

Naar een eenvormige(r) toetsing?

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



Verslag¹ door Steven Verbeyst & Melanie van Zanten

Eerste expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 4 oktober 2019

Tijdstip: 13:00 - 17:30

Plaats: Balzaal van de Raad van State, Paleisstraat 1 in Den Haag

¹ De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de auteurs-sprekers en moderators vanzelfsprekend uitgezonderd).

Auteurs-sprekers:

Tom Barkhuysen, Roel Becker en Michiel van Emmerik

(Nederland - publiekrecht)

Joost van der Helm (Nederland - privaatrecht),

Pieter-Jan Van de Weyer (België - publiekrecht)

Françoise Auvray (België - privaatrecht).

Moderatoren: Lidy Wiggers-Rust en Steven Lierman

Verslaggevers: Melanie van Zanten (Nederland) en Steven Verbeyst (België)

Verwelkoming

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust verwelkomt de deelnemers op deze eerste expertmeeting en schetst hun verschillende achtergrond (wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie; bestuurs- en privaatrechtelijk), vanuit Nederland en België. Het onderwerp zal daarmee vanuit alle hoeken kunnen worden belicht. Ook zal de meeting daarmee kunnen voldoen aan de doelstelling van het Platform om voor die juristen een ontmoetingsplaats te creëren. Zij introduceert de initiatiefnemers van het Platform. Vanuit België zijn dat Steven Lierman en Kurt Willems. De Nederlandse initiatiefnemers zijn Rob Widdershoven, Frank van Ommeren, Martijn Scheltema, Mark Wissink en Lidy Wiggers-Rust. Zij hebben allen eveneens een verschillende achtergrond vanuit dezelfde gedachte. Wiggers-Rust vertelt dat het de initiatiefnemers in de aanloop op deze meeting heeft verheugd te mogen constateren dat de missie van het Platform door de deelnemers in hoge mate wordt onderschreven. Nu het recht zo gelaagd is en publiek- en privaatrecht in toenemende mate zijn verweven, is het van direct belang deze systemen te onderzoeken op gelijkenissen en verschillen. Het doel van de vergelijking is vooral om na te gaan of de wisselwerking tussen het publiekrecht en het privaatrecht kan worden verbeterd en wat publiek- en privaatrecht van elkaar kunnen leren, ook tussen Nederland en België, niet alleen naast burens maar tevens verenigd in de Europese Unie.

De vergadering vindt plaats op een historisch plekje: de Balzaal van het zogenoemde Witte Paleisje, in gebruik bij de Raad van State. Het Platform dankt de Raad van State ervoor dat deze eerste bijeenkomst hier kan plaatsvinden. Wiggers-Rust nodigt de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, Bart Jan van Ettekoven, daarom uit voor een kort welkomstwoord.

Bart Jan van Ettekoven

Van Ettekoven heet alle gasten van harte welkom. Hij onderkent het belang van het Platform en geeft aan dat hij een dialoog tussen beoefenaren van het pu-

blikrecht en het privaatrecht als voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak graag faciliteert. Van Ettekoven zegt dat er een dialoog bestaat tussen rechters onderling, maar ook tussen rechters van verschillende landen. Deze dialoog bestaat eveneens tussen verschillende juristen, praktijkbeoefenaars, wetenschappers, ministeries, enzovoort.

Van Ettekoven onderstreept dat de dialoog essentieel is om verder te komen. Deze leidt tot wederzijds begrip. Wederzijds begrip over elkaars rechtsstelsel en de manier van denken. Hierbij bekijken we of de rechtsstelsels niet onnodig divergeren, maar juist kunnen convergeren. Het aangaan van de dialoog leidt ook tot een beter begrip van het eigen rechtsstelsel. Wanneer we een open blik blijven houden, kunnen we de kennis over andere rechtsstelsels toepassen op ons eigen rechtsstelsel.

Van Ettekoven feliciteert de initiatiefnemers met de oprichting van het Platform en met de keuze van het onderwerp van deze eerste expertmeeting. Het onderwerp - het rechterlijk toetsen van bestuurshandelen - is de *core business* van de Raad van State, andere bestuursrechters en mede voor de civiele rechter van belang. De intensiteit van rechterlijke toetsing is een onderwerp dat in Nederland de laatste jaren enorm in de belangstelling staat. Oud-voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Ernst Hirsch Ballin, heeft daartoe de aanzet gegeven met zijn preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR) in 2015. Het preadvies van Hirsch Ballin heeft het denken over de rechterlijke toetsingsintensiteit in een stroomversnelling gebracht. Als gevolg daarvan is er binnen de Raad van State veel over dit onderwerp gesproken. Dit heeft geleid tot een wijziging in de intensiteit en omvang van de toetsing in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Van Ettekoven wenst het Platform veel succes toe voor de toekomst en hoopt op boeiende bijeenkomsten en fraaie papers. Voor nu hoopt Van Ettekoven op een interessante uitwisseling van gedachten en een geslaagde middag.

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust dankt Bart Jan van Ettekoven voor zijn vriendelijke en inspirerende woorden aan het adres van het Platform.

Zij expliciteert het onderwerp van de expertmeeting: 'Naar een eenvormige(r) toetsing?'. Uit de aanduiding van het onderwerp – nog met een vraagteken – blijkt een zekere intentie om te komen tot een eenvormiger en inzichtelijker toetsing, in het belang van de burger en het bestuur. Het zou mooi zijn als we daarin met elkaar stappen zouden kunnen maken.

Wiggers-Rust introduceert de vijf thema's die op het programma van deze expertmeeting staan:

- De klassieke wijze van toetsing en recente ontwikkelingen (op hoofdlijnen)
- (Wijze van) toetsing aan rechtsbeginselen
- Aanknopingspunten voor een intensievere toetsing en de betekenis van volle toetsing
- Reflexwerking en vrijwillige adoptie
- Het zelf in de zaak voorzien

Voor de uitwisseling erover is gekozen voor een dialoog gerelateerde vorm, waarbij een vrije gedachtewisseling plaatsvindt, wat tot nieuwe inzichten kan leiden en dat is bij uitstek de bedoeling. Daarbij kan luisteren belangrijker zijn dan spreken. Het gaat om het doorgronden van de materie en niet zozeer om het debat.

Wiggers-Rust stelt vervolgens de auteurs-sprekers vanuit Nederland voor. Voor het Nederlandse publiekrecht zijn dat: Tom Barkhuysen, Roel Becker en Michiel van Emmerik. Michiel van Emmerik werkte mee aan het paper maar is helaas wegens ziekte afwezig. Voor het Nederlandse privaatrecht is dat Joost van der Helm.

Steven Lierman

Lierman dankt op zijn beurt gastheer Van Ettekovén en stelt de auteurs-sprekers langs Belgische kant voor. Voor het Belgische privaatrecht is dit Françoise Auvray. Pieter-Jan Van de Weyer treedt op als auteur-spreker voor het Belgische publiekrecht. Lierman benoemt wat tijdens de expertmeeting buiten de scope valt:

- De technische aspecten van de rechtsmachtverdeling
- Toetsing van formele wetgeving; we focussen op de toetsing van bestuurs-handelingen
- De verruimde toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naar allerhande instanties die bij het overheidsgebeuren betrokken worden
- De nieuwe wettelijke bevoegdheden van bestuursrechtscolleges om zelf in de zaak te voorzien. We focussen ons voornamelijk op hoe de rechtscolleges de ruimte die ze vandaag hebben zelf inkleuren.

Beknopte samenvatting van de papers

Lidy Wiggers-Rust

Voorafgaand aan de bespreking van de vijf thema's vraagt zij auteurs-sprekers hun (concept)paper kort te willen toelichten.

Roel Becker (Nederland - publiekrecht)

Becker beperkt zich tot de grote lijnen die hij illustreert aan de hand van twee leerstukken: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verschillende

manieren waarop internationaal recht kan doorwerken in de nationale rechtsorde. De grote lijn waarover Becker spreekt, houdt in dat de Nederlandse bestuursrechter de laatste jaren intensiever toetst en daarmee hogere eisen stelt aan bestuursorganen.

Van oudsher werd een relatief eenvoudig systeem gehanteerd: het Dukkiaanse systeem. Op grond daarvan is voor de toetsingsintensiteit van belang of aan een bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid is toegekend. Beleidsvrijheid houdt in dat een bestuursorgaan een bepaald beleid kan instellen of uitvoeren, zoals het voorbeeld van de burgemeester die een vergunning *kan* verlenen of weigeren. Bestaat er beleidsvrijheid, dan beperkt de rechter zijn toetsing tot de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot de belangenafweging heeft kunnen komen. Beoordelingsvrijheid houdt in dat het aan het bestuursorgaan is om in een concreet geval te bepalen of er voldaan is aan een door de wetgever gebruikte vage term, zoals bijvoorbeeld de term openbare orde. In het geval van beoordelingsvrijheid beperkt de rechter zich tot de toets 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. Naast beleids- en beoordelingsvrijheid werd de gebonden beoordeling onderscheiden. Bij een gebonden beoordeling gaat het om de beoordeling van feiten die door het bestuursorgaan moet worden gemaakt, maar waarbij door de wetgever geen ruimte is toegekend. Hierbij valt te denken aan de hoogte van een bepaald gebouw. De rechterlijke toetsing is in dit geval vol.

Aan de terughoudendheid van de rechter ligt ten grondslag dat hij niet democratisch gelegitimeerd is, terwijl een bestuursorgaan dat wel is. Een aantal jaren geleden is er discussie ontstaan over de vraag in hoeverre de democratische legitimatie van bestuursorganen nog aanwezig is en of een terughoudende rechterlijke toetsing gelet daarop nog wel te rechtvaardigen valt. Het startpunt van de discussie is het al door Van Ettehoven aangehaalde VAR-preadvies van Hirsch Ballin uit 2015. In de kern is het argument van Hirsch Ballin tegen het Dukkiaanse systeem dat de democratische legitimatie van bestuursorganen vaak minder groot is dan in algemene zin wordt aangenomen. Het preadvies heeft tot veel bijval en een eerste wijziging van terminologische aard geleid. De Afdeling bestuursrechtspraak spreekt in haar jurisprudentie niet langer van beleids- en beoordelingsvrijheid, maar van beleids- en beoordelingsruimte.

Bij een terminologische wijziging is het (gelukkig) niet gebleven. Dat illustreert Becker in de eerste plaats aan de hand van de rechterlijke toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een van de belangrijkste materiële beginselen is het evenredigheidsbeginsel dat is gecodificeerd in artikel 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het evenredigheidsbeginsel houdt in 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.’ Uit recente rechtspraak valt volgens Becker af te leiden dat bepaalde besluiten eerder onevenredig worden geacht dan vroeger. Hij merkt op dat daarnaast opvalt dat ook formele beginselen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, anders worden toegepast. Het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb houdt in dat een besluit met de nodige zorgvuldigheid moet worden voorbereid en genomen. De laatste jaren is zichtbaar dat ook in het kader van zorgvuldigheid hogere eisen worden gesteld aan bestuursorganen. Ook bij de toetsing aan het motiveringsbeginsel, dat inhoudt dat een besluit moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering, lijkt de bestuursrechter de laatste jaren hogere eisen te stellen aan bestuursorganen.

Een interessante ontwikkeling is eveneens zichtbaar bij de toetsing aan het vertrouwensbeginsel. Dat beginsel houdt in dat gerechtvaardigd vertrouwen in beginsel gehonoreerd moet worden. Eerder was het moeilijk om een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel te doen. Recentelijk is een conclusie genomen door staatsraad advocaat-generaal Wattel.² Op grond van die conclusie, die door de Afdeling bestuursrechtspraak in grote lijnen is overgenomen, kan er voortaan iets eerder sprake zijn van gerechtvaardigd vertrouwen. Dat kan ertoe leiden dat mogelijk sneller wordt overgegaan tot in ieder geval het toekennen van schadevergoeding. De ontwikkeling ten aanzien van de toetsing aan het vertrouwensbeginsel past bij de bredere ontwikkeling inhoudende dat hogere eisen worden gesteld aan bestuursorganen.

De tweede ontwikkeling aan de hand waarvan een indringender toetsing door de bestuursrechter kan worden geïllustreerd is de doorwerking van het internationale recht. Becker licht dit toe. Een van de manieren waarop internationaal recht indirect kan doorwerken is reflexwerking. Reflexwerking kan betrekking hebben op al dan niet bindend internationaal recht waarmee open normen worden ingekleurd. In het eerste geval gaat het dan doorgaans om – wel bindende maar – niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Die variant zien we ook in het bestuursrecht; de laatste van niet bindend internationaal recht nog slechts sporadisch. Daarnaast is in het bestuursrecht vrijwillige adoptie zichtbaar. Dat betekent dat de Nederlandse bestuursrechter het internationale recht vrijwillig toepast in gevallen waarin het internationale recht dat niet vereist. Voorbeelden van vrijwillige adoptie zijn het Europese transparantiebeginsel dat ook steeds meer onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde en de toepassing van artikel 6 EVRM in zaken waarin dat artikel strikt genomen niet van toepassing is.

² Conclusie van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896.

Joost van der Helm (Nederland - privaatrecht)

Van der Helm beperkt zich tot een aantal highlights uit zijn paper. Hij wijst in het begin van zijn inleidende beschouwing op twee recente gebeurtenissen: een nieuwsbericht waarin werd gekopt dat de Hoge Raad rookruimtes heeft verboden in horecaruimten en de verschijning van de conclusie van de advocaten-generaal in de *Urgenda*-zaak.³

Van der Helm wijst erop dat de Hoge Raad in het arrest uit 2019⁴ betreffende de rookruimtes verwijst naar zijn eerdere rechtspraak uit 2014⁵ over de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde. De uitspraak van de Hoge Raad uit 2019 is volgens Van der Helm interessant voor een vraag die niet aan de auteurs-sprekers is gesteld, maar die wel ten grondslag ligt aan alle gestelde vragen. Die vraag betreft de verhouding tussen het rechterlijk optreden enerzijds en het bestuurlijk en politiek optreden anderzijds.

Die vraag speelt duidelijk ook in de *Urgenda*-zaak⁶ een belangrijke rol. Een interessant aspect van de rechtbank-uitspraak in de *Urgenda*-zaak is de reflexwerking. Van der Helm geeft aan dat in de literatuur enige ruimte wordt gezien voor reflexwerking in het privaatrecht. Een interessante kwestie vindt Van der Helm de volgende. Met betrekking tot reflexwerking gaat het nu vooral om de inkleuring van open normen door geschreven, niet-rechtstreeks werkend internationaal recht. Van der Helm vraagt zich af of ook ongeschreven internationale normen, zoals het voorzorgsbeginsel, gebruikt kunnen worden ter invulling van bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek.

Tot slot maakt Van der Helm een opmerking over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De civiele rechter toetst al sinds het arrest *Amsterdam/Ikon* uit 1987⁷ aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gelet daarop stelt Van der Helm de vraag of we niet wat laat zijn met deze bijeenkomst vanmiddag. Volgens Van der Helm luidt het antwoord op die vraag ontkennend. De toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur is nog steeds in ontwikkeling. We zijn immers op weg naar een nieuwe vorm van toetsing, namelijk een intensievere toetsing. In dit verband verwijst hij naar de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven voor het bestuursrecht over exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbe-

³ Conclusie van 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887.

⁴ HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449.

⁵ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Staat/CAN*).

⁶ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDA:2018:2591.

⁷ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*).

ginselen⁸ en de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 1 juli 2019⁹ waarin die conclusie is verwerkt. Op de conclusie van A-G Widdershoven en de uitspraken van de CRvB wordt later nog ingegaan. Op dit punt vraagt Van der Helm zich wel af of de civiele rechter, in navolging van de bestuursrechter, de willekeursluis zal verlaten. Volgens hem gaat daar nog een vraag aan vooraf. Het is volgens Van der Helm zeer de vraag of de civiele rechter de willekeursluis op dit moment nog wel hanteert. Van der Helm is daar niet zeker van.

Pieter-Jan Van de Weyer (België - publiekrecht)

De ontwikkeling naar een meer intensieve toetsing die zich in Nederland afspeelt, is minder uitgesproken in België. Van de Weyer verwijst daarbij naar het feit dat er minder centrale aansturing is. Niettemin zijn er bepaalde elementen die tot een meer intensieve toetsing leiden.

Net zoals in Nederland, wordt het klassieke kader in België opgedeeld tussen de gebonden bevoegdheid en de discretionaire bevoegdheid. De gebonden bevoegdheid leidt tot een volle rechterlijke toetsing, terwijl de discretionaire bevoegdheid tot een meer terughoudende toets leidt: de kennelijke onredelijkheidstoets.

Een van de aspecten die leidt tot een intensievere rechterlijke toetsing is de weerspannige overheid. Dat houdt in dat het bestuur weigert te conformeren aan opeenvolgende schorsings- en vernietigingsarresten. In dat geval is de bestuursrechter soms geneigd om een initieel ruime appreciatiemarge van de overheid danig terug te dringen.

Een ander element dat kan leiden tot een intensievere toetsing is de aanwezigheid van grondrechten, hetgeen vaak het geval is in het vreemdelingencontentieux.

Supranationale verplichtingen kunnen er eveneens toe leiden dat de rechter, voornamelijk dan in boetezaken en sanctie beslissingen, verder gaat dan enkel een marginale toetsing.

Net zoals in Nederland, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook in België ingeburgerd. Een ontwikkeling naar een beter begrip van beginselen met een wettelijke waarde en beginselen met een grondwettelijke waarde dringt zich op. Van oudsher hebben de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een wettelijke waarde. Wel is de laatste jaren zichtbaar dat de beginselen met een grondwettelijke waarde in opmars zijn. Zo zijn niet alle beginselen automatisch ondergeschikt aan de formele wet, denk maar aan de interactie tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel.

⁸ Conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

⁹ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019.

Wat de reflexwerking betreft zien we een overlapping met de situatie in Nederland. Deze werking is vooralsnog minder bekend en minder aanvaard. De vrijwillige adoptie daarentegen is wel sterk ingeburgerd, waarbij de werking van artikel 6 EVRM in beslissingen van asiel en migratie kan gelden als voorbeeld. Het resultaat van de rechterlijke toetsing ligt nog steeds standaard in de vernietiging (annulatie) van de bestuurshandeling.

Françoise Auvray (België - privaatrecht)

Auvray vat haar bijdrage samen aan de hand van de vijf cruciale vragen die haar onderzoek vorm gaven.

Wie toetst er? De focus in het paper van Auvray ligt op de gewone hoven en rechtbanken in hun kerntaak van rechters van het subjectief contentieux.

Wat wordt er getoetst? Hiermee wordt gepolst naar het voorwerp van de toetsing. De gewone hoven en rechtbanken kunnen een breed scala aan handelingen toetsen, zonder dat dit noodzakelijk een formele bestuursbeslissing moet zijn. Zo kan de overheidsaansprakelijkheid in het spel komen door het louter stellen of nalaten van bepaalde feitelijke handelingen, maar zal de toetsing via artikel 159 van de Grondwet wel een geformaliseerde beslissing vereisen.

Waarom wordt er getoetst? Rechters oordelen steeds aan de hand van het geschreven en het ongeschreven recht. Hun beslissingen zijn het resultaat van een beargumenteerde en juridisch onderbouwde toepassing van het recht op de feiten. Elke toetsing binnen hun besluitvorming gebeurt door de bril van het recht. De rechter zal dus steeds nagaan of de handelingen in overeenstemming zijn met het recht. Er is een principieel verbod op toetsing van de opportuniteit, hetgeen verband houdt met de rechtsmachtverdeling tussen de rechterlijke macht en de uitvoerende macht en het gekende beginsel van de scheiding der machten. Een risico op opportuiniteitsbeoordeling bestaat uiteraard wel en is het grootst wanneer de rechter bij de toetsing van een beslissing kaderend binnen een discretionaire bevoegdheid open normen hanteert.

Hoe gebeurt die toetsing? Hiermee wordt dan gepolst naar de intensiteit van de toetsing. Hiermee gelinkt is ook de vraag of de doortastendheid moet afhangen van de al dan niet discretionaire ruimte waarbinnen de handeling kaderde.

Welke gevolgen heeft de toetsing door de gewone rechter? Wat is de sanctie of remedie? Bij de toetsingsmogelijkheden binnen het subjectief contentieux, zal de sanctie in theorie slechts *inter partes* werken en niet *erga omnes*. Ook hier klinkt klassiek dat de rechter zich niet in de plaats van het bestuur mag stellen.

Themavraagstukken

Thema 1 - Klassieke wijze van toetsing en recente ontwikkelingen (op hoofdlijnen)

Lidy Wiggers-Rust

Om de dialoog aan te vangen vraagt Wiggers-Rust de auteurs-sprekers Nederland – publiekrecht om ten behoeve van de vergelijking tussen de rechtsstelsels de klassieke toetsingsmaatstaf en de recente ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan, kort te willen toelichten. Aan hen wordt gevraagd om daarbij onderscheid te maken tussen de verschillende typen van bestuurshandelingen. In het Nederlandse publiekrecht kunnen individuele besluiten en algemeen verbindende voorschriften worden onderscheiden, terwijl in het Nederlandse privaatrecht een onderscheid kan worden gemaakt tussen algemeen verbindende voorschriften en feitelijke handelingen.

Inleiding thema 1 door Roel Becker en Tom Barkhuysen

Roel Becker

Het klassieke Dukiaanse systeem schrijft een terughoudende rechterlijke toetsing voor bij het bestaan van beleids- of beoordelingsvrijheid. Hierbij toetst de rechter wel aan het recht, maar legt hij een terughoudende maatstaf aan. Dat wil zeggen dat de rechterlijke toets is beperkt tot de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot de belangenafweging heeft kunnen komen (beleidsvrijheid) of tot de vraag of het bestuursorgaan uit de feiten in redelijkheid kon afleiden dat aan een vage wettelijke term is voldaan (beoordelingsvrijheid). In het kader van de gebonden beoordeling zal de rechter een volle toets uitvoeren.

Tom Barkhuysen

Wat de recente ontwikkelingen op hoofdlijnen betreft, wijst Barkhuysen nog eens op het VAR-preadvies van Hirsch Ballin uit 2015. Hirsch Ballin stelt daarin ook dat, ondanks de aan het bestuur toekomende vrijheid, de uitoefening van een vrije bevoegdheid niet tot onevenredige uitkomsten mag leiden. Naar waarschijnlijkheid heeft onder meer de observatie van Hirsch Ballin geleid tot een aantal ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak die zijn begonnen bij de toetsing van individuele besluiten. De ontwikkeling naar een indringender toetsing is uiteindelijk ook zichtbaar geworden bij de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Dat laatste komt duidelijk naar voren in de al genoemde uitspraken van de CRvB van 1 juli 2019, waarin de zogenoemde willekeursluis door de bestuursrechters is losgelaten. Barkhuysen merkt op dat in die uitspraken de zaadjes zijn geplant voor een indringender toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Het is nu zaak

om te kijken hoe die toetsing precies vorm kan krijgen en hoe de door de CRvB genoemde factoren voor de toetsingsintensiteit zullen uitwerken in de praktijk. De factoren voor de toetsingsintensiteit die de CRvB noemt, zijn: de feitelijke of technische complexiteit van de materie en de vraag of bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt, naast de positie van de betrokken belangen (diep ingrijpend/aantasting van fundamentele rechten).

Net zoals in België het geval is, speelt de aanwezigheid van grondrechten in de Nederlandse context een belangrijke rol, met name als er sprake is van beleidsvrijheid. Bij beleidsvrije bevoegdheden moeten belangen worden afgewogen door het bestuur. Als er grondrechten aan de orde zijn, is het rechtsbelang groot en dan kijkt de rechter over het algemeen ook kritischer naar zo'n besluit.

Barkhuysen vraagt zich af of men in België op geen enkele manier een onderscheid maakt tussen de rechterlijke toetsing van reglementen (of in Nederland: algemeen verbindende voorschriften) en individuele besluiten. In Nederland lijkt aan een terughoudende toetsing van algemeen verbindende voorschriften ten grondslag te liggen dat deze democratisch zijn gelegitimeerd. Het past de rechter in dat geval om zich terughoudend op te stellen, zij het met de nuances die volgen uit de genoemde uitspraken van de CRvB.

Inleiding thema 1 door Joost van der Helm

Van der Helm reageert op de recente ontwikkelingen met betrekking tot de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter, met name op het loslaten van de willekeursluis door hen. Hij wijst er nogmaals op dat het volgens hem niet met zekerheid is te zeggen of de civiele rechter de willekeursluis nog steeds hanteert. Van der Helm wijst op jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit naar zijn mening blijkt dat algemeen verbindende voorschriften ook aan andere algemene rechtsbeginselen kunnen worden getoetst.

Van der Helm benadrukt verder dat bestuurshandelen in het privaatrecht niet enkel algemeen verbindende voorschriften omvat, maar ook feitelijke handelingen. De civiele rechter toetst feitelijke handelingen in geen enkel geval via de willekeursluis. Feitelijke handelingen worden direct getoetst aan algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel.

Inleiding thema 1 door Pieter-Jan Van de Weyer

In reactie op Barkhuysen verklaart Van de Weyer dat reglementen wel degelijk terughoudend getoetst worden aan algemene beginselen, namelijk als aan het bestuur een bepaalde vrijheid is toegekend. Het onderscheid in rechterlijke toetsing van reglementen en individuele bestuursbesluiten is echter minder uit-

gesproken in België. De willekeursluis, zoals die door de Nederlandse rechters wordt (of werd) gehanteerd, is nooit toegepast door de Belgische rechter bij de toetsing van reglementen. Reglementen kunnen namelijk (rechtstreeks) worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen.

Principieel vertrekken we in België vanuit hetzelfde onderscheid: beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid. Hoewel de idee dezelfde is, wordt deze terminologie minder consequent toegepast. Men spreekt vooral van een discretionaire bevoegdheid. De rechterlijke toetsing is terughoudender wanneer ruimte aan het bestuur is toegekend.

Recent heeft de Raad van State¹⁰ het koninklijk besluit vernietigd waarin de bedragen werden vastgelegd van de retributies die een vreemdeling moet betalen voor een aanvraag van een verblijfsvergunning.¹¹ De Raad van State was van oordeel dat onvoldoende was aangetoond dat er een redelijke verhouding bestond tussen de retributie en de prijs van de behandeling van de aanvraag. De Raad hanteerde het zorgvuldigheidsbeginsel ter verantwoording van een meer intense toetsing.

Inleiding thema 1 door Françoise Auvray

In aansprakelijkheidszaken zijn er twee strekkingen. De strekking van onder meer Prof. Van Gerven is: van zodra er een discretionaire bevoegdheid aan de orde is, dient de rechter zich terughoudend op te stellen door na te gaan of er sprake is van een kennelijke onredelijkheid. Een andere strekking van onder meer Prof. Van Oevelen stelt deze benadering in vraag: is terughoudendheid vereist? Het bestaan van de discretionaire bevoegdheid kan ook bij een volledige toetsing in overweging worden genomen, maar dan bij het *in concreto* beoordelen van de feiten. Auvray is de strekking van Van Oevelen genegen.

Auvray treedt Van de Weyer bij waar hij zegt dat er in België geen duidelijk onderscheid is tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid. Men spreekt eerder over een discretionaire bevoegdheid. In principe is de toets bij discretionaire bevoegdheden nog steeds dezelfde als in andere gevallen. Wanneer er een discretionaire bevoegdheid aan de orde is, dient men rekening te houden met de kern van de vrijheid van het bestuur.

Dialoog

Een eerste gesprekspunt voor de deelnemers aan de dialoog betreft de plaats van de beginselen van behoorlijk bestuur. Vastgesteld wordt dat deze zowel in

¹⁰ RvS 11 september 2019, nr. 245.404.

¹¹ Koninklijk besluit van 16 februari 2015 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, BS 20 februari 2015.

België als in Nederland deels zijn neergelegd in het positief recht. In Nederland zijn enkele beginselen van behoorlijk bestuur gecodificeerd in de Awb, terwijl deze in België verspreid zijn over verschillende regelingen. Zo zit het Belgische motiveringsbeginsel (gedeeltelijk) vervat in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Daarnaast is een deel van de algemene beginselen te vinden in het supranationaal recht. Zowel in België als in Nederland zijn diverse beginselen van behoorlijk bestuur (nog) niet gecodificeerd. Vanuit België wordt de vraag gesteld wanneer we nu te maken hebben met algemene rechtsbeginselen en wanneer met normen die vrij algemeen zijn geformuleerd, maar in positiefrechtelijke teksten zijn neergelegd. Barkhuysen antwoordt dat in Nederland de algemene rechtsbeginselen worden beschouwd als een soort koepelbegrip voor normen die in algemene zin van toepassing zijn op de relatie tussen de overheid en de burger of ze nu gecodificeerd zijn of niet. Deze beginselen worden in België in hoofdzaak van belang geacht wanneer er geen specifieke positiefrechtelijke tekst voorhanden is. Wanneer voor het Hof van Cassatie een middel wordt aangevoerd dat zowel neerkomt op een schending van een beginsel van behoorlijk bestuur (algemeen rechtsbeginsel) als van een wettelijke bepaling, zal het Hof bij voorkeur de schending van de wet uitspreken in plaats van de schending van een algemeen rechtsbeginsel. Vanuit academische hoek toont men inderdaad begrip om behoedzaam om te springen met de algemene rechtsbeginselen, maar wordt tevens het belang van deze beginselen beklemtoond. Zo geven de algemene rechtsbeginselen (en specifiek de beginselen van behoorlijk bestuur) een zekere ondergrens aan. Ondanks de veelheid van (specifieke) regelgeving is er nog steeds nood aan de beginselen van behoorlijk bestuur, niet in het minst omdat zij vaak een ruimer perspectief bieden en aanvullen waarin de regelgeving tekortschiet.

De intensiteit van de rechterlijke toetsing in België en Nederland is volgens de klassieke leer afhankelijk van de vrijheid die het bestuur bij zijn handelen ter beschikking staat. Zoals Van de Weyer in de inleiding bij dit thema reeds aangaf, wordt de in Nederland gebruikte terminologie van beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid in België weliswaar minder consequent toegepast. Men spreekt er vooral van een discretionaire bevoegdheid. Zowel experts van het Nederlandse als van het Belgische publiek- en privaatrecht wijzen er op dat bij de toetsing van een algemeen verbindend voorschrift, een verordening of een reglement, de rechter zich meer terughoudend moet opstellen indien er sprake is van een discretionaire bevoegdheid. In het kader van de gebonden beoordeling zal de rechter daarentegen een volle toets uitvoeren.

Vanuit de Belgische administratieve rechtscolleges wordt benadrukt dat de bestuursrechter het beleid zelf zelden of nooit toetst op de redelijkheid ervan, zij

het dan nog zeer terughoudend, omdat de rechter geen democratisch gekozen orgaan is. Het motiveringsbeginsel wordt wel streng gehanteerd. Ook de Nederlandse bestuursrechter toetst het beleid zelf in beginsel niet op redelijkheid, maar kijkt wel met de bril van het recht naar de feiten. De laatste jaren is in Nederland een ontwikkeling naar een indringender toetsing zichtbaar. Wat betreft de ontbrekende democratische legitimatie wordt vanuit Nederland nog naar voren gebracht dat dit op zichzelf wel juist is, maar niet wegneemt dat de rechter op een andere wijze is gelegitimeerd. De rechter is namelijk gelegitimeerd vanuit de rechtsstaat zelf om het bestuursoptreden te toetsen. Een belangrijk punt van discussie daarbij is hoe ver de rechter op grond van zijn legitimatie kan gaan.

Een voorbeeld uit Nederland betreffende beleidstoetsing is een systeem dat met terugwerkende kracht wordt geïntroduceerd waarbij rechten worden ontnomen van burgers. De Nederlandse rechter kan dan oordelen dat dit niet door de beugel kan. Het beleid zal dan moeten worden teruggedraaid. Dat is niet omdat de Nederlandse rechters met een beleidsmatige bril kijken, maar omdat het recht zich tegen dat beleid verzet. De bril van het recht blijft steeds bepalend.

Een voorbeeld uit België betreft het door Van de Weyer in zijn inleiding op dit thema vermelde vernietigingsarrest van het koninklijk besluit betreffende de retributies. In dat geval keek de Raad van State niet naar het beleid van de overheid, maar naar de formele en de materiële aspecten van het motiveringsbeginsel. De Raad van State staaft zijn beslissing aan de hand van de gegevens uit het dossier die de hoogte van de kostprijs verantwoordden. De bestuursrechter kan bij deze beoordeling economische maatstaven aanhalen als bewijsstukken en zo een meer intense toetsing uitvoeren. Zo is uit de jurisprudentie van het EU Hof van Justitie af te leiden wat retributies precies zijn. De rechter heeft dus objectieve maatstaven tot zijn beschikking. De Raad zal in dit verband niet bepalen dat de retributie te hoog ligt, maar eerder vragen waarom de retributie zo hoog ligt. Aangezien de overheid dit slechts gedeeltelijk (en daarenboven laat-tijdig) aantoonde, heeft de Raad het besluit vernietigd. Als de Raad van State dan toch het beleid toetst, doet het dat om na te gaan of het beleid kennelijk onredelijk was. Hiervan is slechts sprake wanneer een normaal en in dezelfde omstandigheden geplaatste overheid nooit tot dezelfde beslissing zou zijn gekomen. De rechter is aldus in die zin streng dat de overheid moet aantonen dat aan de beslissing een deugdelijke motivering ten grondslag ligt, maar de rechter zal het beleid zelf in beginsel niet toetsen op redelijkheid.

Een voorbeeld uit het Belgische privaatrecht betreft het foutbegrip. In het Belgische aansprakelijkheidsrecht (1382 BW) passen we de gekwalificeerde fout, waarvan sprake is in het Europees recht, in principe niet toe. In België spreekt men van de klassieke algemene zorgvuldigheidsnorm. Het feitelijk resultaat is echter vergelijkbaar. Indien er sprake is van een fout, houdt men rekening met

de beoordelingsruimte. Bepaalde handelingen worden dan niet gesanctioneerd omdat ze behoren tot de beoordelingsruimte waarover het bestuur beschikt. Enkel de handeling die zich buiten deze beoordelingsruimte bevindt, komt neer op een gekwalificeerde fout, ook al noemt men dat internrechtelijk niet zo. In België spreken we immers ook dan van een gewone fout.

Om te voorkomen dat de rechter zich inlaat met (de redelijkheid van) het beleid wordt vanuit het Belgische privaatrecht geopperd om als rechter eerst de eventuele strijdigheid met formele beginselen te bekijken. Als het bestuurshandelen aan formele algemene rechtsbeginselen voldoet, zou er volgens deze benadering voor de rechter weinig aanleiding om vervolgens de rechtmatigheid van de inhoud van een bepaalde handeling te bekijken. De kans dat de rechter zich op deze manier inlaat met het beleid is vrij klein. Deze benadering wordt door een Belgische deelnemer aangeduid als de *'safe haven rule'*.

In het eerste decennium van deze eeuw werd nog wat terughoudender getoetst door de Nederlandse civiele rechter en de Nederlandse bestuursrechter. Dat is wat de civiele rechtspraak betreft bijvoorbeeld zichtbaar in de rechtspraak van de Hoge Raad uit die tijd over causaliteit en relativiteit. Sommige Nederlandse deelnemers merken de laatste jaren een ontwikkeling naar een indringender toetsing door beide rechters, zoals bijvoorbeeld in de hiervoor reeds genoemde rechtspraak van de CRvB van 1 juli 2019 en de bij de civiele rechter aanhangige *Urgenda*-zaak. Zoals Van de Weyer in zijn algemene inleiding reeds aangaf, doet deze evolutie zich minder sterk voelen in België. Andere Nederlandse deelnemers nuanceren dan weer deze evolutie. Volgens hen is de rechterlijke toetsingsintensiteit veelal een reactie op daaraan voorafgaande ontwikkelingen. We mogen niet uit het oog verliezen dat de Nederlandse rechters, ongeacht de intensiteit waarmee zij toetsen, altijd de bril van het recht op hebben gehad en op zullen hebben.

Net als in Nederland waar – in ieder geval door de Afdeling bestuursrechtspraak – niet langer van beleids- en beoordelingsvrijheid maar van beleids- en beoordelingsruimte wordt gesproken heeft er zich ook in België een terminologische evolutie voorgedaan. In het Belgische bestuursrecht wordt er sinds oudsher gesproken van de redelijkheid versus de kennelijke onredelijkheid. Tegenwoordig spreken we meer van de redelijkheid versus de onredelijkheid. Strikt terminologisch is dit te verkiezen omdat er uiteraard geen sprake kan of mag zijn van een beetje onredelijkheid. Deze trend doet zich voornamelijk voor wanneer er belangrijke rechten aan de orde zijn, wanneer het gaat om beroepsverboden en in het verzekeringscontentieux. Toch is de kennelijke onredelijkheidstoets voornamelijk voor de Franstalige kamers bij de Raad van State nog steeds van belang. Wel blijft de vraag naar de relevantie ervan bestaan wanneer

een technische vraag voorligt, zoals bijvoorbeeld de vraag of een offerte regelmatig is. Is er in dat geval wel echt sprake van een beoordelingsmarge?

Vanuit een consensus over het in beginsel te betrachten respect voor de beleidsruimte van het bestuur en het belang van het recht voor de beoordeling van beslissingen en reglementen zal in de volgende thema's (met name thema 3) worden onderzocht welke aanknopingspunten in het recht zijn te vinden die maken dat de beleidsruimte in zekere zin kan worden verengd.

Thema 2 - Wijze van toetsen aan beginselen

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust merkt op dat al het een en ander is gezegd over de rechterlijke toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het gaat, zo is uit de geschetste ontwikkelingen af te leiden, niet (meer) alleen om het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging. Daarmee is zijdelings ook al ter sprake gekomen aan welke andere beginselen de rechters het bestuurshandelen nu toetsen, hoe die toetsing verloopt en in welke mate de rechters daarbij nog terughoudend zijn.

Er is al een aantal keren gewezen op de uitspraken van de CRvB van 1 juli 2019. Deze uitspraken bieden een mooi voorbeeld van de ontwikkeling naar een indringender toetsing aan algemene rechtsbeginselen. Wiggers-Rust vraagt aan Tom Barkhuysen om enkele observaties over die uitspraken te delen. Zij vraagt hem daarbij toe te lichten welke rol andere beginselen dan het verbod van een kennelijke onredelijke belangenafweging spelen in de uitspraken van de CRvB.

Inleiding thema 2 door Tom Barkhuysen

De uitspraken van de CRvB laten in feite de ontwikkeling zien van de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan beginselen via de willekeursluis naar een indringender, rechtstreekse toetsing aan algemene rechtsbeginselen. De willekeursluis werd geïntroduceerd in het *Landbouwwliegers*-arrest dat door de Hoge Raad in 1986 werd gewezen.¹² In het *Landbouwwliegers*-arrest schreef de Hoge Raad een afstandelijke, terughoudende toetsing voor van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen via de willekeursluis. Toetsing via de willekeursluis houdt in dat de rechter een algemeen verbindend voorschrift niet opzij kan zetten vanwege de enkele schending van een algemeen rechtsbeginsel, zoals het motiveringsbeginsel. Voor het opzijzetten van een algemeen verbindend voorschrift is alleen ruimte als de schending van een rechtsbeginsel tevens leidt tot willekeur (een kennelijk onredelijk voorschrift). De willekeursluis is jaren door zowel de civiele rechter als de bestuursrechter omarmd. Als gevolg daarvan konden algemeen verbind-

¹² HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*).

dende voorschriften de rechterlijke toetsing aan algemene rechtsbeginselen vrij makkelijk doorstaan.

De uitspraken van de CRvB hebben een verandering teweeggebracht. In die zaken ging het om de rechtmatigheid van (de toepassing van) een verdeelmodel dat wordt gebruikt voor de vaststelling van het budget dat aan gemeenten wordt toegekend voor de bekostiging van onder meer de algemene bijstand. Voor sommige gemeenten met een grote centrumfunctie, zoals Den Haag, bleken de kosten voor 2015 veel hoger uit te vallen dan op grond van het verdeelmodel voor hen was berekend en toegekend. Hierover werd geprocedeerd bij onder andere de rechtbank Den Haag door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Den Haag. De rechtbank Den Haag paste de willekeursluis uit het *Landbouwwliegers*-arrest toe en kwam tot de conclusie dat het verdeelmodel niet als kennelijk onredelijk kon worden aangemerkt. In hoger beroep bij de CRvB werd de eerdergenoemde conclusie van A-G Widdershoven geïmplementeerd. De A-G had in zijn conclusie geadviseerd om de willekeursluis los te laten en een algemeen verbindend voorschrift reeds onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten bij de enkele schending van een algemeen rechtsbeginsel. In de uitspraken van 1 juli 2019 volgde de CRvB de conclusie van de A-G in grote lijnen en werd de willekeursluis inderdaad losgelaten, waarmee een rechtstreekse toetsing aan andere algemene rechtsbeginselen mogelijk werd gemaakt. De CRvB oordeelde vervolgens dat de toekenning van het budget de toetsing aan algemene rechtsbeginselen *niet* kon doorstaan en liet het verdeelmodel bijgevolg buiten toepassing.

Met betrekking tot de rol die andere beginselen spelen in de uitspraken van de CRvB benadrukt Barkhuysen dat op grond van de willekeursluis de enkele schending van het (formele) zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel niet zou kunnen leiden tot het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift. Op grond van de nieuwe doctrine kan wel een directe toetsing aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel plaatsvinden. De schending van die beginselen kan voortaan leiden tot het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift als de rechter door die schending de strijd met hogere regelgeving, de algemene beginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet kan beoordelen. Anders dan A-G Widdershoven had geadviseerd, kan de schending van formele beginselen blijkens de CRvB-uitspraken nog steeds niet leiden tot de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift maar slechts tot het buiten toepassing laten ervan. Voor het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift is wel ruimte als materiële beginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel, zijn geschonden.

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust vraagt aan de rechters in de zaal of zij herkennen wat Barkhuysen zojuist heeft gezegd en of dit zal worden opgenomen in hun rechtspraak. Zij vraagt hun gedachten hierover te willen delen.

Dialogoog

Vooropgesteld wordt dat de nieuwe door de CRvB ingezette lijn, waarmee de willekeursluis is verlaten, is afgestemd met de andere Nederlandse hoogste bestuursrechters. Een aantal van hen geeft dan ook aan de nieuwe lijn te zullen doortrekken in hun rechtspraak. Het is dus niet verwonderlijk dat sommige van hen opmerken dat ze zich erin kunnen vinden dat de bestuursrechter bij de schending van formele beginselen, zoals het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel, een algemeen verbindend voorschrift enkel buiten toepassing laat. Dit levert namelijk de mogelijkheid op om het buiten toepassing gelaten voorschrift, na herstel van het formele gebrek, alsnog toe te passen. Na herstel van het formele gebrek kan namelijk blijken dat met de inhoud van het voorschrift niets mis is. Bij een onverbindendverklaring lijkt het minder goed voorstelbaar om het voorschrift later weer toe te passen. Onverbindendheid ziet namelijk meer op de inhoudelijke onrechtmatigheid. Een onverbindend algemeen verbindend voorschrift kan daarom niet worden toegepast zolang het voorschrift inhoudelijk onrechtmatig is.

Daar waar het loslaten van de willekeursluis in het Nederlandse bestuursrecht als een kentering lijkt te worden gezien, twijfelt een aantal civielrechtelijke deelnemers er over of de willekeursluis door de Nederlandse civiele rechter nog wordt gehanteerd. Enkele aanwezige Nederlandse civiele rechters denken met Van der Helm dat de toetsing door de civiele rechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen al veel breder is dan de enkele toetsing aan het willekeurverbod. Overigens lijken de Nederlandse civiele rechters, evenals de bestuursrechters, ruimte te zien voor het onder omstandigheden buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift wegens strijdigheid met een formeel beginsel. In dit verband wordt door één van hen het verschil benoemd tussen de toetsing van algemeen verbindende voorschriften *in abstracto* en de toetsing van de toepassing van dat voorschrift in een concreet geval. Wanneer de toepassing in een concreet geval wordt getoetst, heeft dat geen gevolgen voor het voorschrift als zodanig. Hoogstens leidt die toetsing ertoe dat het voorschrift buiten toepassing wordt gelaten. Om die reden kan de toepassing van een algemeen verbindend voorschrift in het concrete geval worden getoetst aan formele beginselen en bij de strijdigheid daarmee buiten toepassing worden gelaten. Het lijkt minder voor de hand te liggen om een algemeen verbindend voorschrift opzij te zetten wegens de strijdigheid met een formeel beginsel na een toetsing *in abstracto*. Dat geldt zeker als er belangen van

derden in het geding zijn en het voorschrift inhoudelijk niet onrechtmatig is, zo wordt vanuit het Nederlandse privaatrecht opgemerkt.

Voortbouwend op het voorgaande komt de vraag op in hoeverre de civiele rechter en de bestuursrechter eigenlijk op gelijke wijze zouden moeten toetsen en of de uitkomst in eenzelfde zaak bij zowel de civiele rechter als de bestuursrechter dezelfde zou moeten zijn.

De deelnemers uit België en Nederland zijn het erover eens dat het verschil in procedure geen gevolgen zou mogen hebben voor de wijze waarop de bestuursrechter onderscheidenlijk de civiele rechter een algemeen verbindend voorschrift toetst. Het zou voor de toetsing van bestuurshandelen in het algemeen geen verschil mogen maken of de burger procedeert bij de bestuursrechter of bij de civiele rechter. Dat neemt niet weg dat er bij de civiele rechter andere rechtsverhoudingen en vragen aan de orde kunnen zijn dan bij de bestuursrechter, hetgeen mee zou kunnen brengen dat de uitkomst in eenzelfde zaak toch anders zou kunnen liggen. Wel lijken de Nederlandse rechters de verschillen in aanpak tussen de bestuursrechter en de civiele rechter zoveel mogelijk te willen minimaliseren. Van der Helm wijst in dit kader op de ontwikkeling in de jurisprudentie van de civiele rechter die inhoudt dat de toetsing van algemeen verbindende voorschriften primair aan de bestuursrechter wordt overgelaten. Daaraan zou volgens Van der Helm ten grondslag kunnen liggen dat de civiele rechter afwacht hoe de bestuursrechters een en ander aanvliegen, zodat de civiele rechter hen wellicht kan volgen.

Vanuit het Belgische publiekrecht wordt geïllustreerd dat eventuele verschillen tussen de toetsing door de bestuursrechter en de civiele rechter problematisch kunnen uitpakken. Een van de deelnemers wijst op de algemene vergadering van de Belgische Raad van State die uitspraak doet over zaken die essentieel zijn voor de eenheid van de rechtspraak en noemt het voorbeeld van het spreidingsplan van de nachtvluchten rond Zaventem. Over deze discussie is heel lang nagedacht en gedebatteerd. De totstandkomingsprocedure werd geanalyseerd en na een grondige studie kwam men tot de conclusie dat de geluidsnormen van de Brusselse overheid niet onwettig waren en dus niet buiten toepassing moesten worden gelaten. De Belgische Raad van State betrok in zijn oordeel ook de normen van de Wereldgezondheidsorganisatie. Een jaar later stelde het Hof van Beroep te Brussel vast dat de geluidsnormen kennelijk onredelijk zijn. Zulke situaties zouden niet mogen voorkomen. Als een van de oorzaken daarvan wordt door de deelnemers gezien dat de burgerlijke rechter geen prejudiciële vraag kan stellen aan de Raad van State. Nu we met deze problematiek worden geconfronteerd, kan een gedeelte van de oplossing wellicht worden gevonden in een beter overleg tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechtbanken.

Thema 3 - Aanknopingspunten voor intensievere toetsing en betekenis van volle toetsing

Steven Lierman

Lierman leidt het derde thema in. “*De lenzen van de juridische bril zijn steeds sterker geworden.*” Maar hoe intens kijken we nu exact naar het beleid? Lierman geeft het voorbeeld van een sluitingsuur dat wordt opgelegd in een reglement om de openbare orde te vrijwaren. De Belgische auteur-spreker Van de Weyer heeft aangegeven dat de Raad van State en het Hof van Cassatie hier anders mee omgaan. Het Hof van Cassatie laat meer ruimte aan het bestuur dan de Belgische Raad van State. Dit leidt tot de vraag wat aanknopingspunten zijn voor een indringender toetsing en of die aanknopingspunten voor de civiele rechter anders zijn dan voor de bestuursrechter.

Inleiding thema 3 door Pieter-Jan Van de Weyer

Er zijn enkele elementen die leiden tot een meer intensieve toetsing.

De aanwezigheid van grondrechten is een van deze aanknopingspunten. Van de Weyer verwijst naar de reglementen die betrekking hebben op politionele maatregelen (zoals een sluitingsuur). De rechter zal verder kunnen gaan in zijn toetsing wegens de aanwezigheid van grondrechten. We bemerken hier evenwel een opvallend onderscheid tussen de rechtspraak van de Raad van State en de gewone rechtscolleges. De Raad van State is met name strenger. Ze voeren geen beleidstoets uit, maar de bestuursrechter verwacht van het bestuur dat het kan aantonen dat er wel degelijk een gevaar bestaat op een schending van de openbare orde, waardoor een algemeen sluitingsuur, dat van toepassing is op de hele gemeente, bijna nooit wordt aanvaard. Het Hof van Cassatie is op dit punt soepeler.

Een tweede aanknopingspunt voor een meer indringende toetsing is het supranationale recht. Denk aan artikel 6 EVRM dat in boetezaken tot een verscherpte toetsing leidt. In deze materies is het onderscheid tussen de visie van de bestuursrechtscolleges en de gewone rechtscolleges moeilijker te trekken.

Het laatste aanknopingspunt is de weerspannige overheid. Indien de rechter geconfronteerd wordt met een overheid die zich (in het licht van eerdere schorsings- en vernietigingsarresten) weerspannig opstelt, leidt dit tot een (rechtvaardiging van een) meer intensieve toetsing.

Inleiding thema 3 door Françoise Auvray

Auvray heeft niet veel toe te voegen aan de inleiding door Van de Weyer. Zij merkt op dat er steeds meer internationale normen, zoals artikel 6 EVRM, worden betrokken bij de rechterlijke toetsing, vooral dan met betrekking tot het

vraagstuk van de overheidsaansprakelijkheid. Voormelde discussie is desondanks minder zichtbaar in de rechtspraak van de civiele rechter.

Inleiding thema 3 door Tom Barkhuysen

Barkhuysen geeft heel kort aan dat de aanknopingspunten voor een indringender rechterlijke toetsing in het Nederlandse publiekrecht in grote lijnen overeenkomen met de aanknopingspunten die door de Belgische sprekers zijn geïdentificeerd, met name door Van de Weyer.

Barkhuysen voegt aan deze stelling evenwel toe dat het uiteindelijk gaat om de aard van het rechtsbelang dat aan de orde is, waarbij een beperking van grondrechten een reden kan zijn om een groot rechtsbelang aan te nemen. Er zijn verschillende soorten grondrechten. Er zijn de nodige mogelijkheden om bepaalde – relatieve – grondrechten in te perken. Is echter een absoluut recht als het recht op leven in het geding, dan is het rechtsbelang groter en is er nog meer reden voor een kritischer rechterlijke beoordeling. De aanwezigheid van een grondrecht *kan* aldus een argument zijn om indringender te toetsen, maar dit is afhankelijk van de invloed die dat grondrecht heeft op het rechtsbelang.

Inleiding thema 3 door Joost van der Helm

Bepaalde fundamentele rechten, zoals het recht op leven en het verbod op foltering, kunnen de ruimte voor bestuursorganen beperken met een indringender rechterlijke toetsing tot gevolg. Tegelijkertijd betekent de aanwezigheid van fundamentele rechten niet noodzakelijkerwijs dat de civiele rechter indringender zal toetsen. Uiteindelijk is voor de toetsingsintensiteit van belang hoeveel ruimte aan het bestuur is toegekend. De aanwezigheid van fundamentele rechten kan die ruimte beperken, maar dat hoeft niet.

Steven Lierman

Lierman vraagt aan de aanwezigen, met name aan de aanwezige rechters, of zij de genoemde aanknopingspunten herkennen.

Dialogoog

Ter illustratie van de meer intensieve toetsing bij grondrechten, worden vanuit de Nederlandse bestuursrechtspraak de zaken over de Groningse gaswinning genoemd. Er wordt veel geprocedeerd over de schade die de gaswinning in Groningen veroorzaakt, onder andere bij de bestuursrechter. Bij de bestuursrechter wordt geprocedeerd over het gaswinningsbesluit van de minister van Economische Zaken en Klimaat. Het gaswinningsbesluit is een eenvoudig besluit dat wordt genomen op grond van een discretionaire bevoegdheid. Ieder

jaar bepaalt de minister van Economische Zaken en Klimaat hoeveel gas er mag worden gewonnen. In de klassieke Dukkiaanse benadering zou in dit geval een terughoudende toetsing moeten worden uitgevoerd. Het is echter de vraag of een terughoudende toetsing in dit geval gerechtvaardigd kan worden. In de zaken over het gaswinningsbesluit heeft de Afdeling bestuursrechtspraak daarom het volgende concept gehanteerd. De toetsing aan wet- en regelgeving levert in dit geval weinig op. Dan blijven de algemene rechtsbeginselen over om aan te toetsen, in het bijzonder de beginselen van motivering en zorgvuldigheid. De intensiteit waarmee aan die beginselen wordt getoetst is afhankelijk van *'what's at stake'* in een bepaald geval. Als er grondrechten aan de orde zijn, zou dat een indringender toetsing tot gevolg moeten hebben.

Problematisch aan het voorgaande concept is dat grondrechten er zijn in allerlei soorten en maten. Niet de aanwezigheid van elk grondrecht rechtvaardigt een indringender toetsing. Enkel de aanwezigheid van grondrechten geeft aldus te weinig houvast. Per geval zal dan ook moeten worden bekeken om welk soort grondrecht het gaat en welke invloed een en ander heeft op het leven van de burger.

Vanuit Nederland wordt in dit verband ook de staatsrechtelijke kant belicht. Bepaalde grondrechten zijn zo belangrijk dat daarop in beginsel geen inbreuk mag worden gemaakt. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer het recht op leven aan de orde is. In dat geval kom je niet aan toetsingsintensiteit toe. Bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur moet de rechter kijken met een bril van het recht. Hoe de belangenafweging ook heeft plaatsgevonden, als er een grondrecht zoals het recht op leven aan de orde is, stelt dat een harde grens waaraan het bestuur zich gewoon heeft te houden. De toetsingsintensiteit speelt wel een rol bij de vraag of een geoorloofde inbreuk is gemaakt op een grondrecht. Voor het bepalen van de intensiteit waarmee de geoorloofdheid van een inbreuk wordt getoetst, is het goed om steeds het belang van grondrechten voorop te stellen, ook als er sprake is van een discretionaire bevoegdheid. Maar hoe vullen we dit in de praktijk in? Grondrechten zijn zodanig geëvolueerd dat we moeilijk kunnen spreken van een zwart-wit verhouding. Neem nu de zaken over de Groningse gaswinning. Het is op voorhand niet goed in te schatten of en hoeveel mensen er door zo'n beslissing zouden kunnen overlijden. Dat neemt niet weg dat er wel een groot risico bestaat. Dit rechtvaardigt dat we extra goed bekijken of zo'n besluit wel goed is gemotiveerd.

Het voorgaande laat zien dat de Nederlandse rechter vrij ver zou kunnen gaan. Met name bij de aanwezigheid van grondrechten zou de rechter onder omstandigheden tamelijk indringend kunnen toetsen aan algemene rechtsbeginselen, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het - voor algemeen verbindende voorschriften ongeschreven - motiveringsbeginsel. Dit sluit aan bij de meer algemene rechtsontwikkeling, zo wordt door een Nederlandse deelnemer opge-

merkt. De Hoge Raad vierde begin dit jaar dat het arrest *Lindenbaum/Cohen*¹³ 100 jaar bestaat. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat ook handelingen die ingaan tegen de maatschappelijke zorgvuldigheid als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. Hiermee heeft de Hoge Raad het ongeschreven recht binnengehaald. Een en ander toont aan dat er behoefte bestaat aan een kritische rechterlijke beoordeling als er serieuze belangen op het spel staan.

De aanwezigheid van grondrechten is niet alleen van belang in het bestuursrecht of het overheidsaansprakelijkheidsrecht, maar, zo wordt opgemerkt, ook in andere rechtspraak van de civiele rechter. In het Nederlandse civiele recht is de laatste jaren zichtbaar dat de vordering van de eiser eerder wordt afgewezen indien deze een invloed heeft op de grondrechten van de andere partij.

Andere deelnemers staan kritischer tegenover het uitgangspunt dat de rechterlijke toetsing strenger is geworden. Bepaalde evoluties die we als een toename van de toetsingsintensiteit ervaren, kunnen volgens hen worden toegeschreven aan procedurele ontwikkelingen bij bestuursrechtscolleges. Zo is er het voorbeeld van de Belgische Raad van State. Wanneer de Raad gevraagd wordt om een reglementair besluit te toetsen, beschikt de Raad over de mogelijkheid om het wetgevingsdossier op te vragen. Dit dossier bevat veel informatie en voor zover er tegenspraak is in de documenten, zal dit mee worden gewogen. Daarnaast beschikken zowel burgers als andere overheden over ‘technieken’ om meer gewapend naar het rechtscollege te trekken via bijvoorbeeld de openbaarheid van bestuur. Er zijn met andere woorden meer mogelijkheden om (succesvol) een bestuurshandeling aan te vechten dan vroeger. Ook de Nederlandse deelnemers herkennen deze procedurele ontwikkelingen. Wanneer er wordt geprocedeerd tot het finale geschilpunt, kan de rechter bijvoorbeeld verder gaan en ook kritischer de motivering beoordelen die aan een besluit ten grondslag ligt.

Een voorbeeld uit het Belgisch (pers)aansprakelijkheidsrecht toont aan dat de aanwezigheid van grondrechten niet noodzakelijk leidt tot een meer intensieve toetsing. Een journalist kan aansprakelijk worden gesteld wegens schending van de privacy door een publicatie. Er is in België rechtspraak waaruit blijkt dat het in dit soort gevallen niet volstaat om alleen de algemene zorgvuldigheidsnorm na te gaan. De rechter moet daarenboven motiveren *waarom* de zorgvuldigheidsnorm al dan niet is geschonden. Meer concreet moet hij nagaan wat het recht op vrije meningsuiting in dit geval vereist. De meer intensieve toetsing, waarvan sprake is in het geval van grondrechten, houdt dus niet meteen in dat rechters strenger zijn dan voorheen. Wel moet sterker worden gemotiveerd

¹³ HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*).

waarom de algemene zorgvuldigheidsnorm al dan niet is geschonden. Een meer fijnmazige motiveringsplicht dus.

Zo wordt ook een voorbeeld uit het Nederlandse civiele recht aangehaald. Het eigendomsrecht op Europees mensenrechtelijk niveau is neergelegd in artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Het Nederlandse recht zou evenwel een grotere bescherming bieden op dit punt. Er geldt ten aanzien van artikel 1 Eerste Protocol een zodanige *wide margin of appreciation* dat het Nederlandse beginsel van *l'égalité devant les charges publiques* (de gelijkheid der burgers ten opzichte van de openbare lasten) een grotere bescherming zou bieden.

Langs beide landsgrenzen en in beide rechtsdomeinen zal dus nog moeten uitkristalliseren of en zo ja, in hoeverre er zich daadwerkelijk een indringender toetsing voordoet. Procedurele ontwikkelingen bij de bestuurscolleges kunnen ertoe leiden dat men sterker gewapend tegen bestuurshandelingen kan optreden. Daarnaast bestaat er verdeeldheid of de aanwezigheid van grondrechten daadwerkelijk tot een intensievere toetsing leidt. Volgens de sceptici zorgt de schending van een grondrecht namelijk niet zozeer voor een intensievere toetsing, maar legt dit wel een bepaald gewicht in de schaal. Vervolgens is het nodig om als rechter te bekijken welk belang daartegenover staat en of dat belang al dan niet opweegt tegen de schending van een grondrecht. Zo gezien resulteert dit niet in een indringender toetsing, maar in het meenemen van een gegeven dat een bepaald gewicht heeft.

Barkhuysen beklemtoont dat het uiteindelijk gaat om de aard van het rechtsbelang dat aan de orde is. De aanwezigheid van een grondrecht kan aldus een argument zijn om indringender te toetsen volgens Barkhuysen, afhankelijk van de invloed die dat grondrecht heeft op het rechtsbelang.

Lidy Wiggers-Rust

Hiermee hebben we van de genoemde aanknopingspunten voor een intensievere toetsing met name de grondrechten en de vragen die zich op dat punt nog voordoen, tussen publiek- en privaatrecht en tussen België en Nederland, met elkaar verkend. De bespreking van de betekenis van ‘volle’ toetsing moet omwille van de tijd helaas achterwege blijven.

Thema 4 - Reflexwerking en vrijwillige adoptie

Lidy Wiggers-Rust

We stappen nu even af van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en gaan over naar de toetsing aan niet-rechtstreeks werkende supranationale normen. In het paper van Van der Helm is het onderscheid tussen rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkende supranationale normen mooi uiteengezet. Wiggers-Rust vraagt Van der Helm dit kort te willen introduceren, zodat de Nederlandse

publiekrechtelijke inleiders en ook de anderen daarop vervolgen kunnen reageren.

Inleiding thema 4 door Joost van der Helm

Van der Helm licht toe wanneer een internationale bepaling rechtstreekse werking heeft volgens de rechtspraak van de Hoge Raad. Van belang in dit verband is het arrest *Staat/CAN* uit 2014.¹⁴ In dat arrest bepaalde de Hoge Raad kortweg dat naar de context moet worden gekeken waarin een bepaling wordt ingeroepen. Kan een bepaling in die context als objectief recht functioneren, dan heeft zij rechtstreekse werking.

Reflexwerking is aan de orde bij bepalingen uit het internationale recht die geen rechtstreekse werking hebben. De vraag is daarbij of de niet-rechtstreeks werkende bepalingen alsnog in de nationale rechtsorde kunnen worden betrokken door met die bepalingen een open norm in te vullen. In de literatuur wordt aangenomen dat er ruimte is voor reflexwerking in het privaatrecht. De rechtbank Den Haag heeft in het *Urgenda*-vonnis aangenomen dat de mogelijkheid van reflexwerking bestaat. Het hof Den Haag koos een andere weg en paste de rechtstreeks werkende artikelen 2 en 8 EVRM toe.

Een vraag die Van der Helm opwerpt is waar de reflexwerking ophoudt; waar liggen de grenzen? Stel dat het gaat om een algemeen gedeeld rechtsgevoel. Zou dit dan ook door de rechter kunnen worden gebruikt ter invulling van een open norm? Daarmee zou volgens Van der Helm wel erg veel ruimte worden gegeven aan de rechter. Een andere vraag ziet op de scheiding der machten: past het de rechter om op zichzelf bindende maar niet-rechtstreeks werkende bepalingen toe te passen gelet op de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

Barkhuysen wil een kleine staatsrechtelijke aanvulling geven. Al het verdragsrecht is bindend voor Nederland. De vraag of een bepaling al dan niet rechtstreekse werking heeft, is enkel van belang voor de mogelijkheid om die bepaling in te roepen voor de nationale rechter en daarmee een nationale wettelijke bepaling opzij te zetten.

Van der Helm is het eens met Barkhuysen maar zegt nogmaals dat je je kunt afvragen of de scheiding der machten eraan in de weg staat dat de rechter bindende, maar niet-rechtstreeks werkende bepalingen uit het internationale recht gebruikt ter invulling van een open norm.

Inleiding thema 4 door Françoise Auvray

We kennen de problematiek in België deels. De overheid kan op twee manieren een fout begaan: ofwel de schending van een (voldoende) specifieke rechtsnorm

¹⁴ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Staat/CAN*).

ofwel de schending van de zorgvuldigheidsplicht.

Het Hof van Cassatie stelt dat enkel de schending van een internationale norm met rechtstreekse werking een fout kan opleveren in de zin van artikel 1382 BW. Auvray deelt deze visie echter niet. Zij meent dat het vereiste van de (horizontale) rechtstreekse werking te verantwoorden is wanneer de particulier een schending van een internationale norm wordt verweten. Het valt evenwel moeilijker in te zien waarom de aansprakelijkheid van een overheid, die zich door middel van een verdrag internationaal verbonden heeft (voor zover evenwel het verdrag werd goedgekeurd conform 167 GW), niet aan de orde zou zijn wegens de schending van dergelijke norm.

Kan de schending van een internationale norm zonder rechtstreekse werking leiden tot overheidsaansprakelijkheid wegens schending van de zorgvuldigheidsplicht? Om cassatietechnische redenen werd de vraag nog niet beantwoord door het Hof van Cassatie. Het antwoord op deze vraag zal waarschijnlijk wel komen naar aanleiding van de Belgische klimaatzaken. Een gelijkaardige discussie rees ook met betrekking tot het niet bindende VN Migratiepact. Kan de schending van zulke norm leiden tot de schending van de zorgvuldigheidsnorm?

Inleiding thema 4 door Pieter-Jan Van de Weyer

Van de Weyer sluit zich aan bij de overige auteurs-sprekers. In theorie kunnen de beginselen van behoorlijk bestuur gebruikt worden als hefboom om niet-rechtstreeks werkende supranationale normen of *soft law* toch mee te nemen in de rechterlijke beoordeling. Tot op heden lijken de bestuursrechters evenwel principieel gekant tegen de reflexwerking. Nochtans heeft de Raad van State in de beoordeling van een schorsingsarrest ten aanzien van een vergunning voor de plaatsing van een GSM-mast zijn oordeel over de hoogdringendheid mede gebaseerd op niet-bindende onderzoeken van de Wereldgezondheidsorganisatie. Uit deze onderzoeken bleek dat de elektromagnetische straling voor mobiele telefonie schadelijk kon zijn voor de menselijke gezondheid.

Inleiding thema 4 door Tom Barkhuysen

Barkhuysen zegt dat er voorbeelden zijn te vinden in het bestuursrecht van het gebruik van op zichzelf bindend, maar niet-rechtstreeks werkend verdragsrecht voor Nederland ter invulling van een bindende open norm. Evenals Auvray vraagt Barkhuysen zich af of ook niet-bindend internationaal recht, zoals *soft law*, kan worden gebruikt ter invulling van een open norm. Uit de rechtspraak blijkt niet duidelijk of die mogelijkheid bestaat. Barkhuysen wenst nogmaals te benadrukken dat de vraag of een bepaling al dan niet rechtstreekse werking heeft enkel van belang is voor de mogelijkheid om die bepaling in te roepen voor de nationale rechter en daarmee strijdig nationaal recht opzij te zetten. We

moeten niet vergeten dat ook niet-rechtstreeks werkend verdragsrecht bindend is voor Nederland.

Dialogoog

In hun inleidingen bij dit thema stellen Auvray en Barkhuysen nadrukkelijk de vraag of reflexwerking van niet-bindend internationaal recht, zoals *soft law*, mogelijk is. Ook tijdens de gevoerde dialoog over de mogelijkheden van reflexwerking werd meer dan eens teruggesproken naar het onderscheid tussen bindende en niet-bindende supranationale normen. Steeds speelde daarbij op de achtergrond de vraag naar de grenzen van reflexwerking, een vraag die ook Van der Helm stelde in zijn inleiding bij dit thema.

De deelnemers delen allereerst hun opvattingen over de vraag of reflexwerking van *bindende*, niet-rechtstreeks werkende supranationale normen in het publiekrecht en/of het privaatrecht mogelijk is. In algemene zin lijken de Belgische deelnemers daarvoor wat minder ruimte te zien dan de Nederlandse deelnemers.

De Nederlandse deelnemers uit zowel het publiek- als het privaatrecht zijn van oordeel dat bindende, niet-rechtstreeks werkende supranationale bepalingen gebruikt kunnen worden ter invulling van open normen. Hoewel reflexwerking van dergelijke normen in het Nederlandse bestuursrecht (nog) niet heel duidelijk zichtbaar is, staat men hier niet afwijzend tegenover. Met name in het belang van het milieu zou reflexwerking ook in het Nederlandse bestuursrecht mogelijk (moeten) zijn.

Een aantal deelnemers wenst vanuit het Nederlandse privaatrecht toe te lichten waarom zij reflexwerking van bindende, niet-rechtstreeks werkende supranationale normen toelaatbaar vinden. Een van hen benadrukt dat het bij reflexwerking niet gaat om de daadwerkelijke toepassing van niet-rechtstreeks werkende normen, maar om het gebruik daarvan ter invulling van een bepaalde verplichting, zoals de zorgplicht. Voor het invullen van een bepaalde verplichting kunnen bindende niet-rechtstreeks werkende normen zonder grote bezwaren worden gebruikt. Immers, rechters gebruiken ook andere opvattingen over bijvoorbeeld veiligheid en gezondheid ter invulling van een open norm. De internationale bepalingen hebben een grotere lading dan zomaar opvattingen. In aansluiting op de inleiding van Barkhuysen bij dit thema wijzen meerdere deelnemers erop dat we niet moeten vergeten dat dergelijke bepalingen tot stand zijn gekomen met instemming van de overheid en dat zij, ongeacht de niet-rechtstreekse werking daarvan, bindend zijn voor staten. De aanwezigheid van een door de overheid getekend verdrag vindt men dan ook een belangrijk gegeven. Dit gegeven kan voor de rechter, meer dan zomaar een opvatting of een algemeen gedeeld rechtsgevoel, een rechtvaardiging zijn om de bindende, niet-

rechtstreeks werkende supranationale normen te gebruiken ter invulling van een open norm.

Een en ander wordt toegelicht met behulp van een voorbeeld over roken. Er zijn weinig mensen die zullen verdedigen dat roken niet slecht is. Neem nu de situatie waarin de Hoge Raad moest bepalen of rookruimtes in de horeca zijn toegestaan. Er bestaat consensus over de schadelijke gevolgen van roken, maar er ligt ook een heel duidelijk en door de overheid getekend verdrag voor waarin wordt erkend dat roken slecht is voor mensen. De aanwezigheid van dit verdrag vindt men, meer dan enkel het bestaan van een algemene consensus, een legitieme reden om bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm de overheid daaraan te houden. Dit betekent overigens niet dat het enkele bestaan van een gedeelde opvatting over een bepaald onderwerp niet gebruikt zou kunnen worden ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Wel geeft een door de overheid getekend verdrag de rechter meer houvast.

Ter relativering van het onderscheid tussen rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkend internationaal recht wordt door een Nederlandse privatist nog opgemerkt dat vrij snel sprake zal zijn van rechtstreekse werking als het gaat om een bindend verdrag, nu het criterium in de civiele rechtspraak voor rechtstreekse werking onder meer is geworden of een bepaling voldoende concreet is. Moeilijk voorstelbaar is de situatie waarin sprake is van een bindende internationale bepaling die geen rechtstreekse werking heeft, maar wel voldoende concrete handvatten zou bevatten voor het inkleuren van een open norm.

De Belgische deelnemers vanuit zowel het publiek- als het privaatrecht belichten op hun beurt waarom terughoudend zou moeten worden omgegaan met reflexwerking van bindende, niet-rechtstreeks werkende supranationale normen. Vanuit het Belgisch publiekrecht klinkt het geluid dat het riskant is voor rechters om zich te baseren op normen die juridisch niet afdwingbaar zijn. Men oppert wel voor de mogelijkheid om niet-rechtstreeks werkende normen mee te nemen bij de interpretatie van een schending (als interpretatietechniek), maar geeft aan dat het gevaarlijk wordt als rechters zich - voor de vaststelling van het foutbegrip - rechtstreeks baseren op deze normen. De reden waarom een partij in de regering het door Auvray terecht genoemde VN-migratiepact niet wilde ondertekenen is net om te voorkomen dat rechters dit pact zouden hanteren als *soft law* (link met een *gouvernement des juges*). Men pleit aldus voor een grote voorzichtigheid als het gaat om de toepassing van normen die niet echt juridisch afdwingbaar zijn.

Vanuit het Belgische privaatrecht wordt hierop instemmend gereageerd. Opgemerkt wordt in dit verband dat het risico bestaat dat de rechter *a posteriori* het gedrag van de overheid gaat toetsen aan regels die überhaupt niet van toepassing waren. *Soft law* doorwerking is zeker niet voor te staan, omdat dit een niet-geëigende manier is om internationale regels verbindend en afdwingbaar te

maken. Het voorgaande neemt niet weg dat in het Belgische recht bepaalde vormen van reflexwerking zichtbaar zijn. Van de Weyer wees daar al op in zijn inleiding bij dit thema. Door één van de Belgische deelnemers wordt erop gewezen dat niet-rechtstreeks werkende internationale normen bovendien via een omweg een rol kunnen spelen bij overheidsaansprakelijkheid. Dat is onder bepaalde omstandigheden het geval wanneer een bestuurshandeling indruist tegen een door een verdrag opgelegd resultaat. De Belgische Raad van State zal bij ontbreken van dat resultaat doorgaans overgaan tot vernietiging van de bestuurshandeling. Voor de civiele rechter is de vernietiging van de bestuurshandeling (door de bestuursrechter) vervolgens een vermoeden dat door de overheid een fout is begaan in het kader van overheidsaansprakelijkheid.

Nederlandse deelnemers trekken de grenzen van reflexwerking dus ruimer dan de Belgische deelnemers.

Ofschoon mogelijk niet unaniem, lijken de Nederlandse deelnemers minder bezwaren te zien ook voor de toepassing van niet-bindende internationale normen. Enerzijds wordt er door (sommige) deelnemers op gewezen dat we ons bewust moeten zijn van het verschil tussen bindende en niet-bindende normen en de gevolgen daarvan voor de ruimte voor reflexwerking. Anderzijds zien (andere) deelnemers vanuit zowel het privaatrecht als het publiekrecht niet direct in waarom de rechter geen *soft law* zou kunnen gebruiken ter invulling van een open norm. Vanuit privaatrechtelijke hoek wordt opgemerkt dat het in principe geen verschil zou mogen maken of het gaat om bindend, niet-rechtstreeks werkend internationaal recht of om niet-bindend internationaal recht. Beide type normen worden door de rechter immers nooit rechtstreeks toegepast, maar enkel gebruikt ter invulling van andere normen die rechters wél rechtstreeks kunnen toepassen. Vanuit het Nederlandse bestuursrecht volgt daarop de aanvulling dat de rechter door het gebruik van bijvoorbeeld *soft law* juist voorzichtiger optreedt dan wanneer hij een volstrekt eigen invulling aan bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm zou geven.

Thema 5 - Zelf in de zaak voorzien

Lidy Wiggers-Rust

Aan dit onderwerp kan – de tijd is helaas om – niet meer worden toegekomen.

Afsluiting

Lidy Wiggers-Rust

We zijn voor deze meeting aan het einde gekomen van de bespreking van de thema's. Uiteraard zal een en ander nog moeten inwerken en worden doorgedacht. Zouden de auteurs-sprekers misschien al willen proberen kort de gelijk-

kenissen en verschillen te schetsen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter en tussen Nederland en België, zoals zij deze in de dialoog hebben signaleerd?

Joost van der Helm

Er is vaak benoemd dat er geen verschil zou mogen bestaan in de toetsing van bestuurshandelen door de bestuursrechter en de civiele rechter. Van der Helm denkt dat de verschillen op dat punt ook niet groot zijn. Tussen België en Nederland bestaat wel enig verschil volgens hem.

Roel Becker

Becker sluit zich aan bij Van der Helm. Met name tussen het publiekrecht en het privaatrecht in Nederland zijn weinig verschillen waargenomen.

Françoise Auvray

Auvray sluit zich bij de Nederlandse sprekers aan. Ook zij vindt dat er weinig verschillen bestaan. Voorts denkt zij dat de nog wel aanwezige verschillen zullen verminderen. Auvray wijst er in dit verband op dat in het Belgische privaatrecht, met name in het aansprakelijkheidsrecht, wordt uitgekeken naar de uitspraak van de Hoge Raad in de *Urgenda*-zaak.

Pieter-Jan Van de Weyer

Van de Weyer spreekt eveneens uit dat de gelijkenissen groter zijn dan de verschillen tussen Nederland en België en het privaatrecht en publiekrecht. Dat neemt niet weg dat we moeten blijven openstaan om van elkaar te leren, aldus Van de Weyer.

Steven Lierman

Lierman stelt een terughoudendheid vast in beide landen en bij beide rechters om in te gaan op de opportuniteitsbeoordeling. Het opvallende verschil merken we voornamelijk bij de algemeen verbindende voorschriften. Er is wel eensgezindheid over de toenemende fijnmazigheid van ons recht en de juridische bril waarmee we naar ons recht kijken. De belangenafweging die het recht toelaat, verklaart in belangrijke mate de intensivering van de toetsing. Het antwoord op de vraag waarom we evolueren naar een toegenomen intensiteit van bestuurshandelen zou dus kunnen luiden: *‘It is the law stupid’*.

Vanuit de zaal

Vanuit de zaal wordt er tot slot op gewezen dat de Belgische deelnemers hebben aangegeven dat zij verkiezen om te toetsen aan (geschreven) rechtsnormen dan aan algemene rechtsbeginselen. Zoals een van de deelnemers zei, zijn de

algemene beginselen van behoorlijk bestuur inderdaad het kloppend hart van het bestuursrecht. Als we een eenheid zoeken tussen het bestuursrecht en het privaatrecht, zijn deze beginselen de eenheid die we zoeken. Het is niet omdat er een concrete rechtsregel bestaat, dat er geen beginsel meer mag zijn. In de zoektocht naar de eenheid tussen het privaatrecht en het publiekrecht is het juist makkelijker om te kijken naar wat ons verbindt, zijnde de beginselen van behoorlijk bestuur. De zorgvuldigheidsnorm uit het privaatrecht is ook gewoon een toepassing van een beginsel van behoorlijk bestuur.

Lidy Wiggers-Rust

Deze laatste bijdrage aan de dialoog, waarin het zoeken naar de eenheid tussen bestuursrecht en privaatrecht centraal staat, vormt daarvan een inspirerend slot, dat ook mooi aansluit bij de op stapel staande tweede expertmeeting van het Platform over het onderwerp: *“De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: Export en reflexwerking?”*

Wiggers-Rust vraagt een daverend applaus voor de auteurs-sprekers die hun taak met zoveel inzet en verve voortreffelijk hebben volbracht.

Zij dankt tevens de deelnemers aan de dialoog voor hun grote inbreng, waarvan wij over en weer veel hebben kunnen leren. Er is zeker meer inzicht ontstaan in de wijzen van toetsing door de bestuurs- en civiele rechters van het bestuurs-handelen, vanuit Nederland en België, waarmee wij, alleen al door hierover met elkaar de dialoog aan te gaan, ongetwijfeld stappen hebben gezet naar een grotere eenvormigheid daarvan en verdere coöperatie, overeenkomstig de opzet van de meeting!

De auteurs-sprekers zullen hun (concept-)papers afronden, die met het verslag van deze middag niet alleen op onze website maar ook in een bundel van Wolf Publishers zullen worden opgenomen. In de bundel zal ook de deelnemerslijst staan.

Voor een (voorlopig) afscheid – we zien elkaar graag binnen dit Platform terug – hopen wij allen te mogen treffen bij de borrel.

