

Toetsing van overheidshandelen in het Nederlandse publiekrecht

Tom Barkhuysen, Roel Becker & Michiel van Emmerik

Samenvatting paper	13
1. Afbakening en opbouw paper	15
2. De Context: het Dukkiaanse systeem en ontwikkelingen	16
2.1. Opbouw	16
2.2. Het klassieke Dukkiaanse systeem van beoordelings- en beleidsvrijheid	16
2.3. Het langzaam loslaten van dit systeem en de beweging naar “toetsing op maat”	18
2.4. Tussenconclusie	19
3. De beginselen waaraan wordt getoetst	20
3.1. Antwoord	20
3.2. Opbouw	20
3.3. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur	20
3.3.1. Evenredigheidsbeginsel	20
3.3.2. Zorgvuldigheidsbeginsel	22
3.3.3. Motiveringsbeginsel	23
3.3.4. Vertrouwensbeginsel	23
3.3.5. Gelijkheidsbeginsel	24
3.4. De toetsing van feiten en omstandigheden?	24
3.5. De toetsing van algemeen verbindende voorschriften	25
4. Aanknopingspunten voor minder terughoudendheid	26
4.1. Antwoord	26
4.2. Opbouw	26
4.3. Sancties en Artikel 6 EVRM	27
4.4. De rol van overige grondrechten	27
4.5. Overige factoren	28
5. Reflexwerking van internationale verdragen	28
5.1. Antwoord	28
5.2. Directe reflexwerking	28
5.3. Vrijwillige adoptie	29
6. Zelf afdoen door de bestuursrechter	30
6.1. Antwoord	30
6.2. Uitwerking	30

Samenvatting paper

Dit paper bespreekt toetsing van overheidshandelen in het Nederlandse publiekrecht op hoofdlijnen ten behoeve van de interne en externe rechtsvergelijking. Gepoogd is zowel de belangrijkste aspecten van toetsing in kaart te brengen, als de recente ontwikkelingen en debatten ter zake.

Het Nederlandse publiekrecht kenmerkte zich de afgelopen decennia door een terughoudende toetsing: was een bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toegekend, dan beperkte de rechter zich tot een oordeel of het orgaan deze bevoegdheid in redelijkheid had kunnen invullen zoals het deed. In recente jaren wordt deze lijn langzaam losgelaten en toetst de rechter het optreden van het bestuursorgaan onder omstandigheden indringender.

De rechter toetst overheidshandelen naast de wet en verdragen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De bedoelde toetsingsintensivering vindt vooral plaats doordat 'strenger' aan het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst, maar ook via het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.

Uiteindelijk gaat het om het rechtsbelang dat wordt geraakt door overheidshandelen. Is dit een groot rechtsbelang, dan volgt er intensievere toetsing. Het feit dat er grondrechten in het geding zijn kan bijvoorbeeld tot een strengere toets leiden. Het meest duidelijke voorbeeld is artikel 6 EVRM, dat verplicht tot een volledige toets bij het opleggen van een *criminal charge*. Dit kan echter ook aan de orde zijn bij (andere) fundamentele rechten. Daarnaast zijn er enkele andere omstandigheden die op een striktere toetsing kunnen wijzen.

De toetsingsintensivering heeft zich slechts sporadisch laten zien in reflexwerking in de zin van het inkleuren van open normen door op zichzelf niet bindend internationaal recht. Dat zien we vaker als het gaat om bindende, maar niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Ook zien we dat bepaalde Europeesrechtelijke eisen, ook als dit strikt genomen niet verplicht is, tot onderdeel van het nationale recht worden gemaakt (vrijwillige adoptie).

De bestuursrechter doet in beginsel een zaak niet zelf af op het moment dat meer dan één uitkomst mogelijk is. Deze regel geldt nog steeds, hoewel de rechter zich wel meer ruimte lijkt toe te kennen om zelf af te doen, met name in gevallen waarin het bestuursorgaan meerdere mislukte pogingen deed het besluit alsnog overeind te houden. Ook wijzigingen in het procesrecht dragen bij aan de actievare rol van de rechter. De (informele) bestuurlijke lus is daar een voorbeeld van. Bij boetes schrijft de Algemene wet bestuursrecht zelf voorzien zelfs voor. Dit past goed bij de hiervoor besproken ontwikkeling.

1. Afbakening en opbouw paper

Dit paper bespreekt de Nederlandse publiekrechtelijke toetsing van overheids-handelen, aan de hand van de door het Platform centraal gestelde vragen. Om publiekrecht af te bakenen is voor een formeel criterium gekozen: in dit paper wordt alleen het toetsen door de bestuursrechter besproken. Toetsing door de Nederlandse burgerlijke rechter komt dus in het andere Nederlandse paper aan bod, toetsing door de straf- en fiscale rechter wordt buiten beschouwing gelaten.

Omwille van de overzichtelijkheid is gekozen voor een iets van de vragen afwijkende opbouw. Eerst wordt de context geschetst: de klassieke wijze waarop de bestuursrechter de toetsingsintensiteit bepaalde (“het Dukkiaanse systeem”) en recente ontwikkelingen ten aanzien van dit systeem (**onderdeel 2**). Vervolgens wordt ingegaan op de beginselen waaraan de rechter toetst (**onderdeel 3**),¹ welke aanknopingspunten de rechter hanteert om te beslissen of hij in een concreet geval intensiever dient te toetsen (**onderdeel 4**),² de reflexwerking van internationaal recht (**onderdeel 5**)³ en het zelf afdoen door de bestuursrechter (**onderdeel 6**).⁴

In dit paper wordt de (oneigenlijke) formele rechtskracht buiten beschouwing gelaten. Dit leerstuk houdt kort gezegd in dat een besluit waartegen niet of onsuccesvol rechtens is opgekomen, in latere procedures in beginsel niet meer op rechtmatigheid wordt getoetst.⁵ Het is met name relevant in situaties waarin meerdere besluiten op elkaar zijn gebaseerd (ketenbesluitvorming), of waarin de burgerlijke rechter dient te oordelen over schadevergoeding op grond van de

¹ Dit onderdeel vormt dus het antwoord op 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 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?”.

² Dit onderdeel vormt dus het antwoord op 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?” en 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?”.

³ Dit onderdeel vormt dus het antwoord op vraag 3: “Zijn er voor de rechter rechtens ook mogelijkheden voor reflexwerking van niet rechtstreeks werkende supranationale bepalingen?”.

⁴ Dit onderdeel vormt dus het antwoord op 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)?”.

⁵ Formeel gesproken: “voor rechtmatig wordt gehouden”.

onrechtmatige overheidsdaad.⁶ Hoewel de formele rechtskracht over het algemeen niet tot het leerstuk van de toetsingsintensiteit wordt gerekend, speelt zij in de praktijk wel een belangrijke rol bij de vraag of een rechter in de beoordeling van een besluit treedt.

2. De Context: het Dukkiaanse systeem en ontwikkelingen

2.1. Opbouw

Dit onderdeel bespreekt de context van de Nederlandse praktijk en discussie rondom toetsingsintensiteit.⁷ Jarenlang werd een relatief eenvoudig systeem – “het Dukkiaanse systeem” – toegepast (zij het in de praktijk niet altijd even consistent), maar in recente jaren is dit systeem onder druk komen te staan en aangepast. In §2.2 wordt het klassieke Dukkiaanse systeem uiteengezet, in §2.3 de discussie en de veranderingen waartoe die heeft geleid. In §2.4 wordt kort geconcludeerd.

2.2. Het klassieke Dukkiaanse systeem van beoordelings- en beleidsvrijheid

Het klassieke systeem is vernoemd naar hoogleraar Duk, die het in de jaren '80 voor het eerst systematisch heeft beschreven.⁸ In dit systeem hangt de intensiteit waarmee de rechter toetst af van de mate van vrijheid die de wetgever het bestuursorgaan heeft toegekend. Duk onderscheidt beoordelingsvrijheid (“de of-vraag”) en beleidsvrijheid (“de hoe-vraag”), die samen onder de term “beslissingsvrijheid” vallen. Wordt een bestuursorgaan beleidsvrijheid toegekend, ook wel een discretionaire bevoegdheid genoemd, dan mag het bestuursorgaan zelf bepalen hoe het de betrokken belangen afweegt. De rechter toetst slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid tot de uiteindelijke belangenafweging heeft kunnen komen. Het is dus niet relevant of de rechter zelf een andere belangenafweging zou hebben gemaakt.⁹ Een voorbeeld van een discretionaire bevoegdheid is een bepaling als “de burgemeester *kan* een vergunning weigeren”.

⁶ J.E.M. Polak, T.N. Sanders, B.J.P.G. Roozendaal en A.M. Reneman, *De toekomst van de formele rechtskracht*. (2019) en de recensie van deze preadviezen: C.N.J. Kortmann, ‘De toekomst van de formele rechtskracht’, *NTB* 2019/19.

⁷ Omwille van de beperkte ruimte wordt hier ongeveer begonnen bij de Tweede Wereldoorlog. Zie voor een beschrijving die verder teruggaat en uitgebreider is: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Judicial Review in Dutch Environmental Law: General Observations’, in: J. de Poorter et al. (eds.), *Judicial Review of Administrative Discretion in Administrative State*, (2019) https://doi.org/10.1007/978-94-6265-307-8_6.

⁸ Zie L.J.A. Damen, ‘Wim Duk: man van beleids- en beoordelingsvrijheid, of meer?’, *NTB* 2009/27.

⁹ Zie onder meer H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 382 (specifiek over het evenredigheidsbeginsel); P.J. Huisman & N. Jak, ‘Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit’, *NTB* 2019/20; R.

Van beoordelingsvrijheid is sprake indien de wetgever het bestuur opdraagt een term in te vullen. Dit kan expliciet (“indien *naar het oordeel van de burgemeester* sprake is van een innovatief project”) of impliciet (door gebruik van een vage term als “openbare orde”). Bij beoordelingsvrijheid toetst de rechter slechts of het bestuursorgaan zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de feiten zodanig gekwalificeerd kunnen worden dat aan de wettelijke term is voldaan. Het gaat in beide gevallen dus om een terughoudende toets.

Dit onderscheidt ook nog de gebonden beoordeling: hier gaat het om een beoordeling van de feiten die door het bestuursorgaan moet worden gemaakt, maar waarbij geen vrijheid toegekend (er wordt dan gesproken van beoordelingsruimte). Te denken valt aan de hoogte van een bepaald gebouw of de vraag of een vermeend pensioengerechtigde een bepaalde leeftijd heeft bereikt. Dergelijke beoordelingen toetst de rechter vanzelfsprekend wel “vol”.¹⁰

Dit toetsingssysteem vindt zijn grondslag in het Hoge Raad arrest *Doetinchemse woonruimtevoordering*¹¹ uit 1949 en is ook onder de Algemene wet bestuursrecht door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**de Afdeling**”) omarmd in haar uitspraak inzake *Maxis Praxis* uit 1996.¹² Nu beide zaken toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betreffen, worden zij uitgebreider besproken in §3.3.1.

Hoewel het systeem dogmatisch dus relatief helder is, was en is de Afdeling niet altijd consistent in haar gebruik van voorgaande termen. Dat geldt ook voor de andere hoogste bestuursrechters.¹³

De ratio achter dit stelsel ligt in de democratische legitimatie van bestuursorganen. Deze democratische legitimatie ontbeert de rechter immers. De gedachte is daarom dat hij zich terughoudend moet opstellen en alleen de grenzen van redelijke besluitvorming moet bewaken. Interessant is dat Schreuder-Vlasblom nog een andere ratio noemt: een bestuursorgaan kan wel verantwoordelijk worden gehouden voor zijn besluiten en een rechter niet.¹⁴ Dat zou maken dat de rechter alleen ‘mag balanceren boven nul’. Met andere woorden:

Kegge, ‘Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter’, *JBPlus* 2018/4.

¹⁰ Zie voor een andere terminologie Kegge 2018. Hij spreekt over subjectief vage en objectief vage begrippen.

¹¹ HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963 (*Doetinchemse woonruimtevoordering*). Overigens is er een reële mogelijkheid dat deze doctrine is beïnvloed door Engels recht, hoewel haar precieze herkomst onduidelijk is. Zie Barkhuysen & van Emmerik 2019.

¹² ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis Praxis*). Bröring & De Graaf 2016 verwijzen overigens naar dezelfde uitspraak met de roepnaam *Kwantum Venlo*.

¹³ Zie bijvoorbeeld Huisman & Jak 2019, Kegge 2018 en de door hen aangehaalde literatuur en jurisprudentie, in het bijzonder de vele noten van Damen in de AB.

¹⁴ M. Schreuder Vlasblom, noot bij ABRvS 1 juni 1999, AB 1999/325.

hij is een grensrechter en geen scheidsrechter.¹⁵

2.3. *Het langzaam loslaten van dit systeem en de beweging naar “toetsing op maat”*

Dit systeem en de bijbehorende terughoudendheid in rechterlijke toetsing is steeds meer onder druk komen te staan. Van belang is met name het preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht van Hirsch Ballin,¹⁶ de positieve recensie van dit preadvies¹⁷ en de eveneens positieve reacties op de bijbehorende jaarvergadering.¹⁸ Hirsch Ballin voert op hoofdlijnen drie argumenten tegen terughoudende toetsing aan. Ten eerste vindt hij dat er nogal iets valt af te dingen op de vermeende wens van de wetgever bestuursorganen democratisch in te vullen politieke beleidsvrijheid te geven. In een steeds ingewikkelder samenleving met steeds complexere regelgeving moet bestuursorganen veel ruimte worden geboden in een concreet geval afwegingen te maken. De vrijheid wordt dus geboren uit praktische noodzaak en niet met de bedoeling ruimte te scheppen.¹⁹ Ten tweede merkt Hirsch Ballin op dat veel van de beslissingen niet of nauwelijks democratisch gelegitimeerd zijn. Zij worden genomen door ambtenaren, die zich niet of nauwelijks op politieke keuzes baseren. Ten derde stelt hij in algemene zin dat democratie beperkt moet worden, zeker als fundamentele rechten in het geding zijn. Verder wijst Hirsch Ballin op de positie van derdebelanghebbenden, die in het bestuursrecht bijna altijd aanwezig zijn terwijl zij niet altijd partij zijn in een procedure. Terughoudendheid in toetsing maakt het moeilijk hen adequate rechtsbescherming te bieden.

Als gezegd kreeg Hirsch Ballins kritiek veel bijval.²⁰ Mede als gevolg van deze kritiek is de Raad van State in zijn jaarverslagen van 2015 en 2016 ingegaan op de intensiteit waarmee de Afdeling overheidshandelen toetst. Vooral opvallend is dat de Afdeling haar terminologie heeft aangepast: er wordt niet langer gesproken van beleids- of beoordelingsvrijheid, maar van -ruimte. De gedachte is dat met deze term beter wordt uitgedrukt dat bestuursorganen niet vrij zijn te beslissen, maar altijd zijn gebonden aan het recht.²¹ Overigens volgen de andere bestuursrechters niet per se deze nieuwe terminologie, hoewel zij wel erkennen

¹⁵ E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, ‘Balanceren boven nul; de vaststelling van de feiten in het bestuursrecht’, *NTB* 2000, p. 214-221.

¹⁶ E.H.M. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: E.H.M. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 7-58.

¹⁷ S.E. Zijlstra, ‘E.H.M. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, *NTB* 2015, 16, afl. 4-5, p. 128-133.

¹⁸ *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015* (VAR-reeks 155), Den Haag: Boom juridisch 2016.

¹⁹ Hirsch Ballin 2015 en Zijlstra 2015.

²⁰ Zie Zijlstra 2015 en Verslag 2016.

²¹ Jaarverslag van de Raad van State 2015, in het bijzonder p. 61.

dat er desondanks geen sprake is van een rechtsvrije ruimte voor het bestuur. Het is niet bij deze terminologische wijziging gebleven. Onder meer Barkhuysen,²² Barkhuysen & Den Ouden,²³ Ortlep & Zorg²⁴ en Huisman & Jak²⁵ merken op dat de rechter in een aantal gevallen inderdaad intensiever toetst. De reacties op deze ontwikkeling zijn gematigd positief. Wel wordt veelvuldig benoemd dat zelfs de Afdeling de terminologie nog steeds niet consistent toepast. De strengere toetsing lijkt vooral via algemene beginselen van behoorlijk bestuur te lopen: met name is de rechter strenger ten aanzien van de vraag of aan het motiverings-, zorgvuldigheids en evenredigheidsbeginsel is voldaan.²⁶ Op deze beginselen wordt in onderdeel 3 uitgebreid ingegaan.

Van deze strengere toetsing is in lijn met Hirsch Ballin met name sprake wanneer verstrekkende gevolgen voor betrokkenen aan de orde zijn, bijvoorbeeld indien grondrechten in het geding zijn. Daarnaast spelen de aard van het geschil en de feitelijke complexiteit en behoefte aan deskundigheid een grote rol. Naarmate meer sprake is van complexiteit is de toetsing terughoudender. Op deze omstandigheden wordt in onderdeel 4 verder ingegaan.

Grondrechten kunnen ook een rol spelen via internationale verdragen. Deze functie – en specifiek de reflexwerking – wordt in onderdeel 5 besproken. Verder is de indringendere toetsing terug te zien in het zelf afdoen door de rechter, welke relatie in onderdeel 6 aan de orde komt.

2.4. *Tussenconclusie*

Van oudsher kent Nederland een relatief eenduidig model. Is aan een bestuursorgaan beleidsvrijheid toegekend, dan toetst de rechter terughoudend of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn uiteindelijke beslissing heeft kunnen komen. Is het bestuursorgaan niet-gebonden beoordelingsvrijheid toegekend, dan onderzoekt de rechter of het bestuursorgaan zich redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat de feiten zodanig gekwalificeerd kunnen worden dat aan de wettelijke term is voldaan.

Als gevolg van verander(en)de constitutionele verhoudingen is dit model onder druk komen te staan. De rechter toetst strenger aan beginselen als de aangetaste rechtsbelangen groot zijn. Deze aspecten worden in de overige onderdelen ver-

²² In eerste instantie in T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015, 24, p. 1583, later onder meer ook in T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445, afl. 9, p. 445.

²³ T. Barkhuysen & W. Den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2019/386, afl. 15, p. 825-835.

²⁴ R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *AA* 2018/1, afl. 1, p. 20-25.

²⁵ Huisman & Jak 2019.

²⁶ Kegge 2018 en ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel Barkhuysen 2018.

der uitgewerkt.

3. De beginselen waaraan wordt getoetst

3.1. *Antwoord*

De bestuursrechter toetst het bestuurshandelen naast wet- en regelgeving aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waarbij overigens zij opgemerkt dat sommige daarvan in de Awb zijn gecodificeerd). Naast het evenredigheidsbeginsel (het voor de praktijk belangrijkste beginsel), zijn dit het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De rechter legt een terughoudende toets aan wanneer het bestuursorgaan beslissingsruimte is toegekend, zij het dat deze de laatste jaren onder omstandigheden indringender wordt voor zover het toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel betreft. Algemeen verbindende voorschriften (niet zijnde wetten in formele zin) worden ook aan deze beginselen getoetst, in combinatie met het verbod op terugwerkende kracht.

3.2. *Opbouw*

Dit onderdeel betreft de beginselen waaraan getoetst wordt. Sommige van deze beginselen zijn (summierlijk) gecodificeerd, een aantal is ongeschreven gebleven. De beginselen spelen een grote rol in de uiteindelijke toetsing van overheidshandelen door de rechter. Daarnaast spelen zij een grote rol in de hiervoor beschreven ontwikkeling naar intensievere toetsing. In §3.3 worden de belangrijkste beginselen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, besproken. Hierbij wordt ook specifiek ingegaan op de hierboven beschreven intensivering van toetsing. In §3.4 wordt kort ingegaan op de toetsing van feiten en omstandigheden, in §3.5 op de toetsing van algemeen verbindende voorschriften. In elke paragraaf wordt ook besproken hoe de besproken toetsingsmaatstaven zich verhouden tot de ontwikkeling naar intensiever toetsing.

3.3. *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

3.3.1. Het evenredigheidsbeginsel

Het evenredigheidsbeginsel is (onder meer) gecodificeerd in het tweede lid van artikel 3:4 Awb en bepaalt dat “de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen”.²⁷ Het beginsel verplicht dus niet alleen tot het ma-

²⁷ Deze codificatie vond pas plaats nadat al veel jurisprudentie over het evenredigheidsbeginsel geweest was. Even was er sprake van dat de codificatie tot een wijziging in de heersende doctrine zou wijzen, maar al snel bepaalde de Afdeling dat dit niet het geval zou zijn. Zie Barkhuysen & van Emmerik 2019.

ken van een belangenafweging, maar geeft ook voorschriften over de uitkomst van die belangenafweging. Het evenredigheidsbeginsel vormt een van de belangrijkste normen waaraan de rechter toetst. Strijdig met artikel 3:4 lid 2 Awb waren onder meer de beslissing van een college van B&W om de zoon van een ernstig zieke vader geen parkeerplek voor het huis van zijn vader te verlenen,²⁸ het opleggen van een alcoholslot in combinatie met andere maatregelen²⁹ en het vasthouden aan een beleidsregel op grond waarvan een gezin uit huis geplaatst moet worden.³⁰

Van oudsher is er veel discussie geweest over de vraag in hoeverre de rechter zich bij het toetsen aan het evenredigheidsbeginsel terughoudend moet opstellen.³¹ De Afdeling besliste duidelijk in het voordeel van terughoudendheid in de zaak *Maxis Praxis*,³² die lang als leidend werd gezien. In deze zaak oordeelde zij onder verwijzing naar onder meer de parlementaire geschiedenis dat de rechtbank haar boekje te buiten was gegaan door te stellen dat “de nadelige gevolgen van het besluit tot verlening van onderhavige vrijstelling voor eiseressen onevenredig zijn ten opzichte van de met dat besluit te dienen doelen”. Volgens de Afdeling was “het niet de bedoeling dat de rechter gaat beoordelen welke nadelige gevolgen nog wel en welke niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd”. De rechtbank had zich moeten beperken tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen dat B&W niet in redelijkheid tot verlening van de vrijstelling hebben kunnen komen.³³

De in het vorige onderdeel beschreven ontwikkeling kenmerkt zich met name door een opmars van het evenredigheidsbeginsel.³⁴ Barkhuysen & den Ouden

²⁸ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1314, AB 2017/270.

²⁹ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:662.

³⁰ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

³¹ Zie Bröring & de Graaf 2016, p. 381. Uiteindelijk is de oude Afdelingslijn terug te voeren op HR 25 februari 1949 (*Doetinchemse Woonruimtevoordering*). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de rechter niet alleen kon ingrijpen in overheidshandelen bij overtreding van het verbod op détournement de pouvoir, maar ook indien het handelen moet worden aangemerkt als een daad van willekeur. Hiervan is sprake als het overheidsorgaan in redelijkheid niet tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen en dus moet worden geacht geen belangenafweging te hebben gemaakt. Interessant is dat dit arrest oorspronkelijk dus beoogde de rechter meer ruimte te geven in te grijpen in overheidshandelen, maar tegelijkertijd de grondslag vormde voor terughoudende toetsing. Vergelijk Polak 2016.

³² Bröring & de Graaf 2016 refereert overigens naar dezelfde zaak met de roepnaam *Kwantum Venlo*.

³³ Bröring & de Graaf 2016, p. 381-382. Zij beschrijven ABRvS 9 mei 1996 (*Maxis/Praxis*).

³⁴ Zie de hierboven gegeven recente voorbeelden, alsmede Huisman & Jak 2019 en Kegge 2018.

lijken intensievere toetsing gelijk te stellen met een opmars van het evenredigheidsbeginsel³⁵ en stellen zelfs dat de positie van dit beginsel langzaam begint te lijken op die van de redelijkheid en billijkheid in het civiele recht.³⁶ Ook Huisman & Jak, Kegge en Ortlep & Zorg merken op dat de intensievere toetsing met name via het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt. Dit is logisch: het evenredigheidsbeginsel is een van de weinige materiële beginselen dat in (zo goed als) elk geschil een belangrijke rol speelt. Daarnaast is de vraag wanneer sprake is van onevenredige belangenafweging subjectief en een glijdende schaal, waardoor het zich bij uitstek leent voor een graduele ontwikkeling.

3.3.2. Zorgvuldigheidsbeginsel

Het zorgvuldigheidsbeginsel is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb en vereist dat een besluit met de nodige zorgvuldigheid wordt voorbereid en genomen.³⁷ Het bestuursorgaan dient bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen te vergaren. Het beginsel is dus primair een formeel vereiste. Van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel was onder meer sprake toen een bestuursorgaan zich niet op de juiste wijze ervan vergewiste dat een door de Vreemdelingendienst opgemaakt proces-verbaal inhoudelijk klopte³⁸ of had nagelaten onderzoek te doen naar de gesteldheid van de bodem nabij een derde-belanghebbende.³⁹

Kegge merkt op dat ook door strengere invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel indringender wordt getoetst, zij het in mindere mate dan op basis van het evenredigheidsbeginsel.^{40/41} Huisman & Jak sluiten zich hierbij aan.⁴² Vaak leidt schending van het zorgvuldigheidsbeginsel tot een bestuurlijke lus en krijgt het bestuursorgaan de kans het zorgvuldigheidsgebrek te herstellen, waardoor de materiële invloed van het beginsel beperkt blijft.

3.3.3. Motiveringsbeginsel

Het motiveringsbeginsel bepaalt dat een besluit moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering.⁴³ Deze plicht gaat niet zover

³⁵ Barkhuysen & den Ouden 2019.

³⁶ Barkhuysen & den Ouden 2019.

³⁷ Bröring & de Graaf 2016, p. 281.

³⁸ Rb. Assen, 6 mei 1998, *JB* 1998/176.

³⁹ ABRvS 19 januari 2005, *AB* 2005/88.

⁴⁰ Hij merkt ook op dat moeilijker is vast te stellen hoe streng aan het zorgvuldigheidsbeginsel is getoetst, nu dit minder duidelijk uit de uitspraak blijkt dan bijvoorbeeld de stringentie van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

⁴¹ Verder merkt Kegge op dat toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel vaak hand in gaat met toetsing aan het motiveringsbeginsel en in mindere mate het evenredigheidsbeginsel.

⁴² Huisman & Jak 2019.

⁴³ Bröring & de Graaf 2016, p. 382.

dat uitgesloten moet worden dat ook andere gedachten denkbaar waren; het is afdoende dat de specifieke beslissing van het bestuursorgaan begrijpelijk is en door argumenten wordt gedragen.⁴⁴ Het motiveringsbeginsel heeft een gemengd karakter: officieel is het formeel en ziet het slechts op de vorm van het besluit. Tegelijkertijd geeft de rechter soms wel degelijk een materieel oordeel over het besluit doordat hij een bepaalde redenering die fundamenteel is voor het besluit onhoudbaar acht.⁴⁵ Kegge merkt met Schueler op dat een toetsing aan het motiveringsbeginsel een verkapte doelmatigheidstoets kan inhouden en waarschuwt hiervoor.⁴⁶

Ook het motiveringsbeginsel lijkt wat strenger te worden ingevuld.⁴⁷ Het belang van deze ontwikkeling dient eveneens te worden genuanceerd, nu toetsing aan dit beginsel als besproken vaak samenhangt met toetsing aan het zorgvuldigheds- en evenredighedsbeginsel en schending van het motiveringsbeginsel⁴⁸ vaak “slechts” tot een lus leidt.

3.3.4. Vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel verplicht het bestuur gerechtvaardigde verwachtingen wanneer mogelijk te honoreren.⁴⁹ Het vertrouwensbeginsel verplichtte het UWV bijvoorbeeld een uitkering, ondanks dat deze onterecht was verleend, niet terug te vorderen, nu het in een brief (ten onrechte) had gegarandeerd dat de uitkering niet teruggevorderd zou worden.⁵⁰ Van oudsher is een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel zeldzaam, nu de hoogste bestuursrechters (zeer) restrictief zijn in het aannemen van gerechtvaardigd vertrouwen. Is dit vertrouwen er wel, dan kan dit alleen worden gehonoreerd op het moment dat een afweging met de belangen van derden hieraan niet in de weg staat.⁵¹ Deze terughoudendheid werd in de literatuur zeer kritisch benaderd.⁵²

Recent heeft de Afdeling Advocaat-Generaal Wattel gevraagd een conclusie over het vertrouwensbeginsel te nemen. Hij raadt de rechter aan sneller te bepalen dat sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, maar onderkent dat de belangenafweging nog steeds vaak aan honorering in de weg staat (behoudens financiële compensatie). Een beroep op schending van vertrouwen dient dus

⁴⁴ Schreuder Vlasblom 1999 en de bijbehorende uitspraak.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 15 augustus 2018, AWB 18/798.

⁴⁶ Kegge 2018.

⁴⁷ Kegge 2018.

⁴⁸ Kegge 2018.

⁴⁹ Bröring & De Graaf 2016, p. 382.

⁵⁰ CRvB 23 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2624.

⁵¹ L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (VAR-reeks 156), Den Haag: Boom Juridisch 2018.

⁵² Idem.

vaker te worden gehonoreerd, in ieder geval door middel van schadevergoeding.⁵³ De Afdeling heeft deze conclusie in grote lijnen overgenomen.⁵⁴ Het overnemen van Wattels aanbevelingen past in de bredere lijn van kritischer zijn op het bestuur en eerder ingrijpen in zijn beslissingen. Tegelijkertijd moet het belang niet overschat worden, nu het vertrouwensbeginsel in een beperkt aantal zaken een rol speelt en een geslaagd beroep bovendien vaak alleen tot schadevergoeding zal leiden.

3.3.5. Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel verplicht gelijke gevallen gelijk te behandelen en ongelijke gevallen naar de mate van ongelijkheid.⁵⁵ Het is onder meer gecodificeerd in artikel 1 Grondwet en een aantal verdragen.⁵⁶ Interessant is dat volgens Bröring & de Graaf het beginsel slechts verplicht tot gelijke behandeling van groepen op beleidsniveau, terwijl de door hen aangehaalde codificaties ook tot een gelijke behandeling in individuele gevallen lijken te verplichten.⁵⁷ Het gelijkheidsbeginsel speelt een kleine rol in geschillen, met name omdat vaak moeilijk is aan te tonen dat twee gevallen gelijk zijn (hoewel op deze toepassingswijze kritiek mogelijk is).⁵⁸ Daarmee lijkt het ook een kleine rol te spelen in de intensivering van toetsing.

3.4. *De toetsing van feiten en omstandigheden?*

Belangrijk is dat de rechter feiten en omstandigheden zelf vaststelt en daarmee de vaststelling door het orgaan in beginsel vol toetst.⁵⁹ Wel geldt dat de feitenvaststelling van het bestuur vaak wordt gevolgd.^{60/61} Dat is met name aan de orde indien voor de feitenvaststelling specifieke al dan niet technische deskundigheid nodig is.

⁵³ ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896. Zie voor een samenvatting C.N.J. Kortmann 'Afdelingsuitspraak over vertrouwensbeginsel komt eraan, wat kunnen we verwachten?' op Stibbeblog (28 mei 2019).

⁵⁴ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

⁵⁵ Bröring & de Graaf 2016, p. 382.

⁵⁶ Zie voor een overzicht Bröring & de Graaf 2016, p. 382. De belangrijkste codificatie is natuurlijk Artikel 1 Grondwet.

⁵⁷ Bröring & de Graaf 2016, p. 382.

⁵⁸ Zie ook Bröring & de Graaf 2016. Verder is een belangrijke indicatie dat Kegge 2018 noch Huisman & Jak 2019 het beginsel noemen.

⁵⁹ Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, (diss. Amsterdam VU), Leiden: Kluwer 2005, p. 271.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 (*Cruiseschepenbouwers*).

⁶¹ Zie voor meer hierover en kritische kanttekeningen Barkhuysen & van Emmerik 2019.

3.5. *De toetsing van algemeen verbindende voorschriften*

De bestuursrechter toetst algemeen verbindende voorschriften in beginsel niet zelfstandig.⁶² Wel worden deze voorschriften regelmatig exceptief getoetst: toetst de rechter een besluit dat mede is genomen op grond van een algemeen verbindend voorschrift, dan kan hij ook dit voorschrift toetsen in het kader van de procedure jegens het besluit.

Voorheen werd een wettelijke bepaling alleen onverbindend verklaard bij overtreding van het verbod op willekeur: het bestuursorgaan moest in redelijkheid niet tot de bepaling hebben kunnen komen. Alleen schending van beginselen was dus niet genoeg; deze schending moest zo flagrant zijn dat zij leidde tot het rechterlijk oordeel dat sprake was van willekeur. Dit systeem wordt dan ook wel aangeduid als de “willekeursluis”.⁶³

Over deze thematiek, en in beginsel de intensiteit die de rechter moet aanleggen bij een dergelijke toetsing, heeft Advocaat-Generaal Widdershoven een conclusie genomen.⁶⁴ Widdershoven adviseert de rechter direct te toetsen aan de hier genoemde beginselen met toevoeging van het verbod op terugwerkende kracht en niet alleen via het verbod van willekeur.⁶⁵ De gezichtspunten die volgens hem tot een intensievere toetsing van algemeen verbindende voorschriften kunnen leiden, lijken ook goed toepasbaar op andere besluiten.⁶⁶ Zij komen in het volgende onderdeel dan ook aan bod. Verder valt op dat de argumentatie van Widdershoven (een terugtrekkende wetgever en bredere behoefte aan rechtsbescherming) goed aansluit bij de bredere argumentatie voor intensievere toetsing.

De conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven is uiteindelijk verwerkt in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (“**CRvB**”) over het model dat de staatssecretaris gebruikt om budget over gemeenten te verdelen.^{67/68} Deze

⁶² Op grond van art. 8:3 lid 1 a Awb (geen beroep kan worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften).

⁶³ HR 10 mei 1986 (*Landbouwwliegers*); R.M. van Male, ‘Landbouwwliegers’ in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Wolters Kluwer: Deventer 2016, p. 151-176. i.h.b. p. 169.

⁶⁴ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

⁶⁵ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, met name de onderdelen 8 en 9.

⁶⁶ Kege 2018.

⁶⁷ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 en CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018.

⁶⁸ De conclusie is overigens genomen in een zaak die diende voor de Afdeling, maar omdat in die zaak ten aanzien van een ander aspect prejudiciële vragen werden gesteld kon de conclusie niet verwerkt worden. Dat is dus gebeurd in dit geschil voor het CRvB, waarbij er voortdurende en uitgebreide afstemming tussen de verschillende hoogste bestuursrechtters heeft plaatsgevonden.

uitspraak is afgestemd met de andere hoogste bestuursrechters.⁶⁹ De CRvB geeft aan inderdaad (iets) intensiever te toetsen. Schending van materiële beginselen kan onder het nieuwe stelsel direct tot onverbindendheid leiden.⁷⁰ Dit geldt niet voor het formele motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel: schending van deze beginselen leidt niet tot onverbindendheid. Als de schending van de beginselen met zich meebrengt dat de rechter niet goed kan toetsen of de wetgeving wel voldoet aan hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de beginselen van behoorlijk bestuur, kan het voorschrift wel buiten toepassing worden gelaten.⁷¹

Ook ten aanzien van de gezichtspunten voor indringender toetsing heeft de CRvB de conclusie grotendeels overgenomen. De CRvB ziet aanleiding voor een minder intensieve toetsing bij feitelijk of technische complexe materie, alsmede de mogelijkheid om politiek-bestuurlijke afwegingen te maken. De beoordeling van belangenafwegingen kan intensiever zijn indien het voorschrift meer ingrijpt in het leven van belanghebbenden en daarbij bijvoorbeeld fundamentele rechten aan de orde zijn.⁷²

4. Aanknopingspunten voor minder terughoudendheid

4.1. *Antwoord*

De aanwezigheid van grondrechten kan een rechter ertoe nopen een striktere toetsing aan de dag te leggen. Dit houdt vaak in dat hij bestuursorganen aan een hogere standaard houdt en dus eerder besluiten zal vernietigen.

4.2. *Opbouw*

Dit onderdeel bespreekt de aanknopingspunten die een rechter ertoe nopen intensiever te toetsen. Eerst wordt ingegaan op het meest “harde”, formele criterium, de toetsing van een punitieve sanctie (§4.3). Vervolgens wordt ingegaan op de rol die grondrechten spelen (§4.4), tot slot worden overige factoren besproken (§4.5).

⁶⁹ J.R. van Angeren, T. Barkhuysen, L. van der Maden & A. Zwanenburg, *‘Exit willekeursluit: een nieuwe rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.’* <http://www.stibbe-blog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/exit-willekeursluit-een-nieuwe-rechterlijke-toetsing-van-algemeen-verbindende-voorschriften/>.

⁷⁰ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018., r.o. 7.5.2. (Idem CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016).

⁷¹ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018., r.o. 7.5.2. (Idem CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016). Van Angeren e.a. 2019.

⁷² CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018., r.o. 7.5.1. (Idem CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016).

4.3. *Sancties en Artikel 6 EVRM*

Op grond van artikel 6 van het Europees Verdrag ter Bescherming van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (“**EVRM**”) dient een sanctie uiteindelijk te worden getoetst door de rechter.⁷³ Wordt dus een sanctie opgelegd door een bestuursorgaan, dan dient een rechter dit opleggen vol te toetsen.⁷⁴ Belangrijk is wel dat deze verplichting alleen geldt wanneer sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. De Nederlandse bestuursrechter is terughoudend in het oordelen dat van een dergelijke charge sprake is. Zo werden bijvoorbeeld het opleggen van een alcoholslot⁷⁵ of het volledig terugvorderen van een subsidie op grond van een relatief lichte overtreding⁷⁶ niet als *criminal charge* gekwalificeerd. Deze terughoudendheid lijkt overigens niet alleen ingegeven door de plicht tot intensieve toetsing, maar ook de andere waarborgen die een *criminal charge* met zich meebrengt, waaronder het verbod op *bis in idem*.⁷⁷

Een *criminal charge* is één van de belangrijkste aanknopingspunten voor een intensievere toetsing, maar dit belang wordt beperkt doordat rechters niet te snel aannemen dat van een *criminal charge* sprake is. Wel toetsen rechters recentelijk steeds vaker streng of bij het opleggen van sancties aan het evenredigheidsvereiste is voldaan, ook als ze de sancties niet als *criminal charge* kwalificeren.⁷⁸

4.4. *De rol van overige grondrechten*

In lijn met Hirsch Ballin toetst de rechter indringender op het moment dat grondrechten in het geding zijn of de gevolgen van een besluit verstrekking zijn. Het meest expliciete voorbeeld is de zaak over de Groningse gaswinning, waarin de Afdeling expliciet stelde dat hogere eisen aan de motivering gesteld moesten worden in verband met de in het geding zijnde grondrechten.⁷⁹ Daarnaast toetste de rechter de beslissing tot het intrekken van een marktvergunning strenger, nu deze intrekking een beperking van het recht op eigendom vorm-

⁷³ Artikel 6 EVRM luidt “Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.”

⁷⁴ Huisman & Jak 2019, zij verwijzen naar ABRvS 4 juni 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2229, m.nt. EvdL. Zie tevens T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*. Den Haag: Bju 2016, p. 71.

⁷⁵ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:662.

⁷⁶ ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9182.

⁷⁷ Zie voor deze waarborgen uitgebreid Barkhuysen & van Emmerik 2016, p. 53-72.

⁷⁸ Zie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:662 en ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245, m.nt. R. Ortlep.

⁷⁹ ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Groningse Gaswinning*).

de.⁸⁰ Leijten stelt dat een effectieve bescherming van fundamentele rechten ook in andere gevallen dan sancties, specifiek in het vreemdelingenrecht, dwingt tot een strengere toetsing.⁸¹ Ten aanzien van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften adviseert ook Widdershoven intensiever te toetsen wanneer fundamentele rechten in het geding zijn.⁸²

4.5. Overige factoren

In de literatuur wordt nog een aantal andere factoren genoemd die tot een meer of minder indringender toetsing kunnen leiden. Onder meer zijn de voor het nemen van het besluit vereiste kennis en complexiteit genoemd⁸³ en de betrokken rechtsverhoudingen (met name de vraag of derdebelaanhebbers betrokken zijn).⁸⁴ Verder noemt Polak nog in algemene zin “hetgeen procespartijen naar voren brengen”⁸⁵ en Huisman en Jak de situatie dat het bestuursorgaan er keer op keer niet in slaagt een aan het recht voldoende besluit te nemen.⁸⁶

5. Reflexwerking van internationale verdragen

5.1. Antwoord

Klassieke reflexwerking, in de zin van het inkleuren van vage normen door op zichzelf niet bindende internationale normen is slechts sporadisch aan de orde geweest. Vaker maar nog steeds in beperkte mate komt een dergelijke inkleuring op basis van op zich bindende, maar niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen voor. Wel is in een aantal gevallen sprake van vrijwillige adoptie van EVRM en EU-recht.

5.2. Directe reflexwerking

De bestuursrechter heeft, in tegenstelling tot de civiele rechter, nog weinig “vage rechten” of open normen ingevuld aan de hand van niet rechtstreeks werkende (bindende) verdragsbepalingen, laat staan op basis van niet bindende internationale normen. Van Emmerik noemt enkele voorbeelden van dat eerste.⁸⁷

⁸⁰ ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245, m.nt. R. Ortlep.

⁸¹ A.E.M. Leijten, ‘Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondrechtelijk perspectief’, *TvCR 2017*, p. 51.

⁸² ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, §8.4.

⁸³ J.E.M. Polak, ‘Interventie’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015* (VAR-reeks 155), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 25-27, i.h.b. p. 26, Huisman & Jak 2019, ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

⁸⁴ Polak 2016, Huisman & Jak 2019.

⁸⁵ Polak 2016.

⁸⁶ Huisman & Jak 2019.

⁸⁷ M.L. Van Emmerik, ‘Toepassing van het kinderrechtenverdrag in de Nederlandse recht-

5.3. *Vrijwillige adoptie*

Daarnaast is sprake van een andere, beperktere vorm van reflexwerking. Deze vorm wordt ook wel vrijwillige adoptie genoemd en vindt met name plaats ten aanzien van EVRM- en EU-rechtelijke beginselen.⁸⁸ Voorbeelden zijn onder meer een andere uitleg van het Nederlandse 4:84 Awb onder invloed van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel,⁸⁹ het aannemen van een Nederlandse transparantieplichting die sterk op de Europese lijkt⁹⁰ en een herziening van het leerstuk van *ne bis in idem* onder invloed van de EU Procedurerichtlijn.⁹¹ Een belangrijk ander voorbeeld is voorts de toepassing van artikel 6 EVRM: hoewel dit artikel strikt genomen niet van toepassing is op vreemdeling-rechtelijke,⁹² niet-punitieve belasting-⁹³ en Wet openbaarheid van bestuurszaken,⁹⁴ zijn verschillende eisen uit dit artikel als nationale algemene rechtsbeginselen ook in deze zaken toegepast.⁹⁵ Ook wordt de meer indringende toetsing van de Afdeling wel als vrijwillige adoptie van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel aangeduid.⁹⁶

Er zijn drie mogelijke verklaringen te geven voor deze vrijwillige adoptie. Ten eerste wordt de Europeesrechtelijke regel soms beter gewaardeerd dan de Nederlandse,⁹⁷ het ligt dan voor de hand deze Europese regel over te nemen. Ten tweede worden, specifiek voor het Unierecht, sinds het arrest Åkerberg Fransson⁹⁸ steeds meer situaties onder het bereik van het Unierecht gebracht. Het is sindsdien ook niet langer precies duidelijk wanneer het Unierecht wel en niet geldt. Een te groot onderscheid tussen de nationale en de Unierechtsorde kan dan willekeurig en geforceerd aanvoelen. De derde mogelijke verklaring is het gegeven dat coherentie tussen nationaal en Europees recht in het algemeen als

spraak', *NJCM-Bulletin* 2005 nr. 6, p. 701-702.

⁸⁸ R. Schlössels, H. Peters, W. den Ouden, B. Marseille & T. Barkhuysen, 25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over eenjarige wet, *NTB* 2019/11 spreken van "een soort reflexwerking".

⁸⁹ Schlössels e.a. 2019.

⁹⁰ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

⁹¹ Schlössels e.a. 2019.

⁹² ABRvS 3 december 2008, AB 2009/70, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik (rechtszekerheid en de redelijke termijneisen).

⁹³ HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik (eveneens rechtszekerheid en de redelijke termijneisen).

⁹⁴ ABRvS 1 oktober 2014, AB 2015/69, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik, *JB* 2014/212, m.nt. Bots (equality of arms).

⁹⁵ Barkhuysen & van Emmerik 2017, p. 55.

⁹⁶ Schlössels e.a. 2019.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 en Huisman & Jak 2019 over het evenredigheidsbeginsel.

⁹⁸ HvJ 26 februari 2013, CLIEU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

wenselijk wordt gezien.⁹⁹

6. Zelf afdoen door de bestuursrechter

6.1. *Antwoord*

De rechter doet een zaak in beginsel niet zelf af op het moment dat meer dan één uitkomst mogelijk is. Het is dan aan het bestuursorgaan te kiezen welke uitkomst het verkiest. Onder bepaalde omstandigheden kan van dit uitgangspunt worden afgeweken. Hiervan is met name sprake bij de vernietiging van een boetebesluit en de situatie waarin het bestuursorgaan meermaals heeft nagelaten een correct besluit te nemen. Overige relevante omstandigheden zijn de duur van de procedure, de urgentie van de treffen voorziening, de wens van partijen, de belangen van derdebelanghebbenden, de waarschijnlijkheid dat een bestuursorgaan het besluit herstelt en de waarschijnlijkheid dat een nader onderzoek ander licht op de zaak werpt. Daarnaast leiden ook wettelijke procesrechtelijke wijzigingen tot meer zelf voorzien door de rechter.

6.2. *Uitwerking*

Tot 2009 voorzag de bestuursrechter alleen zelf in een zaak wanneer nog maar één besluit mogelijk was.¹⁰⁰ Dit standpunt is hierna genuanceerd: het uitgangspunt is nog steeds dat de rechter niet zelf in de zaak voorziet op het moment dat er meer dan één mogelijke uitkomst speelt¹⁰¹ en dus als sprake is van beleids- of beoordelingsvrijheid voor het bestuursorgaan.¹⁰²

De rechter lijkt met name van dit uitgangspunt af te stappen indien het bestuursorgaan meerdere mislukte pogingen deed het besluit alsnog zelf overeind te houden.¹⁰³ Daarnaast is de rechter verplicht zelf in de zaak te voorzien op het moment dat hij een boetebesluit vernietigt.¹⁰⁴

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Öztürk', in: Barkhuysen e.a. (red.) 2016.

¹⁰⁰ R. Ortlep, noot bij ABRvS 11 februari 2009, AB 2009/224. Overigens begreep de Afdeling hier volgens Ortlep haar eigen jurisprudentie verkeerd. R. Ortlep, noot bij ABRvS 16 november 2016, AB 2017/149.

¹⁰¹ Deze formulering wordt ook gebruikt in ABRvS 16-03-2016, ECLI:NL:RVS:2016:683, m.nt. A.T. Marseille. AB 2016/250.

¹⁰² Zie ook Rb. Oost-Brabant 13-11-2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5972, m.nt. A.M.L. Jansen, AB 2018/253.

¹⁰³ Huisman & Jak 2019.

¹⁰⁴ Art. 8:72a Awb: "Indien de bestuursrechter een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, neemt hij een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt hij dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking."

Verder spelen de volgende factoren een rol bij het bepalen of de rechter zelf voorziet: de duur van de procedure (en dan specifiek of de redelijke termijn van artikel 6 EVRM in gevaar komt),¹⁰⁵ de urgentie van de treffen voorziening, de wens van partijen, de belangen van derdebelanghebbenden, de waarschijnlijkheid dat een bestuursorgaan het besluit herstelt en de waarschijnlijkheid dat een nader onderzoek ander licht op de zaak werpt.¹⁰⁶ Deze lijn wordt door de Afdeling zelf vaak samengevat door te stellen dat de rechter alleen dan zelf in de zaak kan voorzien als hij de overtuiging heeft dat de uitkomst van het geschil, in het geval dat het bestuursorgaan in de zaak zou voorzien, geen andere zou zijn en de toets van het recht kan doorstaan.^{107/108}

Hoewel deze lijn niet wezenlijk veranderd is, lijkt ook haar uitwerking in concrete gevallen aan nuancering onderhevig. Ortlep merkte al op dat de situatie de laatste jaren ingewikkelder is geworden.¹⁰⁹ Daarnaast heeft een rechtbank recent voor het eerst zelf een last onder dwangsom opgelegd, waarbij zij ook een bewijsopdracht meegaf.¹¹⁰ Deze (subtiele) ontwikkelingen passen in de bredere tendens waarin de rechter minder uitgaat van het primaat van het bestuursorgaan en zichzelf meer ruimte toekent om invloed uit te oefenen.

Tot slot verdient opmerking dat ook wettelijke wijzigingen in het procesrecht bijdragen aan meer zelf voorzien. Een voorbeeld is de in 2010 ingevoerde bestuurlijke lus,¹¹¹ die de rechter de mogelijkheid geeft een bestuursorgaan al gedurende de procedure een besluit te laten verbeteren. Deze constructie is geënt op de informele bestuurlijke lus, een vergelijkbare constructie die in de jurisprudentie vorm heeft gekregen.

¹⁰⁵ Huisman & Jak 2019.

¹⁰⁶ Ortlep 2009.

¹⁰⁷ Ortlep 2009.

¹⁰⁸ Deze vuistregel volgt overigens wat ons betreft niet uit de geformuleerde gezichtspunten. Deze lijken immers te impliceren dat ook wanneer meer dan één uitkomst mogelijk is, nog steeds tot zelf afdoen kan worden overgegaan.

¹⁰⁹ Ortlep 2016.

¹¹⁰ Rb. Oost-Brabant 13-11-2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5972, m.nt. A.M.L. Jansen, AB 2018/253.

¹¹¹ Afdelingen 8.2.2.a en 8.2.7 Awb; *Stb.* 2009, 570.

