond- en mensenrechten uit eigen hoofde gelden en niet omdat artikel 3:14 Bw ernaar verwijst of artikel 3:1 lid 1 Awb ze noemt: G. Snijders, *Mon. BW* A.26a, p. 63.

²⁵ Dat er ook zorgplichten voor de overheid voortvloeien uit internationale regelgeving wordt goed geïllustreerd door HR 12 oktober 2012, *NJ* 2013, 22, m.nt. E.A. Alkema (*minderjarige vreemdelingen*). Zie voor een overzicht van die zorgplichten ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneriyildiz naar Urgenda*, *RM Themis* 2019-1. Zie voor een voorbeeld waarin het internationaal recht geen grondslag bood voor een verplichting van de Staat HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2341 (*onderwijs van de Turkse taal*). In HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 3 (*Hirsi Ali*) werd het optreden van de Staat, dat erin bestond een beveiligde woning in een appartementencomplex in te richten, onder meer getoetst aan artikel 8 EVRM.

de handelingen zich daartegen niet verzet. Daarmee worden in ieder geval alle gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing verklaard op het bestuurshandelen dat geen besluit is. Het gaat om een ruime categorie van onder meer (ook) mondelinge beslissingen, feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen.²⁶ Voor de niet-gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur is men aangewezen op artikel 3:14 BW.²⁷

1.9 Reeds uit het feit dat artikel 3:14 BW betrekking heeft op alle geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat de burgerlijke rechter aan méér toetst dan alleen de kennelijk onredelijke belangenafweging. Voor de wijze waarop die toetsing uitpakt bij de verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zij in de eerste plaats verwezen naar Snijders.²⁸ Ook de conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven over exceptieve toetsing gaat in op die toetsing aan de verschillende beginselen, zij het met name binnen het bestuursrechtelijk perspectief.²⁹

1.10 Ten aanzien van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht maak ik toch ook in dit paper een enkele opmerking omdat die toepassing in het privaatrecht niet noodzakelijkerwijs hetzelfde gevolg heeft als de toepassing in het publiekrecht.³⁰ Dat kan duidelijk worden door te kijken naar het *zorgvuldigheidsbeginsel*, dat (heel) kort samengevat, vereist dat de overheid de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Indien de overheid dat voorschrift schendt, zal in een civiele procedure altijd de vraag rijzen wat er zou zijn gebeurd als die schending niet zou hebben plaatsgevonden. De omstandigheden die volgens de wederpartij van het overheidslichaam ten onrechte niet in de afweging zijn betrokken zullen in de processtukken in ieder geval aan de orde worden gesteld en dus tot kennisneming van het overheidslichaam leiden. Denkbaar is dat moet worden geconcludeerd dat kennisneming van die omstandigheden niet tot een andere conclusie voor het overheidslichaam zou hebben geleid. Het is erg afhankelijk van alle omstandigheden van het geval of schending van het zorgvuldigheidsbeginsel dan tot enig privaatrechtelijk gevolg kan leiden. De arresten *Coevorden / Gasfabriek* en *Tolkentarieven* laten dat zien.³¹

1.11 In het eerste arrest, dat betrekking had op de opzegging van een concessie voor het exploiteren van een gasfabriek, werd de Gemeente onder meer verweten bij die opzegging niet de Gasfabriek te hebben gehoord, zodat met haar belangen geen rekening was gehouden. De Hoge Raad zag daar vanwege het louter privaatrechtelijk karakter van de overeenkomst en het feit dat de Gasfabriek een vergoeding voor de door haar te lijden schade zou ontvangen, weinig in: *“In het licht van dit een en ander valt inderdaad niet in te zien hoe de in rov. 10 en 14 gerelateerde feiten en omstandigheden bij toetsing van de opzegging door de bodemrechter aan het zorgvuldigheidsbeginsel zouden kunnen meebrengen dat de onderhavige opzegging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, althans geen effect zou kunnen sorteren dan nadat de Gemeente in goed overleg met de Gasfabriek en met inachtneming van de betrokken belangen die opzegging heeft heroverwogen. Met name valt niet in te zien waarom*

²⁶ P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, a.w., p. 469 en 470.

²⁷ P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, a.w., p. 471. Zie daar ook voor een meer uitvoerige vergelijking tussen beide bepalingen.

²⁸ G. Snijders, Mon. BW A26a, p. 69 e.v.

²⁹ Conclusie R.J.G.M. Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:RVS:2017:3557. Gevolgd door CRvB 1 juli 2019, O&A 2019, 46, m.nt. L.A. van Heusden.

³⁰ Huisman & Van Ommeren gaan ook in op de vraag of een privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van artikel 3:40 BW nietig of vernietigbaar kan zijn. Zie P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, a.w., p. 492.

³¹ HR 9 april 1999, NJ 2000, 219, m.nt. M. Scheltema (*Coevorden / Gasfabriek*) en HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726, m.nt. M. Scheltema (*Tolkentarieven*).

dat beginsel zou meebrengen dat de Gemeente bij een zorgvuldige afweging van de belangen van de Gasfabriek bij voortzetting van de gasdistributie in de gemeente Coevorden had moeten afzien van het gebruik van haar bevoegdheid om de concessie-overeenkomst op te zeggen, althans zou meebrengen dat de opzegging eerst rechtsgevolg verkrijgt nadat de Gemeente de Gasfabriek heeft gehoord en de opzegging met inachtneming van alle daarbij betrokken belangen heeft heroverwogen. In zoverre is het onderdeel derhalve terecht voorgesteld.”

1.12 De plotselinge verlaging van tarieven voor politietolken was evenwel onrechtmatig omdat de gemeente zich de belangen van de tolken niet had aangetrokken en op geen enkele wijze vooraf met de tolken(organisatie) overleg had gepleegd over deze vergaande verlaging en de financiële consequenties daarvan voor de tolken.

1.13 Bij toepassing van het *vertrouwensbeginsel* in overheidsverhoudingen verdient de wettelijke (of contractuele) bevoegdheidsverdeling aandacht. Handelen van een orgaan bindt in de regel niet een ander beslissingsbevoegd orgaan indien een vertrouwen op die bevoegdheid niet kan worden gebaseerd op toedoen van dat laatste orgaan. De arresten *Hof van Twente* en *Vitesse II* illustreren dat.³²

1.14 Het *gelijkheidsbeginsel* tot slot is niet alleen een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, maar ook een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht. Een handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel zal onrechtmatig kunnen zijn en in het kader van aanbestedingsgeschillen leiden tot bijvoorbeeld een verbod aan een gunningsvoornemen gevolg te geven. Het gelijkheidsbeginsel kan ook een rol spelen bij de verdeling van (andere) schaarde publieke rechten. In dat verband wordt ook wel gesproken van het beginsel van gelijke kansen.³³

Het legaliteitsbeginsel

1.15 Een tamelijk belangrijk beginsel waaraan het bestuurshandelen wordt getoetst is het legaliteitsbeginsel. Om die reden besteed ik daar iets meer aandacht aan. Het bestuurshandelen dient te zijn gebaseerd op een in de wet neergelegde bevoegdheid. In het arrest *Fluoridering* ging het om de vraag of het waterleidingbedrijf een fluorideverbinding aan het drinkwater mocht toevoegen om tandbederf tegen te gaan. Die toevoeging van de fluorverbinding hield geen verband met de eigenlijke taak van het waterleidingbedrijf, namelijk het leveren van drinkwater. De Hoge Raad oordeelde dat de toevoeging van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen een maatregel was van zo ingrijpende aard, dat zonder wettelijke grondslag niet kon worden aangenomen dat het waterleidingbedrijf daartoe de vrijheid heeft bij de vervulling van de hem op grond van de wet wel opgedragen taak.³⁴

1.16 Ook het handelen van de Inspecteur van de volksgezondheid werd (vol) aan het legaliteitsbeginsel getoetst. Met zijn zogenaamde Methadonbrief beoogde de Inspecteur voorschriften omtrent de verstrekking van methadon (op recept van de arts Rauwerda) te geven.³⁵ Omdat een wettelijke bevoegdheid daartoe ontbrak, was het handelen van de Inspecteur onrechtmatig jegens Rauwerda.

³² HR 26 juni 2015, AB 2015, 448, m.nt. F.J. van Ommeren (*Hof van Twente*) en HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1309 (*Vitesse II*).

³³ A. Drahmman, Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecompliceerd *NJB* 2019/1856.

³⁴ HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386, m.nt. A.R. Bloembergen (*fluoridering II*).

³⁵ HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 898, m.nt. M.W. Scheltema (*methadonbrief*).

1.17 Meer recent was het legaliteitsbeginsel aan de orde in een zaak die betrekking had op de vraag of het openbaar ministerie de bevoegdheid heeft verdachten van overtreding van artikel 629sexies Sr (krakers) zonder rechterlijke tussenkomst te ontruimen.³⁶ De Hoge Raad stelde voorop:

“Het oordeel van het hof dat aantasting van een fundamenteel recht als het huisrecht — ook dat van een kraker — dient te berusten op een in een formele wet neergelegde en daarin voldoende kenbaar en voorzienbaar omschreven bevoegdheid wordt in cassatie — terecht (vgl. HR 19 december 1995, nr. 101269, NJ 1996, 249) — niet bestreden. Art. 429sexies kent een lange voorgeschiedenis, waaraan bij de beantwoording van de thans aan de orde gestelde bevoegdheidsvraag niet kan worden voorbijgegaan.”

1.18 Daarna werd geoordeeld dat een wettelijke grondslag voor het strafrechtelijk ontruimen ontbrak. Ook het verstrekken door de officier van Justitie van gegevens aan Rijkswaterstaat met het oog op het contracteren van een berger mocht niet geschieden zonder wettelijke grondslag, die ontbrak.³⁷ Dat niet voor elk privaatrechtelijk optreden een specifieke – op de overheid toegespitste buiten het algemene privaatrecht gelegen – wettelijke grondslag vereist is, volgt overigens uit het *Hirsi Ali*-arrest, waarin de Hoge Raad voorop stelde dat de aankoop van een extra beveiligde woning niet reeds onrechtmatig is omdat een specifieke publiekrechtelijke voorziening ontbrak.³⁸ Er verzet zich in beginsel geen rechtsregel tegen dat de Staat een appartement koopt met de bedoeling dit als extra beveiligde woning in gebruik te geven. Dat oordeel sluit op zichzelf aan bij de visie op het legaliteitsbeginsel die inhoudt dat slechts wanneer aan de burger verplichtingen worden opgelegd of indien inbreuk wordt gemaakt op rechten of vrijheden van de burger, een formeel wettelijke grondslag aanwezig moet zijn.³⁹ De enkele aankoop van een appartement behoeft op zichzelf de rechten van anderen niet te raken.

1.19 Het legaliteitsvereiste kan ook in de sleutel van het rechtszekerheidsbeginsel worden geplaatst. Dat is bijvoorbeeld te zien in het arrest van de Hoge Raad van 15 november 2002.⁴⁰ Het arrest had betrekking op de Wet voorkeursrecht gemeenten en meer specifiek op de vraag of de gemeente een bijdrage in ontwikkelingskosten mocht verlangen. De Hoge Raad oordeelde dat, wanneer de gemeente, met de dreiging van nietigverklaring van de betrokken rechtshandeling(en) als stok achter de deur, een exploitatiebijdrage verlangt, dit een verhaalsmogelijkheid creëert die grote verwantschap heeft met een heffing. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de eisen van rechtszekerheid meebrengen dat deze mogelijkheid slechts kan worden aanvaard indien de WVG daarvoor een duidelijke grondslag biedt.

Toetsing van wetgeving aan beginselen

1.20 Het uitvaardigen van (ook formele) wetgeving in strijd met regels van rechtstreeks werkend internationaal recht is in principe onrechtmatig.⁴¹ Artikel 120 Gw staat in de weg aan toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat het toetsingsverbod ook meebrengt dat wetten in formele zin niet mogen worden getoetst aan algemene of

³⁶ HR 9 oktober 2009, NJ 2009, 213, m.nt. P.A.M. Mevis.

³⁷ HR 27 februari 2004, NJ 2004, 599, m.nt. Y. Buruma.

³⁸ HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 3, m.nt. E.A. Alkema (*Hirsi Ali*).

³⁹ Vgl. over de betekenis van het legaliteitsbeginsel: G. Snijders, Mon. BW A26a, p.61.

⁴⁰ HR 15 november 2002, NJ 2003, 590, m.nt. P.C.E. van Wijmen.

⁴¹ HR 18 september 2015, NJ 2016, 166, m.nt. S.D. Lindenberg (*vakantiedagen*).

fundamentele rechtsbeginselen.⁴² In zijn arrest van 19 december 2014 voegde de Hoge Raad daaraan toe dat dit ook geldt “indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW).”⁴³ Dat dit niet betekent dat aan de algemene beginselen helemaal geen betekenis toekomt blijkt uit het feit dat de Hoge Raad de regel herhaalt die hij al in het *Harmonisatiewet*-arrest had gegeven: “Het in (...) overwogene neemt echter niet weg dat indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, dit aanleiding kan geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt. Dat is het geval indien die niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden die strikte toepassing zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven (vgl. onder meer het *Harmonisatiewetarrest*, rov. 3.4 en 3.9).”

1.21 Lagere wetgeving daarentegen kan blijkens het *Landbouwwliegers*-arrest wel worden getoetst aan (hogere regelgeving en) algemene rechtsbeginselen.⁴⁴ In dat arrest overwoog de Hoge Raad althans dat een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift mocht worden getoetst aan het willekeurbeginzel. Daaraan voegde de Hoge Raad evenwel toe dat de rechter niet tot taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moeten worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Bovendien past hem gelet op zijn positie in het staatsbestel, terughoudendheid. Ook voegde de Hoge Raad aan dit oordeel toe dat gebreken in de motivering niet tot onverbindendheid zullen leiden, maar die motivering dient wel in aanmerking te worden genomen bij de vraag of een voorschrift de toetsing aan het willekeurbeginzel doorstaat. Dat de toetsing van lagere regelgeving door de burgerlijke rechter niet beperkt is tot het willekeurbeginzel, zou kunnen worden afgeleid uit het *Leffers*-arrest, in welke zaak het hof de stelling van de varkenshouders mocht opvatten als naar voren gebracht “in het kader van het beroep op schending van fundamentele rechtsbeginselen in het algemeen” waarbij evenwel de nadruk werd gelegd op strijd met willekeur en waarin uiteindelijk het egalité-beginsel werd toegepast.⁴⁵ Ook in het *Bosentan*-arrest spreekt de Hoge Raad in meer algemene zin over (de onmogelijkheid van) toetsing “aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht.”⁴⁶ In het *Binnenvaart*-arrest overwoog de Hoge Raad ook in meer algemene zin dat lagere wetgeving, waarop het toetsingsverbod niet van toepassing is, door de rechter kan worden getoetst aan “algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht.” Daarbij herhaalde de Hoge Raad dat de rechter niet tot taak heeft de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Ook herhaalde de Hoge Raad dat de rechter terughoudendheid moet betrachten, maar dat hij “onder meer (kan) toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen”. Keus wijst er overigens terecht op dat het enkele feit dat de term “willekeur” niet wordt gebruikt niet betekent dat niet meer sprake is van een terughoudende toets.⁴⁷

⁴² HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*); HR 14 april 2000, NJ 2000, 713, m.nt. A.R. Bloembergen (*Kooren Maritiem / Staat*); HR 20 maart 2009, NJ 2009, 233, m.nt. M.R. Mok (*Van den Boomen / Staat*) en HR 18 mei 2018, AB 2019, 59, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Binnenvaart*).

⁴³ HR 19 december 2014, NJ 2015, 344, m.nt. J. Legemaate (*Bosentan*). In dezelfde zin: HR 18 mei 2018, AB 2019, 59, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Binnenvaart*).

⁴⁴ HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251, m.nt. M. Scheltema (*Landbouwwliegers*).

⁴⁵ HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, m.nt. C.J.H. Brunner onder NJ 1991, 639 (*Staat / Leffers*). Zie over verdere toepassingen ook G. Snijders, Mon. BW A.26b, p. 93.

⁴⁶ HR 19 december 2014, NJ 2015, 344, m.nt. J. Legemaate (*Bosentan*) (3.6.1).

⁴⁷ L.A.D. Keus, De relatie tussen de burgerlijke rechter en wetgever, *RegelMaat* 2018, p. 256.

1.22 In zijn arrest van 13 juli 2012 overwoog de Hoge Raad dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht en dat *elke met dit beginsel strijdige bepaling van nationaal recht* door de nationale rechter buiten beschouwing moet worden gelaten.⁴⁸ Dat de Hoge Raad hiermee heeft bedoeld dat ook wetten in formele zin aan (ongeschreven) beginselen moeten worden getoetst, ligt niet voor de hand gelet op zijn overige jurisprudentie en het feit dat het non-discriminatiebeginsel in supranationale regelgeving is neergelegd.

1.23 Met andere woorden: lagere regelgeving kan worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen, in ieder geval aan of over de band van het willekeurbeginsel, maar de rechter moet daarbij terughoudend in acht nemen. Het is nog te bezien of de Hoge Raad de lijn die uiteen is gezet in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019 zal volgen.⁴⁹

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?

Verkort antwoord: De mate van terughoudendheid van de burgerlijke rechter is afhankelijk van de beleidsvrijheid van de overheid. Die beleidsvrijheid wordt bepaald door de formulering van de bevoegdheid die de overheid heeft. Het gaat daarbij niet alleen om gevallen van toepasselijkheid van algemene rechtsbeginselen of normen die in rechtstreeks werkende supranationale bepalingen zijn opgenomen.

2.1 Vraag 2 omvat meerdere vragen. Om die vragen te beantwoorden moet worden bepaald wat beleidsvrijheid is en waaruit die kan voortvloeien. Ik begin echter met beantwoording van de vraag in welke gevallen supranationale bepalingen rechtstreekse werking hebben.

Rechtstreekse werking

2.2 Het begrip “rechtstreekse werking” is voor het Nederlandse recht in de eerste plaats van belang in verband met het bepaalde in de artikelen 93 en 94 Gw. Artikel 93 Gw bepaalt immers dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Het artikel regelt aldus de doorwerking van die ieder verbindende bepalingen in de Nederlandse rechtssfeer. Artikel 94 Gw voegt daaraan toe dat de binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

2.3 Om te bepalen of een bepaling rechtstreekse werking heeft, is uitleg van die bepaling nodig, waarbij overigens heeft te gelden dat het in beginsel het nationale (constitutionele) recht is dat bepaalt of een bepaling “ieder verbindend” is.⁵⁰ Die uitleg vindt plaats aan de hand van de artikelen 31-33 van

⁴⁸ HR 13 juli 2012, *NJ* 2012, 547, m.nt. M.R. Mok.

⁴⁹ ECLI:NL:CRvB:2019:2016. In de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik wordt nader op deze uitspraak ingegaan.

⁵⁰ Zie de noot van Alkema onder HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.⁵¹ In het arrest *Spoorwegstaking* overwoog de Hoge Raad ten aanzien van artikel 6 lid 4 ESH dat niet van belang was of de verdragsluitende staten hebben beoogd aan dat artikel rechtstreekse werking toe te kennen, nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van dat verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen die werking er niet aan toe te kennen.⁵² Het toe te passen criterium, dat moet worden getoetst aan de inhoud van de bepaling, werd daarom als volgt geformuleerd: *“verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?”*

2.4 Ook in het arrest *Clara Wichmannfonds / Staat* formuleerde de Hoge Raad het negatief:⁵³

“Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag valt af te leiden dat de verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan art. 11 lid 2, onder b, geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is voor het antwoord op de vraag of die verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, de inhoud van de bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren (HR 30 mei 1986, LJN AC9402, NJ 1986/688). Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast.”

Die laatste zin is een toevoeging ten opzichte van het *Spoorwegstaking*-arrest en sluit meer aan bij de norm die het Hof van Justitie EU aanlegt bij het onderzoek naar de rechtstreekse werking van niet tijdig geïmplementeerde richtlijnen.⁵⁴

2.5 In het *Rookverbod*-arrest herhaalde de Hoge Raad dat de vraag of er rechtstreekse werking toekomt aan een bepaling, moet worden beantwoord door uitleg van die bepaling aan de hand van de artikelen 31-33 Verdrag van Wenen.⁵⁵ Ook herhaalde de Hoge Raad dat het erom gaat of een bepaling voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast. Dan vervolgt de Hoge Raad:

“Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking. (Vgl. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (SGP)).”

Voor mij is met name die laatste zin van het citaat van belang omdat daarin een direct verband met de beleidsvrijheid wordt gelegd en uiteen wordt gezet dat het bestaan van keuze- of beleidsvrijheid niet betekent dat van rechtstreekse werking geen sprake kan zijn. Dat is relevant omdat het bestaan van keuze- of beleidsvrijheid impliceert dat het bestuur een “omzettingsslag” moet maken om het

⁵¹ HR 10 oktober 2014, NJ 2015, 12, m.nt. E.A. Alkema (*rookverbod*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Srebrenica*). Vgl. ook D. Stoutjesdijk, *GS onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. V.1.6.2.1.

⁵² HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, m.nt. P.A. Stein (*spoorwegstaking*).

⁵³ HR 1 april 2011, NJ 2011, 354, m.nt. A.R. Mok.

⁵⁴ Hierover ook Alkema in zijn noot onder HR 10 oktober 2014, NJ 2015, 12, m.nt. E.A. Alkema (*rookverbod*).

⁵⁵ HR 10 oktober 2014, NJ 2015, 12, m.nt. E.A. Alkema (*rookverbod*).

supranationale recht in nationaal recht om te zetten. Als die keuze- of beleidsvrijheid heel groot is, is het voor de rechter moeilijker om te bepalen hoe die supranationale regel in nationaal recht moet worden omgezet en kan het dus voor de hand liggen te concluderen dat de bepaling zich niet leent voor rechtstreekse toepassing in het nationale recht.

De Hoge Raad verwijst zelf naar zijn arrest van 9 april 2010 inzake de *SGP*, waarin de beslissing over de relatie tussen de keuze- en beleidsvrijheid enerzijds en de rechtstreekse werking anderzijds meer impliciet was gegeven.⁵⁶ In dat arrest werd de rechtstreekse werking van het bepaalde in artikel 7 sub c Vrouwenverdrag mede gebaseerd op de samenhang met het bepaalde in artikel 7 aanhef en sub a van dat verdrag.

2.6 In het meest recente *Srebrenica*-arrest gebruikte de Hoge Raad weer de eerdere formulering:

*De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van art. 93 en 94 Gw, moet worden beantwoord door uitleg van die verdragsbepaling. Deze uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde, in de context waarin zij wordt ingeroepen, zonder meer als objectief recht te worden toegepast.*⁵⁷

De Hoge Raad concludeerde vervolgens dat het Genocideverdrag een algemeen geformuleerde inspanningsverplichting bevat en niet onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichtingen die als objectief recht rechtstreeks kunnen worden toegepast in een geding tussen een burger en de Staat.

2.7 De vraag wanneer supranationale normen rechtstreekse werking hebben is dus niet in algemene zin te beantwoorden. Zij zullen rechtstreeks moeten kunnen worden toegepast in de nationale rechtsorde en het bestaan van keuze- of beleidsvrijheid voor de Staat betekent niet zonder meer dat een norm geen rechtstreekse werking heeft.

2.8 Bepalingen van niet tijdig of niet juist uitgevoerde richtlijnen van de EU kunnen rechtstreeks worden ingeroepen tegen de nationale overheid wanneer zij een lidstaat een onvoorwaardelijke en voldoende duidelijke en nauwkeurige verplichting opleggen. Een Unierechtelijke bepaling is onvoorwaardelijk wanneer zij een verplichting oplegt die aan geen enkele voorwaarde is gebonden en die voor haar uitvoering of werking niet afhangt van een handeling van de instellingen van de Unie of van de lidstaten.⁵⁸ Keus wijst erop dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU is af te leiden dat het bestaan van beoordelingsvrijheid bij de uitvoering van een richtlijn – hetgeen lijkt te impliceren dat directe werking ontbreekt - toch niet uitsluit dat wordt getoetst of de nationale wetgever de grenzen van de beoordelingsvrijheid niet heeft overschreden.⁵⁹

Beleidsvrijheid

2.9 Het begrip “beleidsvrijheid” komt, gelet op het takenpakket van de overheid, regelmatig voor wanneer de aansprakelijkheid van de overheid in het geding is, bijvoorbeeld wanneer de wet- en

⁵⁶ HR 9 april 2010, NJ 2010, 388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

⁵⁷ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223.

⁵⁸ HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:348 (rov. 93-95). Zie hierover nader L.A.D. Keus, De relatie tussen de burgerlijke rechter en wetgever, *Regel/Maat* 2018, p. 266.

⁵⁹ L.A.D. Keus, a.w., p. 266-267 en de daar genoemde jurisprudentie.

regelgevende bevoegdheden van de overheid aan de orde zijn,⁶⁰ de bevoegdheden van de overheid als toezichthouder⁶¹, de overheid als instantie die straffen ten uitvoer legt⁶² of als speler op het terrein van het buitenlands beleid.⁶³ Maar ook in het kader van de aansprakelijkheid voor opstallen of de aansprakelijkheid van waterschappen wordt het begrip beleidsvrijheid of het begrip beoordelingsvrijheid regelmatig gehanteerd.⁶⁴ Beleidsvrijheid is iets anders dan beoordelingsvrijheid: bij beoordelingsvrijheid gaat het om de bevoegdheid van de overheid om te beoordelen of zich het geval voordoet waarvoor de betrokken bevoegdheid is gegeven.⁶⁵

2.10 Het begrip beleidsvrijheid is noch in de wet, noch in de jurisprudentie gedefinieerd. Het is nauw verbonden met en afhankelijk van de grote hoeveelheid taken die de overheid heeft uit te voeren en de keuzes die bij die uitvoering zijn te maken. Beleidsvrijheid geeft aan dat er grenzen zijn waarbinnen de overheid vrij moet zijn om naar eigen inzicht te handelen. Voor zover die grenzen niet zijn getrokken bij de wettelijke omschrijving van de overheidstaak, worden deze bepaald door de aard van die taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht.⁶⁶ Beleidsvrijheid brengt mee dat de overheid ruimte nodig heeft om zó te handelen als de omstandigheden gebieden.⁶⁷ Beleidsvrijheid brengt ook mee dat de rechter niet of slechts zeer terughoudend oordeelt over de wijze waarop de overheid haar bevoegdheden binnen die beleidsvrijheid toepast. In de al genoemde *Landsmeer*-arresten overwoog de Hoge Raad al dat, als de overheid gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid zij “*bij de afweging van de daarbij in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen*”.⁶⁸ Voor de burgerlijke rechter bestaat dan slechts ruimte om in te grijpen indien de overheid de bevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, of indien de overheid bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen. In het *Kernwapens*-arrest sprak de Hoge Raad van een “grote mate van terughoudendheid” die de burgerlijke rechter zou moeten toepassen en oordeelde hij dat het zeker niet aan de burgerlijke rechter is een politieke afweging te maken.⁶⁹ Ook in de zaak *Hirsi Ali* werd geoordeeld dat de Staat beleids- en beoordelingsruimte toekomt en werd als toetsingsmaatstaf gehanteerd “of de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de dreiging aan de ene kant en de getroffen maatregelen aan de andere kant van dien aard zijn, dat het gebruik van de extra beveiligde woning met het oog op de risico’s voor de omwonenden verantwoord is.” Ook ten aanzien van het toezicht door de Arbeidsinspectie staat ter beoordeling van de burgerlijke rechter slechts of de Arbeidsinspectie in “redelijkheid tot haar beleid met betrekking toe toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen”.⁷⁰

2.11 Volgens Snijders betekent het bestaan van beleids- en beoordelingsvrijheid dat de beslissing van en de beoordeling door de overheid als zodanig slechts marginaal kan worden getoetst door de

⁶⁰ Bijvoorbeeld: Gerechtshof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1736.

⁶¹ Bijvoorbeeld: HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349; HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 (*Vie d’or*) en HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*asbest*).

⁶² Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411.

⁶³ HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

⁶⁴ HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*). Zie bijvoorbeeld ook HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bargerbeek*). Zie ook de toelichting op art. 6:174 BW: PG Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), p. 1394.

⁶⁵ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

⁶⁶ HR 29 maart 1940, *NJ* 1940, p. 1128 (*Heldenkermis*).

⁶⁷ Asser / Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, 2015/358 en de daar genoemde jurisprudentie.

⁶⁸ HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202 en 204 (*Landsmeer*).

⁶⁹ HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

⁷⁰ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987.

rechter.⁷¹ Die marginale toetsing brengt mee dat moet worden getoetst of het betrokken overheidsorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Hartkamp & Sieburgh komen juist tot de conclusie *“dat naar huidige opvatting het aan de overheid toekennen van een zekere beleidsvrijheid niet impliceert dat het overheidsoptreden slechts marginaal kan worden getoetst; zie uitdrukkelijk in deze zin HR 9 november 2001, NJ 2002/446 (Van den Berg/Waterschap de oude Rijnstromen)”*, zij het dat zij een kentering bespeuren in de meer recente jurisprudentie.⁷²

2.12 Juist met betrekking tot de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verwierp de Hoge Raad in het al genoemde arrest *Zeeland / Hoondert* het betoog dat slechts plaats zou zijn voor een marginale toetsing.⁷³ Toch kan ook ten aanzien van de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet in algemene zin de conclusie worden getrokken dat al dan niet sprake moet zijn van een marginale toetsing. Waar het om gaat is of er sprake is van beleidsvrijheid. Indien dat het geval is, heeft dat consequenties voor de door de rechter aan te leggen toets, in die zin dat de rechter die beleidsvrijheid heeft te respecteren. Hartlief zegt het in zijn noot onder het *Wilnis*-arrest zo: *“Kern van de zaak is, in beide visies, dat naar mate de overheid meer beleidsvrijheid heeft, de rechter minder ruimte heeft om zijn oordeel over wat juist optreden was in de plaats te stellen van dat van de overheid.”*⁷⁴ Omgekeerd betekent dit dat, naarmate de overheid *minder* vrijheid heeft, er ook minder aanleiding voor de burgerlijke rechter zal zijn om terughoudend te toetsen. Met name bij bepaalde supranationale normen is dit zichtbaar. In een arrest van 20 juni 2017, dat betrekking had op de vraag of de Staat verplicht was actief vluchtelingen naar Nederland over te brengen, overwoog het hof Den Haag in dit verband het volgende:

*“Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat de vraag hoe de Staat zijn vreemdelingenbeleid vorm geeft, primair een politieke vraag is die een politieke afweging vergt. Bij die afweging heeft de Staat ruime beleidsvrijheid. De ruimte voor de burgerlijke rechter om in die beleidsvrijheid te treden door de Staat te gebieden actief te bewerkstelligen dat een bepaald aantal asielzoekers naar Nederland komt, is daarom beperkt. Dat kan slechts anders zijn wanneer er Unierechtelijke of (andere) verdragsrechtelijke of wettelijke bepalingen bestaan waaraan de Staat is gebonden en die voor derden afdwingbare rechten in het leven roepen. De vraag of de Staat in het licht van dergelijke bepalingen nog beleidsvrijheid heeft, is afhankelijk van de inhoud van die bepalingen en de verplichtingen die daaruit voor de Staat voortvloeien.”*⁷⁵

2.13 Met andere woorden: de mate van beleidsvrijheid hangt nauw samen met de formulering van de wettelijke of verdragsrechtelijke bepalingen waarop de bevoegdheid of de verplichting van het betrokken overheidslichaam is gebaseerd.

Vraag 3: Zijn er voor de rechter rechtens ook mogelijkheden voor reflexwerking van niet rechtsreeks werkende supranationale bepalingen?

Verkort antwoord: De rechtbank heeft in het Urgenda-vonnis aangenomen dat die mogelijkheid bestaat. Het hof heeft een andere weg gekozen. In de literatuur wordt een zekere ruimte gezien voor een dergelijke reflexwerking.

⁷¹ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

⁷² Asser / Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, 2015/358 en de daar genoemde jurisprudentie.

⁷³ HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland / Hoondert*).

⁷⁴ T. Hartlief in zijn noot onder HR 17 december 2010, NJ 2012, 155 (*Wilnis*).

⁷⁵ Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat auteur dezes voorzitter was van de combinatie die dit arrest wees.

3.1 De vraag naar de reflexwerking van niet rechtstreeks werkende supranationale bepalingen is actueel geworden door het vonnis van de rechtbank Den Haag in de zaak Urgenda.⁷⁶ In dat vonnis overwoog de rechtbank:

“De hier genoemde doelstellingen en beginselen hebben, zoals overwogen, door hun internationale en publiekrechtelijke karakter geen directe werking. Zij bepalen echter wel in belangrijke mate het kader voor en de wijze van de bevoegdheidsuitoefening door de Staat. Deze doelstellingen en beginselen vormen dus een belangrijk gezichtspunt bij de beoordeling of de Staat jegens Urgenda al dan niet rechtmatig handelt. Met inachtneming van al het voorgaande hangt het antwoord op de vraag of de Staat voldoende zorg betracht met zijn huidige klimaatbeleid, hiervan af of – naar objectieve maatstaven gemeten – de door de Staat getroffen reductiemaatregelen aanvaardbaar zijn ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering voor mens en milieu, gelet ook op de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid. Aldus zal de rechtbank bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de Staat rekening houden met (...).”

3.2 Zoals ik hierboven bij de beantwoording van vraag 1 uiteen heb gezet, wordt het overheidshandelen getoetst aan artikel 6:162 BW. Daarmee wordt het handelen mede getoetst aan de open norm van dat artikel. Indien supranationale bepalingen die geen rechtstreekse werking hebben wel worden gebruikt ter invulling van de open normen, is sprake van reflexwerking.

3.3 Reflexwerking hangt nauw samen met verdragsconforme uitleg van nationale bepalingen.⁷⁷ Bij beide gaat het erom dat de Staat wordt vermoed zijn volkenrechtelijke verplichtingen te willen nakomen. Dat vermoeden brengt mee dat een norm van nationaal recht moet worden uitgelegd en toegepast op een manier waarmee de Staat aan zijn internationaalrechtelijke verplichtingen voldoet.⁷⁸ Reflexwerking is voorts daarop gebaseerd dat een verdrag dat door de Staten-Generaal is goedgekeurd en waaraan de regering het Koninkrijk heeft gebonden, betekenis kan hebben voor de vaststelling van het in Nederland levende rechtsbewustzijn.⁷⁹ In een arrest van 16 november 1990 overwoog de Hoge Raad in dit verband dat de Nederlandse rechter het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet.⁸⁰ Een ander voorbeeld daarvan is te vinden in de beschikking in de zaak *Martijn*, waarin de Hoge Raad overwoog dat het bepaalde in artikel 2:20 BW moet worden uitgelegd “in het licht van” de artikelen (7 en 8 Gw en) 10 en 11 EVRM.⁸¹ Fleuren toont aan dat het beginsel dat het Nederlandse recht zoveel mogelijk zo moet worden uitgelegd dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet, zowel geldt voor het geschreven als het ongeschreven recht en ongeacht of het geschreven recht is vervat in eenieder verbindende bepalingen.⁸² Hij wijst er in dat verband ook op dat er vele verdragen zijn die niet de rechtspositie van de burger raken, maar wel door bestuursorganen moeten worden uitgevoerd, zoals verdragen op het terrein van ontwikkelingssamenwerking of technologische of militaire samenwerkingsovereenkomsten.⁸³ Fleuren noemt dan ook “de gemeenplaats dat de burger in rechte geen

⁷⁶ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Urgenda heeft alle processtukken openbaar gemaakt via haar website www.urgenda.nl. De reflexwerking wordt door partijen in hoger beroep besproken in grief 21 van de Staat.

⁷⁷ J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag 2004: Boom Juridische uitgevers, nr. 295.

⁷⁸ Aldus T.G. Oztürk en G.A. van der Veen in hun noot onder het vonnis van de rechtbank, *O&A* 2015, 58. Zie hierover in uitgebreide zin: Fleuren (diss.), nr. 294.

⁷⁹ Fleuren, (diss.), nr. 295 en de daar genoemde verwijzingen.

⁸⁰ HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 107.

⁸¹ HR 18 april 2014, *NJ* 2014, 507, m.nt. E.A. Alkema (*Martijn*).

⁸² Fleuren, (diss.), nr. 294.

⁸³ Fleuren, (diss.), nr. 291.

beroep kan doen op bepalingen die een ieder verbindende kracht missen” misleidend.⁸⁴ Ortlep wijst er daarbij op dat het feit dat een bepaling niet eenieder verbindend is, alleen tot gevolg heeft dat de naleving daarvan niet met een rechtstreeks beroep op die bepaling bij de rechter kan worden afgedwongen.⁸⁵

3.4 Op het eerste gezicht zijn er bij die reflexwerking wel (constitutionele) vragen te stellen: de artikelen 93 en 94 Gw beperken immers de doorwerking van het supranationale recht en die beperking wordt in zekere zin omzeild indien niet-rechtstreeks werkende bepalingen via de achterdeur van een open norm worden binnen gehaald.⁸⁶ Volgens Fleuren echter laat zich aan de hand van “een karrenvracht aan rechtspraak en jurisprudentie” illustreren dat de rechter bevoegd en soms gehouden is om het nationaal recht uit te leggen en toe te passen in het licht van het internationaal recht.⁸⁷ Daarbij is van belang in het oog te houden dat de directe werking van een bepaling van belang is indien de rechter een wettelijk voorschrift buiten toepassing wil laten of onverbindend wil verklaren op grond van artikel 94 Gw. In dat geval wordt die rechtstreeks werkende bepaling zelf toegepast. Bij verdragsconforme uitleg van een nationale bepaling, is het die nationale bepaling die wordt toegepast en wordt ingevuld door het supranationale recht.⁸⁸ In gevallen zoals die van Urgenda gaat het niet zozeer om het buiten toepassing laten van nationale wetgeving op grond van niet rechtstreeks werkend supranationaal recht, maar gaat het om de invulling van een zorgplicht van (meestal) de Staat aan de hand van supranationale normen.⁸⁹

3.5 Keus wijst er nog op dat de “reflexwerking van Urgenda” geen soelaas biedt voor zover zij in stelling wordt gebracht tegen wetten in formele zin, omdat die van toetsing aan ongeschreven recht zijn gevrijwaard.⁹⁰

3.6 Het Gerechtshof Den Haag koos in de Urgenda-zaak een andere ingang dan de rechtbank, en paste de (rechtstreeks werkende) artikelen 2 en 8 EVRM toe.⁹¹ Daarmee kwam het hof niet toe aan de manier waarop de rechtbank reflexwerking had toegekend aan niet rechtstreeks werkende supranationale normen. Het Gerechtshof Den Haag overwoog echter in een later arrest van 7 mei 2019, dat betrekking had op de luchtkwaliteit, met betrekking tot WHO-richtwaarden, dat dit richtsnoeren zijn die de Staat niet binden, maar dat wel mogelijk is dat deze richtsnoeren een wetenschappelijke consensus weerspiegelen en dat zij in zoverre een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de Staat heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2 en 8 EVRM.⁹² Dat arrest maakt duidelijk dat ook bij de invulling van de uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende

⁸⁴ Fleuren, (diss), nr. 295.

⁸⁵ R. Ortlep, De rechterlijke polsstok bij de bestrijding van legale gezondheidsbedreigende risico's, In: A.L.M. Keirse, R.S.B. Kool en R. Ortlep (red.), Ongezonder en (on)geoorloofd, Publiek- en privaatrecht & legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten, Den Haag; Boom Juridisch 2018, p.123.

⁸⁶ Hierover: L.F.M. Besselink, De constitutionele meer legitieme manier van toetsing, *NJB* 2019/2154 (p. 3078-3082). Besselink wijst erop dat ook bij de toepassing van de positieve verplichtingen uit artikelen 2 en 8 EVRM sprake is van “weerkantsing van niet-rechtstreeks werkende internationale afspraken bij de invulling van een rechtstreeks werkende internationaalrechtelijke verplichting in het kader van het EVRM.” Zie ook de reactie hierop van J.W.A. Fleuren, Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht, *NJB* 2019/475 (p. 604-605)

⁸⁷ J.W.A. Fleuren, *NJB* 2019/475.

⁸⁸ Fleuren (diss), nr. 295.

⁸⁹ Zie in dit verband ook: HR 12 oktober 2012, *NJ* 2013, 22, m.nt. E.A. Alkema.

⁹⁰ Keus, a.w., p. 270.

⁹¹ Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*). De Staat heeft cassatieberoep ingesteld. De conclusie-AG is op 13 september 2019 gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:PHR:2019:887

⁹² Gerechtshof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Milieudefensie / Staat*).

zorgplichten geput moet worden uit bepalingen die zelf niet rechtstreeks werkend zijn. Ook dat is een vorm van reflexwerking.⁹³

3.7 Interessant in dit verband is nog het arrest van de Hoge Raad 12 oktober 2012, waarin de vraag aan de orde was of er een zorgplicht van de Staat bestaat ten aanzien van uitgeprocedeerde minderjarige kinderen en hoever die strekt.⁹⁴ De Hoge Raad overweegt in dat arrest onder meer dat het oordeel van het hof ten aanzien van de zorgplicht “steun (vindt) in de rechtspraak van het EHRM, de aan de Opvangrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn ten grondslag liggende beginselen en het op grond van het ESH ingenomen standpunt van het ECSR en Comité van Ministers”. Ook die formulering laat ruimte voor de invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm door niet rechtstreeks werkend supranationaal recht, waaronder dus ook de aan de genoemde richtlijnen ten grondslag liggende beginselen.⁹⁵

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?

Verkort antwoord: Dat is sterk afhankelijk van de inhoud van die grondrechten / fundamentele rechten. Ik bespreek deze vraag samen met vraag 5.

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?

5.1 Het antwoord op deze vraag hangt sterk samen met hetgeen ik bij vraag 2 over de beleidsvrijheid van de overheid heb opgemerkt, maar het is niet hetzelfde. Het begrip “margin of appreciation” komt met name terug bij de toepassing van supranationale bepalingen, en van oorsprong met name die uit het EVRM. Het bestaan van een “margin of appreciation” is door het EHRM geaccepteerd in gevallen waarin in de bepalingen van het EVRM een element van belangenafweging ligt besloten, waarin vage termen voorkomen, bij bepalingen die positieve verplichtingen inhouden voor de verdragstaten en bij bepalingen die terugverwijzen naar de nationale rechter.⁹⁶ De margin of appreciation-leer is echter, anders dan de nationale beleids- of beoordelingsvrijheid, ingegeven door de taakverdeling tussen het EHRM en de lidstaten (als geheel), dus in die verticale relatie, terwijl het bij de nationale beleidsvrijheid gaat om de beoordelingsmarge van een bestuursorgaan zelf. Omdat de “margin of appreciation” voortvloeit uit die taakverdeling tussen het EHRM en de lidstaten, brengt het bestaan van een “margin of appreciation” in die relatie niet noodzakelijkerwijs mee dat de nationale rechter ook terughoudender aan de bepalingen van het EVRM moet toetsen.⁹⁷ Het automatisch vertalen van de margin of appreciation naar de nationale verhouding tussen rechter en bestuur is volgens Gerards dan ook een “verkeerd gebruik van de doctrine van het Hof”.⁹⁸ Omgekeerd, wanneer

⁹³ Vgl. Besselink, a.w., p. 3081.

⁹⁴ HR 12 oktober 2012, NJ 2013, 22, m.nt. E.A. Alkema.

⁹⁵ Zie hierover met name de noot van Alkema onder dit arrest.

⁹⁶ Zie: N. Jak & J. Vermont, De Nederlandse rechter en de margin of appreciation, *NJCM-bulletin* 2007, 125. Zij betogen dat de “margin of appreciation” niet kan worden vertaald in een meer terughoudende toets door de nationale rechter.

⁹⁷ Zie J.H. Gerards, in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen* (Staat en Recht nr. 12), Deventer: Kluwer 2012, achter 1.3.3.

⁹⁸ J.H. Gerards, a.w., achter 1.3.3.

het EHRM oordeelt dat er geen of weinig “margin of appreciation” is, bestaat er voor de nationale rechter niet veel ruimte om wel veel beleids- of beoordelingsvrijheid tot te kennen.⁹⁹

5.2 In de praktijk zal echter, indien supranationale bepalingen de verdragstaten een “margin of appreciation” geven, de (nationale) rechter een stap terug doen.¹⁰⁰ Indien de bepalingen geen “margin of appreciation” toelaten, zal de rechter vol kunnen toetsten. Zo staat bij de artikelen 2, 3 en 4 EVRM het fundamentele karakter van die bepalingen eraan in de weg dat er een “margin of appreciation” wordt toegepast.¹⁰¹ Ook voor de nationale rechter lijkt daar op het eerste gezicht weinig ruimte voor een marginale of terughoudende toetsing. Het recht op leven bijvoorbeeld lijkt geen beleidsmatige afweging toe te laten. Toch is ook daar wel een kanttekening bij te plaatsen. Indien bijvoorbeeld het openbaar ministerie (de Staat) onderzoek doet naar een incident dat de dood tot gevolg heeft gehad en invulling geeft aan de positieve verplichting van artikel 2 EVRM, zal hem bij de invulling van dat onderzoek wel degelijk beleidsvrijheid toekomen.¹⁰² Een (ander) voorbeeld van een situatie zonder “margin of appreciation” is te vinden in het *SGP*-arrest, waarin de Hoge Raad met betrekking tot het rechtstreeks werkende artikel 7 onder c van het Vrouwenverdrag overwoog dat de Staat de verplichting heeft te verzekeren dat politieke partijen vrouwen niet alleen als lid toelaten, maar ook toelaten tot de kandidaatstelling zelf, en daaraan toevoegde: “op dit punt laat het Vrouwenverdrag de Staat geen beleidsvrijheid.”¹⁰³ Er zijn meer voorbeelden te vinden van gevallen waarin de wetgever wel een “margin of appreciation” heeft en soms zelfs een “wide margin of appreciation”. Zo toetste de Hoge Raad in het *Binnenvaart*-arrest of artikel 8:983 lid 1 BW voldeed aan het vereiste van fair balance dat voortvloeit uit artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM en oordeelde hij – in navolging overigens van het EHRM – dat de wetgever een “wide margin of appreciation” toekomt. Er moet wel iets bijzonders aan de hand zijn als de rechter oordeelt dat een dergelijke “wide margin of appreciation” is overschreden. Het belang van het bestaan van een “margin of appreciation” blijkt ook uit het arrest *NVV / Staat*, waarin de Hoge Raad tamelijk uitvoerig uitwerkt welke omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van strijd met artikel 1 EP.¹⁰⁴

5.3 Ook artikel 8 EVRM laat de verdragstaten een “margin of appreciation” die tot een terughoudender toets door de nationale rechter kan leiden. Zo oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de ontruimingsbevoegdheid van kraakpanden dat de Nederlandse wetgever “binnen de grenzen van de hem toekomende ‘margin of appreciation’, in overeenstemming met art. 8 lid 2 EVRM (heeft) kunnen oordelen dat deze ontruimingsbevoegdheid een legitiem doel dient en in een democratische samenleving noodzakelijk is.”¹⁰⁵ Ook het hof Den Haag nam in het arrest in de zaak *Urgenda* tot uitgangspunt bij zijn omschrijving van de reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM dat de Staat bij de

⁹⁹ J.H.Gerards, a.w., achter 1.4.4.7.

¹⁰⁰ Zie ook O.M.B.J. Volgenant, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. VII.1.12.3.3 en J.H. Gerards, a.w., achter 1.4.4.7. Zij benadrukt dat de conclusie dat dit leidt tot een terughoudende toets “eigenlijk onjuist” is.

¹⁰¹ Jak & Vermont, t.a.p. Ook: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2011, achter 2.4.6. Hierover nader: A.E.M. Leijten: ‘De *Urgenda*-zaak als mensenrechtelijke proeftuin?’, *AV&S* 2019/10, afl. 2.

¹⁰² Zie over de positieve (onderzoeks)verplichtingen uit artikel 2 EVRM bijvoorbeeld EHRM 15 december 2009, *AB* 2010, 292, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Kalender e.a./Turkije*) en EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁰³ HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*), achter 4.5.1. Tot een bevel aan de Staat kwam het overigens niet.

¹⁰⁴ HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469. Zie voor een recente toepassing van het begrip “margin of appreciation” ook Hof Den Haag, *ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (Milieudefensie / Staat)*.

¹⁰⁵ HR 28 oktober 2011, *NJ* 2013, 153, m.nt. P.A.M. Mevis.

keuze van de maatregelen om aan zijn positieve verplichtingen te voldoen een “wide margin of appreciation” heeft.¹⁰⁶

5.4 In het arrest van 22 december 2006 benadrukte de Hoge Raad het voor de mate van beleidsvrijheid relevante verschil tussen de positieve en de negatieve verplichtingen uit artikel 8 EVRM.¹⁰⁷ Indien immers wordt onderzocht of is voldaan aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM moet worden beoordeeld of er een “redelijk evenwicht is gevonden tussen het algemeen belang en het belang van het individu.” Daarbij heeft de overheid een zekere vrijheid omdat er een margin of appreciation bestaat voor de overheid. Ten aanzien van de positieve verplichtingen die voor de Staat uit de artikelen 2, 3 en 8 EVRM voortvloeien overwoog de Hoge Raad in een recent arrest over gaswinning in Groningen dat de Staat bij al deze al deze positieve verplichtingen een ruime beoordelingsvrijheid heeft, dat de positieve verplichting geen onmogelijke of disproportionele last op de Staat mag leggen, en dat de Staat een *fair balance* moet treffen tussen de belangen van individuele burgers en die van de gemeenschap.¹⁰⁸ Het ligt erg voor de hand dat de rechter bij de cumulatie van door het bestuur te maken afwegingen een zekere stap terug doet.

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)?

Verkort antwoord: De vraag of de rechter de overheid een verplichting zal opleggen die de beleids- of beoordelingsvrijheid beperkt is erg afhankelijk van de mate van die beleids- en beoordelingsvrijheid.

6.1 Op grond van artikel 3:296 lid 1 BW wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe op vordering van de gerechtigde veroordeeld, tenzij uit de wet, de aard der verplichting, of een rechtshandeling iets anders voortvloeit. Dit artikel is ook op de overheid van toepassing en is dus de basis voor een bevel of verbod aan de overheid.¹⁰⁹

6.2 Of de rechter de overheid een bevel of verbod kan opleggen is in de eerste plaats afhankelijk van de ingestelde vordering. Omdat artikel 3:296 BW de woorden “op vordering van” gebruikt is er voor een ambtshalve bevel of verbod geen ruimte. Als uitsluitend een verklaring voor recht wordt gevraagd dat een bepaald overheidshandelen onrechtmatig is, dient de rechter met toe- of afwijzing van die vordering te volstaan en kan hij de overheid dus geen verplichtingen opleggen.

6.3 In principe kan de rechter de overheid een bevel of verbod opleggen indien er op de overheid een rechtsplicht rust iets te doen of iets na te laten. De vraag of een dergelijke rechtsplicht bestaat hangt op zichzelf ook weer samen met het bestaan van beleids- en beoordelingsvrijheid. Indien een op de overheid rustende bevoegdheid of een verplichting het betrokken overheidslichaam veel beleidsvrijheid geeft, zal er minder snel een eenduidige, door de rechter te bepalen rechtsplicht bestaan waarvan de nakoming kan worden afgedwongen.

¹⁰⁶ Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591. Emaus verklaart het arrest in het licht van een aantal fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan het EVRM-systeem, zie J. Emaus, Subsidiariteit, preventie en voorzorg, een verklaring van het arrest in de Klimaatzaak aan de hand van drie fundamentele beginselen in het recht onder het EVRM, AV&S 2019, 11.

¹⁰⁷ HR 22 december 2006, NJ 2007, 292, m.nt. E.A. Alkema.

¹⁰⁸ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*prejudiciële vragen gaswinning Groningen*).

¹⁰⁹ Zie uitgebreid hierover: J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 19, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

6.4 Het karakter van het overheidshandelen brengt bovendien mee dat op het uitgangspunt van artikel 3:296 BW enkele uitzonderingen moeten worden aangenomen ten aanzien van bevelen of verboden aan de overheid. Dat wordt duidelijk uit de volgende voorbeelden.

6.5 De scheiding der machten brengt mee dat de rechter terughoudendheid zal moeten betrachten bij het opleggen van een bevel aan de overheid om bepaalde handelingen op het terrein van het buitenlands beleid te verrichten.¹¹⁰ Een voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2004 waarin het – in de woorden van de samenvatting van het hof – ging om de vraag of de Staat verboden moest worden steun te verlenen aan de door de Verenigde Staten ontplooiende militaire acties in Afghanistan.¹¹¹ De Hoge Raad overwoog onder meer:

‘In dit verband merkt de Hoge Raad op dat de onderhavige vorderingen van VJV c.s. betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Het is, ook waar het het geweldverbod betreft, niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken en op verlangen van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.’

6.6 Om redenen van Unierecht komt de nationale kortgedingrechter ook niet de bevoegdheid toe om met een op strijd met het Unierecht gebaseerde voorlopige voorziening in te grijpen in het besluitvormingsproces dat voorafgaat aan de totstandkoming van een gemeenschapshandeling.¹¹²

6.7 De scheiding der machten brengt verder mee dat de rechter de overheid niet kan dwingen tot wetgeving.¹¹³ In het arrest van 21 maart 2003 plaatste de Hoge Raad dat oordeel nadrukkelijk in het kader van de ‘op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen’ waaruit volgt dat de rechter ‘niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming.’¹¹⁴ De Hoge Raad voegde daaraan toe dat dit uitgangspunt ook geldt indien het met de wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Dat laatste is belangrijk omdat daaruit volgt dat dus zelfs indien het gaat om de nakoming van een unierechtelijke verplichting tot implementatie van een richtlijn, over welke verplichting kennelijk niet veel discussie bestond, de rechter geen (wetgevings)bevel kan geven. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 1 oktober 2004 bevestigd dat deze regel uit *Waterpakt* ook geldt voor het intrekken van provinciale verordeningen aangezien het intrekken van een verordening geschiedt door het vaststellen van een verordening tot intrekking van de eerder vastgestelde verordening.¹¹⁵

6.8 Ook uit het *SGP*-arrest blijkt dat de rechter een stap terug moet doen indien een nadere afweging van belangen moet gemaakt die “in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd.”¹¹⁶ Ook uit het *kernwapens*-arrest blijkt dat het niet tot de taak van de rechter behoort afwegingen van politieke aard te maken. Indien dergelijke afwegingen wel moeten worden gemaakt, zal dat er dus toe kunnen leiden dat de rechter geen concrete verplichting aan de Staat kan opleggen. De belastingkamer van de Hoge Raad overwoog het recent

¹¹⁰ Vgl. HR 21 december 2001, NJ 2002, 217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*), rov. 3.3. C: ‘het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken.’

¹¹¹ HR 6 februari 2004, NJ 2004, 329.

¹¹² HR 10 september 1999, RvdW 1999, 122.

¹¹³ En dus ook niet tot intrekking van wetgeving omdat intrekking van een wet (in formele zin) bij wet (in formele zin) gebeurt.

¹¹⁴ HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

¹¹⁵ HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming Friesland*).

¹¹⁶ HR 9 april 2010, NJ 2010, 388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*), achter 4.6.2

aldus dat de rechter terughoudendheid past bij het voorzien in een rechtstekort op stelselniveau waarbij de te maken keuzes niet voldoende duidelijk uit het stelsel van de wet zijn af te leiden.¹¹⁷

6.9 Met andere woorden: de rechter kan aan de overheid slechts verplichtingen opleggen indien dat is gevorderd en indien er een rechtsplicht voor die overheid is waarvan de nakoming kan worden afgedwongen.¹¹⁸ Of een dergelijke rechtsplicht kan worden bepaald, is mede afhankelijk van de beleidsvrijheid van de overheid. De positie van het overheidslichaam brengt bovendien mee dat een dergelijk afdwingen in een aantal gevallen niet mogelijk is.

6.10 Het momenteel meest verstrekkende voorbeeld van gevallen waarin de overheid een concreet bevel is opgelegd, is zonder twijfel de reeds genoemde Urgenda-zaak, waarin de Staat is bevolen de CO₂-uitstoot terug te dringen.¹¹⁹ Het gerechtshof Den Haag concludeerde in die zaak dat de Staat te weinig heeft gedaan om een gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen en te weinig doet om deze achterstand in te halen, althans op de korte termijn. Om die reden werd geconcludeerd dat de Staat zijn uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende zorgplicht schendt door niet per 2020 tenminste 25% te willen reduceren. Omdat dit percentage als een minimum werd beschouwd, faalde ook het beroep van de Staat op de hem toekomende “wide margin of appreciation”, zij het dat het hof benadrukte dat de Staat die (beleids)ruimte wel heeft bij de keuze voor de te nemen maatregelen, zodat het reeds door de rechtbank uitgesproken bevel werd bekrachtigd. Het is thans aan de Hoge Raad om te oordelen over de vraag of de rechter die bevoegdheid heeft.

6.11 In het al genoemde *binnenvaart*-arrest – waarin de Staat geen partij was – zag de Hoge Raad gedeeltelijk ruimte om zelf te voorzien in een oplossing door te bepalen dat de in een Besluit neergelegde aansprakelijkheidslimiet in ieder geval vanaf 1991 moest worden verhoogd “met de naar objectieve maatstaven te berekenen bedrag van de geldontaarding.”

¹¹⁷ HR (belastingkamer) 14 juni 2019, ECLI:NL:2019:816.

¹¹⁸ De toepassing van artikel 3:296 BW is overigens geen discretionaire bevoegdheid van de rechter. Slechts in kort geding kan een belangenafweging plaatsvinden.

¹¹⁹ Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591. In eerste aanleg: rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. De conclusie-AG is op 13 september 2019 gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:PHR:2019:887.