

Naar een eenvormige(r) toetsing?



Naar een eenvormige(r) toetsing?

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

Tom Barkhuysen

Roel Becker

Michiel van Emmerik

Joost van der Helm

Pieter-Jan Van de Weyer

Françoise Auvray



Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

Deze reeks staat onder redactie van:

- * Lidy Wiggers-Rust (raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer plaatsvervanger in het CBb)
- * Steven Lierman (hoogleraar administratief recht en gezondheidsrecht KU Leuven en hoofddocent Universiteit Antwerpen)
- * Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor bestuursrecht)
- * Frank van Ommeren (hoogleraar staats- en bestuursrecht VU)
- * Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- * Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)

e-mail: platform@recht-in-dialoog.eu

website: www.recht-in-dialoog.eu

Aanbevolen citeerwijze:

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog - reeks nr. 1

ISBN: 9789462405677

Uitgeverij WLP

info@wolfpublishers.nl



Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), Platform en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

©2020 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
<i>Lidy Wiggers-Rust & Steven Lierman</i>	
Vraagpunten	9
<i>Nederland publiekrecht</i>	
Toetsing van overheidshandelen in het Nederlandse publiekrecht	13
<i>Tom Barkhuysen, Roel Becker & Michiel van Emmerik</i>	
<i>Nederland privaatrecht</i>	
Toetsing van het bestuurshandelen in het privaatrecht	33
<i>Joost van der Helm</i>	
<i>België publiekrecht</i>	
Toetsing van het bestuurshandelen in het publiekrecht	63
<i>Pieter-Jan Van de Weyer</i>	
<i>België privaatrecht</i>	
Toetsing van het bestuurshandelen door de gewone hoven en rechtbanken	97
<i>Françoise Auvray</i>	
Verslag expertmeeting	139
<i>Steven Verbeyst & Melanie van Zanten</i>	
Deelnemerslijst	171

Voorwoord

De eerste expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog vond plaats op vrijdag 4 oktober 2019 's middags in Den Haag (in het zogenoemde Witte Paleisje in gebruik bij de Raad van State).

Tussen zo'n vijfenveertig juristen met verschillende achtergrond (wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie; bestuurs- en privaatrechtelijk) werd van gedachten gewisseld over omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht in Nederland en België, derhalve intern en extern rechtsvergelijkend. Dit onderwerp betreft de kernactiviteit van de bestuursrechters en is ook voor de burgerlijke rechter relevant. Het thema is in volle ontwikkeling mede onder invloed van EU-recht.

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 publiekrecht en privaatrecht kan worden verbeterd en op welke punten publiek- en privaatrecht van elkaar kunnen leren. Het Platform (www.recht-in-dialoog.eu) wil daarvoor aan genoemde categorieën van juristen uit Nederland en België een ontmoetingsplaats bieden.

De volgende thema's stonden op het programma:

- * Klassieke wijze van toetsing en recente ontwikkelingen (op hoofdlijn)
- * (Wijze van) toetsing aan beginselen
- * Aanknopingspunten voor intensievere toetsing en betekenis 'volle' toetsing
- * Reflexwerking en vrijwillige adoptie
- * Zelf in de zaak voorzien

Voor de uitwisseling over die thema's werd gekozen voor een dialoog gerelateerde vorm om de materie daadwerkelijk te kunnen doorgronden en een vrije gedachtewisseling te bevorderen ten gunste ook van nieuwe inzichten.

Deze uitwisseling vond plaats aan de hand van (concept-)papers van:

- * Michiel van Emmerik, Tom Barkhuysen en Roel Becker (Nederland, publiek recht)
- * Joost van der Helm (Nederland, privaatrecht)
- * Pieter-Jan van de Weyer (België, publiek recht)
- * Françoise Auvray (België, privaatrecht)¹

¹ Nadere gegevens over ieder van hen zijn te vinden in de deelnemerslijst die is opgenomen achter in deze bundel.

De vraagpunten vanuit het Platform die aan de basis van de bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de papers zelf, een (deels) thematisch verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule, en de lijst van deelnemers.²

Het Platform dankt de auteurs heel hartelijk voor hun voortreffelijke bijdragen aan de vergadering, de voorbereiding daarvan en de afronding van hun papers ter publicatie.³

Onze dank gaat ook uit naar Melanie van Zanten en Steven Verbeyst⁴ voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting.

Dank is daarnaast verschuldigd aan het Ministerie van Justitie en Veiligheid voor de startsubsidie voor dit door hem als uniek aangemerkte initiatief.

Rest dank aan de Raad van State voor zijn gastvrijheid in een voor deze eerste meeting zo luisterrijke omgeving!

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van onze eerste gedachtewisseling en hopen zo een steentje bij te dragen aan een duurzame en diepgaande kruisbestuiving tussen publiekrecht en privaatrecht.

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter

² 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. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de auteurs-sprekers en moderators vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

³ De papers zijn (uiterlijk) eind november 2019 afgerond

⁴ Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.

Vraagpunten

Naar een eenvormige(r) toetsing

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

De klassieke indeling tussen gebonden en discretionaire bevoegdheden bij de invulling van de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen komt steeds vaker op de helling te staan. Onder invloed van supranationale regelgeving, zoals in het bijzonder – het volle rechtsmachtvereiste van – artikel 6 EVRM en fundamentele rechten zoals opgenomen in de artikelen 2, 3 en 8 van het EVRM, bestaat er een tendens om de toetsing te verruimen wat betreft de omvang en tevens te intensiveren¹, hetgeen de discretionaire marge van het bestuur beperkt. Na vernietiging van besluiten verwijst de bestuursrechter de zaak niet zonder meer terug naar het bevoegd gezag, maar kan hij deze onder omstandigheden ook zelf afdoen.² De burgerlijke rechter legt de overheid soms verplichtingen op die haar beslissingsruimte en -vrijheid beperken.³ Gegeven re-

¹ Zo controleerde de Belgische Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: RvV) niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, maar gaat hij ook na of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of deze de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. Een interessante casus is die van de humanitaire visa. In het najaar van 2016 ontspon zich een mediahetze nadat de RvV de Belgische overheid in het kader van een schorsingsprocedure had verplicht om de verzoeker een humanitair visum kort verblijf af te geven (vgl. RvV 20 oktober 2016, nr. 176.577; RvV 25 mei 2016, nr. 168.363). Uit politieke hoek werd gesproken over een ‘gouvernement des juges’.

² De urgentie en de hardleersheid van de overheid kan worden aangegrepen om de overheid tot een bepaalde beslissing te verplichten. Zo gelastte de Belgische Raad van State een klassenraad in een schorsingsarrest van 13 november 2012 om de verzoeker een A-attest toe te kennen. Hierbij speelde de tijdsdruk en het feit dat de klassenraad zich weigerde te conformeren aan eerdere schorsingsarresten. (vgl. RvS 13 november 2012, nr. 221.394, Peeters). Zie voor een meer terughoudend oordeel het Hof van Beroep, Antwerpen 15 januari 2018, nr. 2016/AR/239.

³ De burgerlijke rechter vond in fundamentele rechten een hefboom om verder te gaan dan het louter vaststellen van eventuele onrechtmatigheid van bestuurshandelen. In de Urgenda-zaak leidde het Gerechtshof Den Haag uit de artikelen 2 en 8 EVRM de verplichting af om tegen eind 2020 de uitstoot van broeikasgassen met minstens 25% procent te reduceren tegenover 1990, waartoe hij de Staat veroordeelde (vgl. Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, nr. 200.178.245/01, ECLI:NL:GHDHA: 018 :2591). In België schoof het Hof van Beroep te Brussel bij de beoordeling van een spreidingsplan van de vluchten boven Zaventem in het licht van art. 8 EVRM een eigen beoordelingscriterium naar voor – de graad van blootstelling – evenwel zonder de rechtmatigheid na

cente beslissingen⁴ is relevant te analyseren, welke de basis vormt voor die ontwikkelingen en te bezien waar nu nog de grenzen liggen. Centraal bij deze analyse staat het opsporen van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn,⁵ alsmede de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht in Nederland en België hier van elkaar kunnen leren.

Vraag 1:

Aan welke beginselen toetst de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter het bestuurshandelen (naast wet en regelgeving, supranationale bepalingen inbegrepen)? Gaat het daarbij alleen om het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging of tevens om andere geschreven en / of ongeschreven rechtsbeginselen⁶? In welke mate is de rechter bij zijn toetsing in beginsel nog terughoudend?

Vraag 2:

In welke gevallen laat de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter zijn terughoudendheid varen? Gaat het daarbij (alleen) om gevallen van toepasse-lijkheid van algemene rechtsbeginselen / normen die in rechtstreeks werkende supra-nationale bepalingen zijn opgenomen, en zo ja, welke? In welke gevallen hebben supra-nationale bepalingen rechtstreekse werking?⁷

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

⁴ Zie de hiervoor gegeven voorbeelden.

⁵ Verschil in toetsing tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter komt in de Belgische rechtspraak bijvoorbeeld tot uiting in de context van politiematregelen. Het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door de lagere rechters, laat aan lokale besturen in dit verband een ruimere appreciatiemarge. Zo verzet het Hof van Cassatie zich, in tegenstelling tot de Raad van State, niet noodzakelijk tegen algemene sluitingsmaatregelen. (vgl. RvS 24 mei 2011, nr. 213.449, BVBA Solanis en Cass. 18 mei 1988, *Arr.Cass.* 1988, nr. 579).

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

⁷ Vgl. Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Rookverbod).

Vraag 3:

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

Vraag 4

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

Vraag 5:

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

Vraag 6:

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

Vraag 7:

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

NB.: de vragen 1 t/m 6 zijn door sprekers-auteurs als eerste te beantwoorden (ten behoeve van het concept-paper).

Vraag 7 is bij uitstek geschikt voor de dialoog tijdens de expertmeeting.

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 rechtsens 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 rechtsens 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 woonruimteverbod*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 woonruimteverbod*). 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 (summerlijk) 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 gewezen 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 zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel 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 (*Landbouwwvliegers*); R.M. van Male, ‘Landbouwwvliegers’ 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 Kegge 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 bestuursrechters 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 willekeursluis: een nieuwe rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.’ <http://www.stibbe-blog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/exit-willekeursluis-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 derdebelaaghebbers 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 een jarige 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 termijnreizen).

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

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.

Toetsing van het bestuurshandelen in het privaatrecht (Nederland)

Joost van der Helm

Inhoudsopgave

<i>Inleiding</i>	34
1. <i>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?</i>	35
– <i>Toetsingskader bestuurshandelen – toetsing aan beginselen</i>	35
– <i>Artikel 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb</i>	38
– <i>Het legaliteitsbeginsel</i>	41
– <i>Toetsing van wetgeving aan beginselen</i>	43
2. <i>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?</i>	45
– <i>Rechtstreekse werking</i>	46
– <i>Beleidsvrijheid</i>	49
3. <i>Zijn er voor de rechter rechtens ook mogelijkheden voor reflexwerking van niet rechtstreeks werkende supranationale bepalingen?</i>	51
4. <i>Welke invloed heeft de aanwezigheid van grondrechten/fundamentele rechten in voorkomend geval op de omvang, de intensiteit en het resultaat van de toetsing?</i>	55
5. <i>Hoever reikt de toetsing in onder 2) en 4) bedoelde gevallen zowel wat betreft de omvang als de intensiteit ervan? Om welke bestuursbeslissingen gaat het daarbij? Indien bedoelde bepalingen voorzien in een ‘margin of appreciation’ voor het bestuur, wat betekent dat dan voor de toetsingsruimte van de rechter?</i>	55
6. <i>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)?</i>	58

Inleiding

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

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

0.3 Ik wijs erop dat het nadrukkelijk de (publiekrechtelijke) rechtspersoon is die bij de burgerlijke rechter kan optreden en niet de organen.⁴ Op dat uit-

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

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

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

⁴ HR 25 november 1983, NJ 1984, 297, m.nt. W.H. Heemskerk en HR 24 april 2015,

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

Vraag 1:

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

Verkort antwoord:

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

Toetsingskader bestuurshandelen – toetsing aan beginselen

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

1.2 Voor onrechtmatig overheidshandelen bestaat geen bijzondere privaatrechtelijke regel.⁷ Het overheidshandelen wordt dus “gewoon” getoetst aan het bepaalde in artikel 6:162 BW.⁸ Om te onderzoeken of een bepaald bestuurs-

ECLI:NL:HR:2015:1117, NJ 2015, 265, m.nt. J.W. Zwemmer.

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

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

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

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

handelen onrechtmatig is, moet dus worden onderzocht of dat handelen in strijd is met een wettelijke plicht, inbreuk maakt op een subjectief recht, of als maatschappelijk onzorgvuldig heeft te gelden. Mede gelet op de bijzondere positie van de overheid kan onder omstandigheden worden aangenomen dat voor de overheid een strengere norm moet gelden dan voor andere deelnemers aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer.⁹ Ten aanzien van de toetsing van informatieverstrekking door Bureau BIBOB overwoog de Hoge Raad echter:

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Vgl. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshande-*

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

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

len, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 28. Zie ook de noot van M.W. Scheltema onder HR 22 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam / Ikon*).

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

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

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

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

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

1.6 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen ook via de band van de redelijkheid en billijkheid binnen de verhouding tussen een burger en de overheid doorwerken, ook indien sprake is van een gebonden beschikking *“nu zulks strookt met de maatstaven die in het algemeen ter zake van een redelijke rechtsbescherming tegen de overheid worden aanvaard en deze beginselen hier tevens kunnen worden gezien als een met de aard van de verbintenis jegens de Staat ter zake van het door deze geheven griffierecht samenhangend uitvloeisel van de voor verbintenissen in het algemeen geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.”*¹⁹ Ook in zijn arrest van 9 januari 1998 overwoog de Hoge Raad dat bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW op overeenkomsten met de overheid *“de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerkingen dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art.3:1 lid 1 Algemene Wet bestuursrecht (Awb).”*²⁰ Opmerking bij een en ander verdient overigens dat uit het arrest *Conformed/RZG* kan worden afgeleid dat voor toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht vereist is dat het betrokken overheidsorgaan een bestuursorgaan is in de zin van de Awb.²¹

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

1.7 Dat het bestuurshandelen getoetst moet worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is ook neergelegd in artikel 3:14 BW, waarin is opgenomen dat de bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Het gaat bij de toepassing van dit artikel nadrukkelijk om de privaatrechtelijke bevoegdheden omdat de toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden vanzelfsprekend direct wordt beheerst door het publiekrecht.²² Artikel 3:14 BW heeft niet alleen betrekking op de geschreven regels van publiekrecht, maar ook op de ongeschreven regels van publiekrecht. Die ongeschreven regels zijn met name ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die niet in de Awb zijn neergelegd.²³ Tot de geschreven regels van publiekrecht behoren vanzelfsprekend ook de mensenrechten en de grondrechten. Een voorbeeld van de toepassing van dat laatste is te vinden in het arrest *Rasti Rostelli* dat betrekking had op de weigering van de gemeente Rijssen om een zaal te verhuren aan de artiest Rasti Rostelli, waarbij die weige-

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

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

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

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

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

ring werd gemotiveerd met het argument dat de voorgenomen “show niet past binnen de gebruiksvoorwaarden van het Parkgebouw”.²⁴ Die gebruiksvoorwaarden hielden onder meer in dat activiteiten niet “godslasterlijk, zedenbederwend of provocerend mogen zijn.” De weigering van de gemeente werd vervolgens getoetst aan de in de Grondwet beschermde vrijheid van meningsuiting, die iedere preventieve beperking door de overheid van de meningsuiting verbiedt. Op de toetsing aan uit het internationaal recht voortvloeiende beginselen, ga ik hierna in.²⁵

1.8 Artikel 3:1 lid 2 Awb bepaalt dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van de Awb van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Daarmee worden in ieder geval alle gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing verklaard op het bestuurshandelen dat geen besluit is. Het gaat om een ruime categorie van onder meer (ook) mondelinge beslissingen, feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen.²⁶ Voor de niet-gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur is men aangewezen op artikel 3:14 BW.²⁷

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

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

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

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

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

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

over exceptieve toetsing gaat in op die toetsing aan de verschillende beginselen, zij het met name binnen het bestuursrechtelijk perspectief.²⁹

1.10 Ten aanzien van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht maak ik toch ook in dit paper een enkele opmerking omdat die toepassing in het privaatrecht niet noodzakelijkerwijs hetzelfde gevolg heeft als de toepassing in het publiekrecht.³⁰ Dat kan duidelijk worden door te kijken naar het *zorgvuldigheidsbeginsel* (artikel 3:2 Awb), dat (heel) kort samengevat, vereist dat de overheid de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Indien de overheid dat voorschrift schendt, zal in een civiele procedure altijd de vraag rijzen wat er zou zijn gebeurd als die schending niet zou hebben plaatsgevonden. De omstandigheden die volgens de wederpartij van het overheidslichaam ten onrechte niet in de afweging zijn betrokken zullen in de processtukken in ieder geval aan de orde worden gesteld en dus tot kennismaking van het overheidslichaam leiden. Denkbaar is dat moet worden geconcludeerd dat kennismaking van die omstandigheden niet tot een andere conclusie voor het overheidslichaam zou hebben geleid. Het is erg afhankelijk van alle omstandigheden van het geval of schending van het zorgvuldigheidsbeginsel dan tot enig privaatrechtelijk gevolg kan leiden. De arresten *Coevorden / Gasfabriek* en *Tolkentarieven* laten dat zien.³¹

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

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

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

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

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

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

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

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

Het legaliteitsbeginsel

1.15 Een tamelijk belangrijk beginsel waaraan het bestuurshandelen wordt getoetst is het legaliteitsbeginsel. Om die reden besteed ik daar iets meer aandacht aan. Het bestuurshandelen dient te zijn gebaseerd op een in de wet neergelegde bevoegdheid. In het arrest *Fluoridering* ging het om de vraag of het waterleidingbedrijf een fluorideverbinding aan het drinkwater mocht toevoegen om tandbederf tegen te gaan. Die toevoeging van de fluorverbinding hield geen verband met de eigenlijke taak van het waterleidingbedrijf, namelijk het leveren van drinkwater. De Hoge Raad oordeelde dat de toevoeging van stoffen

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

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

aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen een maatregel was van zo ingrijpende aard, dat zonder wettelijke grondslag niet kon worden aangenomen dat het waterleidingbedrijf daartoe de vrijheid heeft bij de vervulling van de hem op grond van de wet wel opgedragen taak.³⁴

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

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

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

1.18 Daarna werd geoordeeld dat een wettelijke grondslag voor het strafrechtelijk ontruimen ontbrak. Ook het verstrekken door de officier van Justitie van gegevens aan Rijkswaterstaat met het oog op het contracteren van een berger mocht niet geschieden zonder wettelijke grondslag, die ontbrak.³⁷ Dat niet voor elk privaatrechtelijk optreden een specifieke – op de overheid toegespitste buiten het algemene privaatrecht gelegen – wettelijke grondslag vereist is, volgt overigens uit het *Hirsi Ali*-arrest, waarin de Hoge Raad voorop stelde dat de aankoop van een extra beveiligde woning niet reeds onrechtmatig is omdat een specifieke publiekrechtelijke voorziening ontbrak.³⁸ Er verzet zich in beginsel geen rechtsregel tegen dat de Staat een appartement koopt met de bedoeling dit als extra beveiligde woning in gebruik te geven. Dat oordeel sluit op zichzelf aan

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

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

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

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

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

bij de visie op het legaliteitsbeginsel die inhoudt dat slechts wanneer aan de burger verplichtingen worden opgelegd of indien inbreuk wordt gemaakt op rechten of vrijheden van de burger, een formeel wettelijke grondslag aanwezig moet zijn.³⁹ De enkele aankoop van een appartement behoeft op zichzelf de rechten van anderen niet te raken.

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

Toetsing van wetgeving aan beginselen

1.20 Het uitvaardigen van (ook formele) wetgeving in strijd met regels van rechtstreeks werkend internationaal recht is in principe onrechtmatig.⁴¹ Artikel 120 Gw staat in de weg aan toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat het toetsingsverbod ook meebrengt dat wetten in formele zin niet mogen worden getoetst aan algemene of fundamentele rechtsbeginselen.⁴² In zijn arrest van 19 december 2014 voegde de Hoge Raad daaraan toe dat dit ook geldt *“indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW).”*⁴³ Dat dit niet betekent dat aan de algemene beginselen helemaal geen betekenis toekomt, blijkt uit het feit dat de Hoge Raad de regel herhaalt die hij al in het *Harmonisatiewet-arrest* had gegeven: *“Het in (...) overwogene neemt echter niet weg dat indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetge-*

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

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

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

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

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

ver, dit aanleiding kan geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt. Dat is het geval indien die niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden die strikte toepassing zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven (vgl. onder meer het Harmonisatiewet arrest, rov. 3.4 en 3.9)."

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

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

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

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

term “willekeur” niet wordt gebruikt niet betekent dat niet meer sprake is van een terughoudende toets.⁴⁷

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

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

Vraag 2:

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

Verkort antwoord:

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

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

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

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

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

Rechtstreekse werking

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

2.3 Om te bepalen of een bepaling rechtstreekse werking heeft, is uitleg van die bepaling nodig, waarbij overigens heeft te gelden dat het in beginsel het nationale (constitutionele) recht is dat bepaalt of een bepaling “ieder verbindend” is.⁵⁰ Die uitleg vindt plaats aan de hand van de artikelen 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.⁵¹ In het arrest *Spoorwegstaking* overwoog de Hoge Raad ten aanzien van artikel 6 lid 4 ESH dat niet van belang was of de verdragsluitende staten hebben beoogd aan dat artikel rechtstreekse werking toe te kennen, nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van dat verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen die werking er niet aan toe te kennen.⁵² Het toe te passen criterium, dat moet worden getoetst aan de inhoud van de bepaling, werd daarom als volgt geformuleerd: *“verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?”*

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

“Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag valt af te leiden dat de verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan art. 11 lid 2, onder b, geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is voor het antwoord op de vraag of die verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, de inhoud van de bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse

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

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

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

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

wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren (HR 30 mei 1986, LJN AC9402, NJ 1986/688). Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast.”

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

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

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

Voor mij is met name die laatste zin van het citaat van belang omdat daarin een direct verband met de beleidsvrijheid wordt gelegd en uiteen wordt gezet dat het bestaan van keuze- of beleidsvrijheid niet betekent dat van rechtstreekse werking geen sprake kan zijn. Dat is relevant omdat het bestaan van keuze- of beleidsvrijheid impliceert dat het bestuur een “omzettingsslag” moet maken om het supranationale recht in nationaal recht om te zetten. Als die keuze- of beleidsvrijheid heel groot is, is het voor de rechter moeilijker om te bepalen hoe die supranationale regel in nationaal recht moet worden omgezet en kan het

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

⁵⁵ HR 10 oktober 2014, NJ 2015, 12, m.nt. E.A. Alkema (*rookverbod*). De Hoge Raad verwijst naar dit arrest in zijn arrest van 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449 (*rookruimtes in horeca*).

dus voor de hand liggen te concluderen dat de bepaling zich niet leent voor rechtstreekse toepassing in het nationale recht.

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

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

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

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

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

2.8 Bepalingen van niet tijdig of niet juist uitgevoerde richtlijnen van de EU kunnen rechtstreeks worden ingeroepen tegen de nationale overheid wanneer zij een lidstaat een onvoorwaardelijke en voldoende duidelijke en nauwkeurige verplichting opleggen. Een Unierechtelijke bepaling is onvoorwaardelijk wanneer zij een verplichting oplegt die aan geen enkele voorwaarde is gebonden en die voor haar uitvoering of werking niet afhangt van een handeling van de in-

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

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

stellingen van de Unie of van de lidstaten.⁵⁸ Keus wijst erop dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU is af te leiden dat het bestaan van beoordelingsvrijheid bij de uitvoering van een richtlijn – hetgeen lijkt te impliceren dat directe werking ontbreekt – toch niet uitsluit dat wordt getoetst of de nationale wetgever de grenzen van de beoordelingsvrijheid niet heeft overschreden.⁵⁹

Beleidsvrijheid

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

2.10 Het begrip beleidsvrijheid is noch in de wet, noch in de jurisprudentie gedefinieerd. Het is nauw verbonden met en afhankelijk van de grote hoeveelheid taken die de overheid heeft uit te voeren en de keuzes die bij die uitvoering zijn te maken. Beleidsvrijheid geeft aan dat er grenzen zijn waarbinnen de overheid vrij moet zijn om naar eigen inzicht te handelen. Voor zover die grenzen niet zijn getrokken bij de wettelijke omschrijving van de overheidstaak, worden deze bepaald door de aard van die taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht.⁶⁶ Beleidsvrijheid brengt mee dat de overheid ruimte nodig heeft om zó te handelen als de omstandigheden gebieden.⁶⁷ Beleidsvrij-

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁵ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

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

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

heid brengt ook mee dat de rechter niet of slechts zeer terughoudend oordeelt over de wijze waarop de overheid haar bevoegdheden binnen die beleidsvrijheid toepast. In de al genoemde *Landsmeer*-arresten overwoog de Hoge Raad al dat, als de overheid gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid zij “*bij de afweging van de daarbij in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen*”.⁶⁸ Voor de burgerlijke rechter bestaat dan slechts ruimte om in te grijpen indien de overheid de bevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, of indien de overheid bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen. In het *Kernwapens*-arrest sprak de Hoge Raad van een “grote mate van terughoudendheid” die de burgerlijke rechter zou moeten toepassen en oordeelde hij dat het zeker niet aan de burgerlijke rechter is een politieke afweging te maken.⁶⁹ Ook in de zaak *Hirsi Ali* werd geoordeeld dat de Staat beleids- en beoordelingsruimte toekomt en werd als toetsingsmaatstaf gehanteerd “of de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de dreiging aan de ene kant en de getroffen maatregelen aan de andere kant van dien aard zijn, dat het gebruik van de extra beveiligde woning met het oog op de risico’s voor de omwonenden verantwoord is.” Ook ten aanzien van het toezicht door de Arbeidsinspectie staat ter beoordeling van de burgerlijke rechter slechts of de Arbeidsinspectie in “redelijkheid tot haar beleid met betrekking toe toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen”.⁷⁰

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

2.12 Juist met betrekking tot de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verwierp de Hoge Raad in het al genoemde arrest *Zeeland* /

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

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

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

⁷¹ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

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

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

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

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

Vraag 3:

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

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

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

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

Verkort antwoord:

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

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

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

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

3.3 Reflexwerking hangt nauw samen met verdragsconforme uitleg van nationale bepalingen.⁷⁷ Bij beide gaat het erom dat de Staat wordt vermoed zijn volkenrechtelijke verplichtingen te willen nakomen. Dat vermoeden brengt mee dat een norm van nationaal recht moet worden uitgelegd en toegepast op een manier waarmee de Staat aan zijn internationaalrechtelijke verplichtingen voldoet.⁷⁸ Reflexwerking is voorts daarop gebaseerd dat een verdrag dat door de Staten-Generaal is goedgekeurd en waaraan de regering het Koninkrijk heeft gebonden, betekenis kan hebben voor de vaststelling van het in Nederland le-

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

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

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

vende rechtsbewustzijn.⁷⁹ In een arrest van 16 november 1990 overwoog de Hoge Raad in dit verband dat de Nederlandse rechter het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet.⁸⁰ Een ander voorbeeld daarvan is te vinden in de beschikking in de zaak *Martijn*, waarin de Hoge Raad overwoog dat het bepaalde in artikel 2:20 BW moet worden uitgelegd “in het licht van” de artikelen (7 en 8 Gw en) 10 en 11 EVRM.⁸¹ Fleuren toont aan dat het beginsel dat het Nederlandse recht zoveel mogelijk zo moet worden uitgelegd dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet, zowel geldt voor het geschreven als het ongeschreven recht en ongeacht of het geschreven recht is vervat in eenieder verbindende bepalingen.⁸² Hij wijst er in dat verband ook op dat er vele verdragen zijn die niet de rechtspositie van de burger raken, maar wel door bestuursorganen moeten worden uitgevoerd, zoals verdragen op het terrein van ontwikkelingssamenwerking of technologische of militaire samenwerkingsverdragen.⁸³ Fleuren noemt dan ook “de gemeenplaats dat de burger in rechte geen beroep kan doen op bepalingen die een ieder verbindende kracht missen” misleidend.⁸⁴ Ortlep wijst er daarbij op dat het feit dat een bepaling niet eenieder verbindend is, alleen tot gevolg heeft dat de naleving daarvan niet met een rechtstreeks beroep op die bepaling bij de rechter kan worden afgedwongen.⁸⁵

3.4 Op het eerste gezicht zijn er bij die reflexwerking wel (constitutionele) vragen te stellen: de artikelen 93 en 94 Gw beperken immers de doorwerking van het supranationale recht en die beperking wordt in zekere zin omzeild indien niet-rechtstreeks werkende bepalingen via de achterdeur van een open norm worden binnen gehaald.⁸⁶ Volgens Fleuren echter laat zich aan de hand van “een karrenvracht aan rechtspraak en jurisprudentie” illustreren dat de

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

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

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

⁸² Fleuren, (diss.), nr. 294.

⁸³ Fleuren, (diss.), nr. 291.

⁸⁴ Fleuren, (diss.), nr. 295.

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

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

rechter bevoegd en soms gehouden is om het nationaal recht uit te leggen en toe te passen in het licht van het internationaal recht.⁸⁷ Daarbij is van belang in het oog te houden dat de directe werking van een bepaling van belang is indien de rechter een wettelijk voorschrift buiten toepassing wil laten of onverbindend wil verklaren op grond van artikel 94 Gw. In dat geval wordt die rechtstreeks werkende bepaling zelf toegepast. Bij verdragsconforme uitleg van een nationale bepaling, is het die nationale bepaling die wordt toegepast en wordt ingevuld door het supranationale recht.⁸⁸ In gevallen zoals die van Urgenda gaat het niet zozeer om het buiten toepassing laten van nationale wetgeving op grond van niet rechtstreeks werkend supranationaal recht, maar gaat het om de invulling van een zorgplicht van (meestal) de Staat aan de hand van supranationale normen.⁸⁹

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

3.6 Het Gerechtshof Den Haag koos in de Urgenda-zaak een andere ingang dan de rechtbank, en paste de (rechtstreeks werkende) artikelen 2 en 8 EVRM toe.⁹¹ Daarmee kwam het hof niet toe aan de manier waarop de rechtbank reflexwerking had toegekend aan niet rechtstreeks werkende supranationale normen. Het Gerechtshof Den Haag overwoog echter in een later arrest van 7 mei 2019, dat betrekking had op de luchtkwaliteit, met betrekking tot WHO-richtwaarden, dat dit richtsnoeren zijn die de Staat niet binden, maar dat wel mogelijk is dat deze richtsnoeren een wetenschappelijke consensus weerspiegelen en dat zij in zoverre een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de Staat heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2 en 8 EVRM.⁹² Dat arrest maakt duidelijk dat ook bij de invulling van de uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende zorgplichten geput moet worden uit bepalingen die zelf niet rechtstreeks werkend zijn. Ook dat is een vorm van reflexwerking.⁹³

3.7 Interessant in dit verband is nog het arrest van de Hoge Raad 12 oktober 2012, waarin de vraag aan de orde was of er een zorgplicht van de Staat bestaat

⁸⁷ J.W.A. Fleuren, *NJB* 2019/475.

⁸⁸ Fleuren (diss), nr. 295.

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

⁹⁰ Keus, a.w., p. 270.

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

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

⁹³ Vgl. Besselink, a.w., p. 3081.

ten aanzien van uitgeprocedeerde minderjarige kinderen en hoever die strekt.⁹⁴ De Hoge Raad overweegt in dat arrest onder meer dat het oordeel van het hof ten aanzien van de zorgplicht “steun (vindt) in de rechtspraak van het EHRM, de aan de Opvangrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn ten grondslag liggende beginselen en het op grond van het ESH ingenomen standpunt van het ECSR en Comité van Ministers”. Ook die formulering laat ruimte voor de invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm door niet rechtstreeks werkend supranationaal recht, waaronder dus ook de aan de genoemde richtlijnen ten grondslag liggende beginselen.⁹⁵

Vraag 4:

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

Verkort antwoord:

Dat is sterk afhankelijk van de inhoud van die grondrechten | fundamentele rechten. Ik bespreek deze vraag samen met vraag 5.

Vraag 5:

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

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

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

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

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

voortvloeit uit die taakverdeling tussen het EHRM en de lidstaten, brengt het bestaan van een “margin of appreciation” in die relatie niet noodzakelijkerwijs mee dat de nationale rechter ook terughoudender aan de bepalingen van het EVRM moet toetsen.⁹⁷ Het automatisch vertalen van de margin of appreciation naar de nationale verhouding tussen rechter en bestuur is volgens Gerards dan ook een “verkeerd gebruik van de doctrine van het Hof”.⁹⁸ Omgekeerd, wanneer het EHRM oordeelt dat er geen of weinig “margin of appreciation” is, bestaat er voor de nationale rechter niet veel ruimte om wel veel beleids- of beoordelingsvrijheid tot te kennen.⁹⁹

5.2 In de praktijk zal echter, indien supranationale bepalingen de verdragstaten een “margin of appreciation” geven, de (nationale) rechter een stap terug doen.¹⁰⁰ Indien de bepalingen geen “margin of appreciation” toelaten, zal de rechter vol kunnen toetsten. Zo staat bij de artikelen 2, 3 en 4 EVRM het fundamentele karakter van die bepalingen eraan in de weg dat er een “margin of appreciation” wordt toegepast.¹⁰¹ Ook voor de nationale rechter lijkt daar op het eerste gezicht weinig ruimte voor een marginale of terughoudende toetsing. Het recht op leven bijvoorbeeld lijkt geen beleidsmatige afweging toe te laten. Toch is ook daar wel een kanttekening bij te plaatsen. Indien bijvoorbeeld het openbaar ministerie (de Staat) onderzoek doet naar een incident dat de dood tot gevolg heeft gehad en invulling geeft aan de positieve verplichting van artikel 2 EVRM, zal hem bij de invulling van dat onderzoek wel degelijk beleidsvrijheid toekomen.¹⁰² Een (ander) voorbeeld van een situatie zonder “margin of appreciation” is te vinden in het *SGP*-arrest, waarin de Hoge Raad met betrekking tot het rechtstreeks werkende artikel 7 onder c van het Vrouwenverdrag overwoog dat de Staat de verplichting heeft te verzekeren dat politieke partijen vrouwen niet alleen als lid toelaten, maar ook toelaten tot de kandidaatstelling

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

⁹⁸ J.H. Gerards, a.w., achter 1.3.3.

⁹⁹ J.H. Gerards, a.w., achter 1.4.4.7.

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

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

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

zelf, en daaraan toevoegde: “op dit punt laat het Vrouwenverdrag de Staat geen beleidsvrijheid.”¹⁰³ Er zijn meer voorbeelden te vinden van gevallen waarin de wetgever wel een “margin of appreciation” heeft en soms zelfs een “wide margin of appreciation”. Zo toetste de Hoge Raad in het *Binnenvaart*-arrest of artikel 8:983 lid 1 BW voldeed aan het vereiste van fair balance dat voortvloeit uit artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM en oordeelde hij – in navolging overigens van het EHRM – dat de wetgever een “wide margin of appreciation” toekomt. Er moet wel iets bijzonders aan de hand zijn als de rechter oordeelt dat een dergelijke “*wide* margin of appreciation” is overschreden. Het belang van het bestaan van een “margin of appreciation” blijkt ook uit het arrest *NVV / Staat*, waarin de Hoge Raad tamelijk uitvoerig uitwerkt welke omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van strijd met artikel 1 EP.¹⁰⁴

5.3 Ook artikel 8 EVRM laat de verdragstaten een “margin of appreciation” die tot een terughoudender toets door de nationale rechter kan leiden. Zo oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de ontruimingsbevoegdheid van kraakpanden dat de Nederlandse wetgever “binnen de grenzen van de hem toekomende ‘margin of appreciation’, in overeenstemming met art. 8 lid 2 EVRM (heeft) kunnen oordelen dat deze ontruimingsbevoegdheid een legitiem doel dient en in een democratische samenleving noodzakelijk is.”¹⁰⁵ Ook het hof Den Haag nam in het arrest in de zaak *Urgenda* tot uitgangspunt bij zijn omschrijving van de reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM dat de Staat bij de keuze van de maatregelen om aan zijn positieve verplichtingen te voldoen een “wide margin of appreciation” heeft.¹⁰⁶

5.4 In het arrest van 22 december 2006 benadrukte de Hoge Raad het voor de mate van beleidsvrijheid relevante verschil tussen de positieve en de negatieve verplichtingen uit artikel 8 EVRM.¹⁰⁷ Indien immers wordt onderzocht of is voldaan aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM

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

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

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

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

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

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

Vraag 6:

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

Verkort antwoord:

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

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

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

6.3 In principe kan de rechter de overheid een bevel of verbod opleggen indien er op de overheid een rechtsplicht rust iets te doen of iets na te laten. De vraag of een dergelijke rechtsplicht bestaat hangt op zichzelf ook weer samen

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

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

met het bestaan van beleids- en beoordelingsvrijheid. Indien een op de overheid rustende bevoegdheid of een verplichting het betrokken overheidslichaam veel beleidsvrijheid geeft, zal er minder snel een eenduidige, door de rechter te bepalen rechtsplicht bestaan waarvan de nakoming kan worden afgedwongen.

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

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

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

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

6.7 De scheiding der machten brengt verder mee dat de rechter de overheid niet kan dwingen tot wetgeving.¹¹³ In het arrest van 21 maart 2003 plaatste de Hoge Raad dat oordeel nadrukkelijk in het kader van de ‘op de Grondwet berus-

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

¹¹¹ HR 6 februari 2004, *NJ* 2004, 329.

¹¹² HR 10 september 1999, *RvdW* 1999, 122.

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

tende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen' waaruit volgt dat de rechter 'niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming'.¹¹⁴ De Hoge Raad voegde daaraan toe dat dit uitgangspunt ook geldt indien het met de wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Dat laatste is belangrijk omdat daaruit volgt dat dus zelfs indien het gaat om de nakoming van een unierechtelijke verplichting tot implementatie van een richtlijn, over welke verplichting kennelijk niet veel discussie bestond, de rechter geen (wetgevings)bevel kan geven. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 1 oktober 2004 bevestigd dat deze regel uit *Waterpakt* ook geldt voor het intrekken van provinciale verordeningen aangezien het intrekken van een verordening geschiedt door het vaststellen van een verordening tot intrekking van de eerder vastgestelde verordening.¹¹⁵

6.8 Ook uit het *SGP*-arrest blijkt dat de rechter een stap terug moet doen indien een nadere afweging van belangen moet gemaakt die "in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd."¹¹⁶ Ook uit het *kernwapens*-arrest blijkt dat het niet tot de taak van de rechter behoort afwegingen van politieke aard te maken. Indien dergelijke afwegingen wel moeten worden gemaakt, zal dat er dus toe kunnen leiden dat de rechter geen concrete verplichting aan de Staat kan opleggen. De belastingkamer van de Hoge Raad overwoog het recent aldus dat de rechter terughoudendheid past bij het voorzien in een rechtstekort op stelselniveau waarbij de te maken keuzes niet voldoende duidelijk uit het stelsel van de wet zijn af te leiden.¹¹⁷

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

6.10 Het momenteel meest verstrekkende voorbeeld van gevallen waarin de overheid een concreet bevel is opgelegd, is zonder twijfel de reeds genoemde

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

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

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

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

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

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

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

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

België - Toetsing van het bestuurshandelen in het publiekrecht

Pieter-Jan Van de Weyer

Inleiding	64
Vraag 1 – Beginselen van behoorlijk bestuur in de toetsing van bestuurshandelen	65
Vraag 2 – Triggers voor een meer intensieve rechterlijke toetsing	70
Vraag 3 – Reflexwerking en vrijwillige adoptie	82
Vraag 4 – Grondrechten en de invloed op de rechterlijke toetsing	84
Vraag 5 – Omvang van de rechterlijke toetsing	89
Vraag 6 – Resultaat van de rechterlijke toetsing	91
Besluit	95

Inleiding

1. De bestuursrechtspraak in België wordt gekenmerkt door een zogenaamd jurisdictioneel pluralisme. Dit impliceert dat rechtsbescherming tegen bestuursoptreden zowel door de gewone (burgerlijke) rechtscolleges, als door bestuurlijke rechtscolleges wordt verleend. Bepalend is het voorwerp van de procedure. Conform art. 144 Gw. behoren geschillen over burgerlijke rechten uitsluitend tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechtscolleges. Geschillen over politieke rechten worden volgens art. 145 Gw. eveneens afgedaan door de burgerlijke rechter, behoudens evenwel de door de wetgever bepaalde uitzonderingen.

2. Naast het zogenaamde subjectief contentieux onderscheiden we een objectief contentieux waarin geen uitspraak wordt gedaan over subjectieve rechten, maar enkel over de wettigheid van bestuurshandelingen. Dit objectief contentieux situeert zich in beginsel bij bestuursrechters. We doelen dan in de eerste plaats op de rechtspraak van het hoogste bestuurlijke rechtscollege: de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. De laatste decennia werden echter verschillende bevoegdheden van de Raad van State afgesplitst en ondergebracht bij afzonderlijke administratieve rechtscolleges. Deze rechtscolleges werden zowel opgericht op federaal niveau (bijv. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, Kamer van Eerste Aanleg en Kamer van Beroep bij de DGECE enz.) als op deelstatelijk (Vlaams) niveau (bijv. Raad voor Vergunningsbetwistingen, Handhavingscollege).

Tegelijkertijd kan de wetgever ervoor opteren om geschillen die tot het objectief contentieux behoren aan gewone rechters toe te wijzen. Dit is bijvoorbeeld gebeurd voor (sommige) beslissingen van economische regulators, die enkel kunnen worden aangevochten bij de gespecialiseerde sectie Marktenhof van het Hof van Beroep te Brussel (voorheen de 18de kamer van het Hof van Beroep te Brussel).¹ GAS-boetes kunnen dan weer enkel worden aangevochten bij de politierechtbank of jeugdrechtbank.²

3. Hoewel de focus in dit rapport op de rechtspraak van bestuursrechters ligt, wordt waar relevant ook rekening gehouden met de toetsing van bestuurshandelen door gewone rechters.

¹ Het Marktenhof is zo doorheen de jaren een belangrijke actor geworden in het economisch bestuursrecht. In verschillende regelgevingen werden contentieux aan de Raad van State onttrokken en aan het Marktenhof toebedeeld. Zie hierover P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *TRNI* 2018, afl. 3, 155.

² Artikel 31 Gas-wet.

Vraag 1- Beginselen van behoorlijk bestuur in de toetsing van bestuurs-handelen

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?

4. Geïnspireerd door ontwikkelingen in het Nederlandse recht introduceerde L.P. Suetens in de jaren '70 het concept van de beginselen van behoorlijk bestuur in de Belgische rechtsorde.³ Deze evolutie werd voorafgegaan door een toename in bevoegdheden van de administratie bij de uitbouw van een volwaardige sociale verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog. De beginselen van behoorlijk bestuur moeten zo een behoorlijke bestuurlijke besluitvorming waarborgen en bijdragen aan de rechtsbescherming van burgers.⁴

5. Reeds voor de introductie van het concept konden in de rechtspraak toepassingen van de beginselen van behoorlijk bestuur worden gevonden. In de twee decennia na zijn oprichting introduceerde de Raad van State zo het redelijkheidsbeginsel in zijn toetsing van bestuursbeslissingen.⁵ Hoewel bestuursrechters steeds een voortrekkersrol hebben gespeeld, worden de beginselen van behoorlijk bestuur inmiddels ook ondubbelzinnig door de gewone rechters onderschreven en toegepast.⁶

6. Door de jaren heen is het scala aan beginselen waarmee een bestuurlijke overheid rekening dient te houden verder uitgebreid. Vaak wordt de opdeling gemaakt tussen procedurele beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, hoorrecht, formele motiveringsplicht, onpartijdigheidsbeginsel, fair play-beginsel) en inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur (gelijkheidsbeginsel, materiële motiveringsplicht, redelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel). Het spreekt voor zich dat deze indeling niet zuiver is: procedure maakt inhoud.

³ W. VAN GERVEN, W. en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 485.

⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Maklu, 2017, 46 e.v.

⁵ Voor de eerste maal gebruikt in het arrest Holemans (RvS 8 juni 1966, nr. 11865, Holemans.). Zie voor een bespreking van deze evolutie: D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 55.

⁶ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 346.

7. De lijst met beginselen is alleszins geen onveranderlijk gegeven. Zo bestaat er onduidelijkheid over de waarde van het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel als norm voor bestuurlijk optreden wordt in het Unierecht al langer gehanteerd in de context van overheidsopdrachten, concessies en vergunningverlening. De Raad van State lijkt uit te gaan van een ruimer toepassingsbereik, maar ontkent tegelijkertijd het bestaan van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁷ Het is bijgevolg twijfelachtig of er sprake is van een zelfstandige norm.⁸

8. Traditioneel werd er in (Belgische) rechtspraak en rechtsleer vanuit gegaan dat beginselen van behoorlijk bestuur in de hiërarchie der normen boven reglementaire besluiten stonden, maar steeds ondergeschikt waren aan formele wetgeving. Aan beginselen van behoorlijk bestuur kwam met andere woorden geen *contra legem*-werking toe.⁹

Algemene rechtsbeginselen worden doorgaans ingedeeld in beginselen van wettelijke waarde en beginselen van grondwettelijke waarde. Beginselen van wettelijke waarde staan hiërarchisch boven de uitvoeringsbesluiten van bestuurlijke overheden. Zij kunnen echter niet worden toegepast wanneer zij onverenigbaar zijn met de vaste wil van de wetgever. Beginselen van grondwettelijke waarde vullen, aldus Bossuyt, “de Grondwet aan, zijn onderliggend aan de Grondwet of zijn in de Grondwet vermeld en staan hiërarchisch boven de wet”.¹⁰ Beginselen van behoorlijk bestuur worden in deze tweedeling vervolgens onder de eerste categorie gerekend.

9. Het onderscheid tussen beginselen van wettelijke waarde en grondwettelijke waarde werd reeds door verschillende auteurs op de korrel genomen.¹¹ Ook aan beginselen van behoorlijk bestuur kan immers een *contra legem*-werking toekomen. Meestal wordt deze werking dan enkel toegeschreven aan de zogenaamde inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur. In dit verband

⁷ RvS 3 februari 2015, nr. 230.082, Vindevogel, §33; RvS 18 september 2014, nr. 228.402, Lecluyse, §15.1.

⁸ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 358 e.v.

⁹ Zie bijv. Arbitragehof 29 januari 1987, nr. 32, §B.c.3; Cass. 13 september 1989, AR 7724, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 32; RvS 28 november 2008, nr. 188.373, bvba Vuylsteke Tournai; RvS 24 september 2009, nr. 196.322, Pattyn.

¹⁰ A. BOSSUYT, “Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *TPR* 2004, (1589) 1644.

¹¹ P. POPELIER, “Hoofdstuk 1. Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 27 e.v.; S. LIERMAN en S. SOTTIAUX, *Publiekrecht. Deel I*, Leuven, Acco, 2016, 286 e.v.

vloeide er reeds heel wat inkt over de verhouding tussen het legaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.¹² Nochtans moet, o.m. onder invloed van art. 6 EVRM en art. 47 EU-Handvest, ook de wettelijke waarde van procedurele beginselen worden genuanceerd.

10. Zo verbindt het Belgische Grondwettelijk Hof de formele motiveringsplicht met het recht op een eerlijke rechtsbedeling, zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM. Sommige rechtsleer meent dat het Hof reeds hintte op de constitutionele waarde van deze verplichting in de “bestuurlijke lus-arresten”.¹³ Initieel liet de bestuurlijke lus – zowel op federaal als op Vlaams niveau – het toe dat een bestuurlijke overheid pas overging tot het motiveren van een beslissing in de context van een rechterlijke procedure. Dergelijk vormgebrek kon – zo was de redenering – nog perfect worden rechtgetrokken.

Het Grondwettelijk Hof bepaalde dat hiermee op discriminatoire wijze afbreuk werd gedaan aan het bij de wet van 29 juli 1991 gewaarborgde recht om onmiddellijk kennis te nemen van de motieven die de beslissing verantwoorden door de vermelding ervan in de handeling zelf. Voor de Vlaamse bestuurlijke lus speelde hierbij voornamelijk het argument van de bevoegdheidsverdelende regels, nu de Vlaamse decreetgever overging tot het verminderen van de in een federale wet voorziene rechtsbescherming.¹⁴ Hetzelfde argument kan niet opgaan voor de federale bestuurlijke lus. Het Grondwettelijk Hof maakt hier echter de koppeling tussen de uitdrukkelijke motiveringsplicht en het recht op toegang tot de rechter. Deze verplichting, die de bestuurde in staat moet stellen te beoordelen of er aanleiding bestaat de rechtsmiddelen aan te wenden waarover hij beschikt, zou haar doel voorbijschieten indien die bestuurde de motieven die de beslissing verantwoorden pas te weten kan komen nadat hij beroep heeft ingesteld.

¹² Zie bijv. P. POPELIER, “Het vertrouwensbeginsel versus het legaliteitsbeginsel. Het kalf is verdronken, maar wanneer dempt men de put?”, *TFR* 2013, 50; W. VANDENBRUWAENE, “Beginnelsen van behoorlijk bestuur: eindelijk grondwettelijke waarde”, *RW* 2010-11, 1093.

¹³ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014; GwH 16 juli 2015, 103/2015; GwH 29 oktober 2015, nr. 152/2015.

¹⁴ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, §B.9.4.: “Een gemeenschaps- of gewestwetgever zou, zonder de federale bevoegdheid ter zake te schenden, niet vermogen de bescherming die door de federale wetgeving aan de bestuurden wordt geboden te verminderen door de overheden die optreden in de aangelegenheden waarvoor hij bevoegd is, vrij te stellen van de toepassing van de voormelde wet of door die overheden toe te staan daarvan af te wijken (zie o.a. het arrest nr. 91/2013 van 13 juni 2013)”.

Ofschoon er beroep werd gedaan op de art. 10-11 Gw. – en een specifieke wet sowieso nooit afbreuk mag doen aan het gelijkheidsbeginsel bij het afwijken van een algemene wet of een algemeen beginsel, ongeacht het rechtskarakter van deze wet of dit beginsel – valt er, gelet op het algemene karakter van de bestuurlijke lus en de door het Hof gebruikte bewoordingen, inderdaad iets voor te zeggen dat het Hof in deze arresten de formele motiveringsplicht opwaardert.¹⁵

11. Sommige rechters gaan nog verder en leiden de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks af uit art. 6 EVRM. Een interessant voorbeeld biedt het Marktenhof. In een arrest van 13 december 2011 oordeelde dit rechtscollege ten aanzien van een administratieve sanctieprocedure nog dat er enkel rekening diende te worden gehouden met de (internrechtelijke) beginselen van behoorlijk bestuur. Enkele jaren later, echter, oordeelde het Marktenhof dat een administratieve sanctieprocedure wel degelijk onderworpen was aan de waarborgen van art. 6 EVRM: *“La Cour vérifera donc si, comme l’allèguent les requérants, les garanties du procès équitable prévues par l’article 6 de la CEDH ont été méconnues par la FSMA et dans l’affirmative, si cette méconnaissance atteint leur droit au procès équitable de façon irrémédiable, nonobstant leur recours de pleine juridiction”*. Schending van deze waarborgen resulteerde in de nietigheid van de aangenomen beslissing.¹⁶ Het Marktenhof maakte o.m. toepassing van het principe van de wapengelijkheid, een principe dat geen deel uitmaakt van de beginselen van behoorlijk bestuur (§206 e.v.).

In dezelfde lijn ligt een arrest van 18 december 2012 waarin het Marktenhof tot een schending van de onpartijdigheidseis besliste, hoewel het bestuursorgaan zich aan de wettelijke procedure had gehouden.¹⁷ Meer bepaald was er sprake

¹⁵ De afwijking van de formele motiveringsplicht had hier immers geen betrekking op specifieke groepen of personen. Bovendien maakte het Grondwettelijk Hof geen gebruik van de traditionele criteria van de discriminatietoets. Zie S. DE SOMER, “Heeft de formele motiveringsplicht, zoals gewaarborgd door de Wet Motivering Bestuurshandelingen, grondwettelijke waarde?”, *CDPK* 2016, (59) 66. Sowieso moet ook rekening worden gehouden met art. 6, lid 9 van het Verdrag van Aarhus dat bepaalt dat een overheidsbesluit toegankelijk dient te worden gemaakt voor het publiek, tezamen met de redenen en overwegingen waarop het besluit is gebaseerd.

¹⁶ Brussel 24 september 2015, nr. 2013/SF/3,5 en 6, *DAOR* 2015, afl. 4, 48, §119. Hoewel de FSMA aanvoerde enkel aan de beginselen van behoorlijk bestuur onderworpen te zijn, had het in het gewraakte besluit zelf reeds aangegeven dat het zich gehouden achtte om *“par effet de ricochet”* de fundamentele aspecten van het recht op een eerlijk proces te eerbiedigen (§113).

¹⁷ Brussel 18 december 2012, nr. 2011/AR/976. Zie hierover ook E. SLAUTSKY, “Sanctions administratives et principe d’impartialité: vers une séparation des fonctions de

van een door de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (CREG) aan de NV Electrabel opgelegde bestuurlijke geldboete wegens het niet overmaken van informatie. Deze informatie was opgevraagd in het kader van de berekening door de CREG van de nucleaire rente.¹⁸ Een eerdere gepubliceerde studie van de CREG naar de exploitatiekosten van nucleaire installaties en de monopoliewinsten in dit verband was sterk bekritiseerd door Electrabel. De opgevraagde informatie moesten de resultaten van de studie bevestigen. Voor het Marktenhof beriep Electrabel zich o.m. op een schending van de objectieve onpartijdigheid omdat, enerzijds, de CREG in de kwestie van de nucleaire rente tegelijkertijd rechter en partij was en, anderzijds, de CREG bij het opleggen van een bestuurlijke geldboete de functies van vervolging, onderzoek en sanctionering combineerde.

Wat het eerste punt betreft stelde het Marktenhof vast dat de informatie door de CREG pas opgevraagd werd nadat de eerste studie publiek was gemaakt en er zich reeds een publieke discussie tussen de CREG en Electrabel had ontsponnen. Hierdoor kreeg de CREG een eigen belang in de zaak. Volgens het Marktenhof verzette de vereiste van objectieve onpartijdigheid er zich dan ook tegen dat de CREG nog een bestuurlijke geldboete zou opleggen. Het argument van de continuïteit van de openbare dienst kon in deze niet worden ingeroepen.

12. De Raad van State, daarentegen, aanvaardt de grondwettelijke waarde van de procedurele beginselen van behoorlijk bestuur niet. Zo betreft het vaste rechtspraak dat de toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel niet tot gevolg mag hebben dat het nemen van een regelmatige beslissing wordt verhinderd, met name doordat dit beginsel het optreden van het beslissend orgaan van actief bestuur onmogelijk zou maken. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen aldus geen afbreuk doen aan het continuïteitsbeginsel.¹⁹ Eenzelfde geluid horen we bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen.²⁰ In de Engelse rechtslite-

poursuite, d'instruction et de sanction au sein des régulateurs fédéraux des industries de réseau ?", *TRNI* 2018, afl. 1, 2.

¹⁸ Dit betreft een belasting die door elektriciteitsproducenten wordt bepaald in ruil voor het langer openhouden van de kerncentrales te Doel en Tihange.

¹⁹ RvS 7 februari 2019, nr. 243.638, Roosebrouck. Zie ook I. OPDEBEEK, "Het onpartijdigheidsbeginsel in het omgevingsrecht. Over Gecoro's, Uplace, 't Fornuis, de "paaitaks" en andere dozen van Pandora" in I. OPDEBEEK, S. RUTTEN, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, Die Keure, 2018, (341) 346-347.

²⁰ RvVb 15 januari 2019, nr. RvVb-A-1819-0488, Creve.

ratuur wordt evenwel betwijfeld of zulke “*doctrine of necessity*” nog wel verenigbaar is met art. 6 EVRM.²¹

Vraag 2 - Triggers voor een meer intensieve rechterlijke toetsing

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?

13. Het kader dat de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen bepaalt, is dat van de scheiding der machten. Een rechter dient het bestuur dus te controleren, maar kan nooit op diens stoel gaan zitten. Wat de interpretatie van de wet of de vaststelling van de feiten betreft, kan een rechter in principe overgaan tot een volle toetsing.²² Wat betreft de toepassing van de wet op de feiten en de controle van de proportionaliteit van een beslissing voorziet de traditionele zienswijze dat gebonden bevoegdheden vol en discretionaire bevoegdheden marginaal worden getoetst (kennelijke onredelijkheidstoets).²³ Of er sprake is van een gebonden of discretionaire bevoegdheid is dan afhankelijk van de vraag of een bestuur in een bepaalde casus een appreciatiemarge bezit. In sommige gevallen gaat een rechter die zich moet uitspreken over discretionaire bestuursbeslissingen evenwel verder dan een kennelijke onredelijkheidstoets en maakt het gebruik van een volle redelijkheidstoets.

14. Een kennelijke onredelijkheidstest mag niet aanzien worden als een toegift die bestuurlijke overheden zou toelaten om “een beetje” onrechtmatig te handelen.²⁴ In recentere rechtspraak wijzen bepaalde kamers van de Raad van

²¹ Op grond van deze doctrine kan het onpartijdigheidsbeginsel niet worden ingeroepen tegen een bepaald persoon wanneer volgens de wetgeving niemand anders bevoegd is om op te treden. In het andere geval zou het bestuursapparaat immers kunnen worden lamgelegd. Zie H.W.R. WADE en C.F. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 395.

²² In sommige arresten maakt de Raad van State gewag van een marginale toetsing t.a.v. de feiten: “dat de Raad van State op het vlak van het bewijs van de feiten slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt, in die zin dat hij niet in de plaats van het bestuur kan beslissen of de feitelijke gegevens waarop het bestuur zich baseert afdoende bewezen zijn, maar dat hij enkel moet nagaan of het bestuur, met de gegevens die hem voorlagen, in redelijkheid de feiten voor bewezen kon houden” (RvS 14 september 2004, nr. 134.858, Vervaeke, §2.5.2.2. Zie ook RvS 19 september 2005, nr. nr. 149.026, Roos, §5.3.2.1.). Vermoedelijk gaat het hier om een ongelukkige formulering waarbij de fase van feitenvaststelling en de fase van feitenkwalificatie door elkaar worden gehaald.

²³ R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 266.

²⁴ RvS 10 juli 2012, nr. 220.242-3, Universiteit Gent, §7.1.; Zie tevens RvS 28 oktober

State de noties “marginale toetsing of “kennelijke onredelijkheid” om deze reden van de hand.²⁵ Het onderscheid tussen een volle redelijkheidstest en een kennelijke onredelijkheidstest is m.i. echter niet zonder waarde. Het verschil is er echter niet zozeer een van gradatie, als wel van evidentie.

Onder kennelijke onredelijkheidstoets verstaan wij een toetsing die wordt gekenmerkt door een extern referentiekader. Het afwegingskader van het bestuur wordt hierbij als het ware overgenomen als eigen toetsingskader. De onredelijkheid vloeit voort uit hetzij een inconsistentie tussen de feiten en de bestuursbeslissing, hetzij een inconsistentie tussen een eerder door de overheid gestelde gedraging en de uiteindelijke bestuursbeslissing.²⁶ Bij een volle redelijkheidstest wordt aanvaard dat een rechter zijn persoonlijk oordeel over wat redelijk is in de plaats kan stellen van het bestuursorgaan.²⁷

15. Ook wanneer een kennelijke onredelijkheidstest, en dus een extern beoordelingskader, wordt gehanteerd, hoeft een rechter zich echter niet noodzakelijk al te terughoudend op te stellen. Integendeel, door de bestuursbeslissing te confronteren met de eigen beslissingspraktijk van het betrokken bestuur en met de beslissingspraktijk van andere besturen kan een rechter zich laten gelden, echter zonder dat er sprake is van een schending van de scheiding der machten. Illustratief hierbij is de Tetra Laval-rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat een rechter de beoordelingsmarge van het bestuur diende te respecteren, betekende, aldus het Hof van Justitie, niet dat hij zich kon beperken tot het controleren van de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan. De rechter moest ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormden voor de beoordeling van een complexe toestand en de daaruit getrokken conclusies konden schragen.²⁸

16. De rechtspraak van het Marktenhof, bijvoorbeeld, toont dat de hier uitgevoerde toetsing over het algemeen inderdaad niet vrijblijvend is. In enkele gevallen wordt overigens – zij het impliciet – naar de Tetra Laval-rechtspraak van het EU Hof van Justitie verwezen. Wanneer de regulator over een discretionaire beslissingsbevoegdheid beschikt, zal hij zijn beslissing dus steeds omstandig

2013, nr. 225.271, Dewil, §10; RvS 5 juli 2007, nr. 173.232, Dendooven.

²⁵ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 389. Het gaat o.m. om de negende en twaalfde kamer: RvS 23 augustus 2016, nr. 235.630, Durgun, §18-21; RvS 29 juli 2014, nr. 228.130, bvba HS-Trading.

²⁶ Zie bijv. Marktenhof 27 juni 2018, nr. 2018/MR/1, § 36 e.v. Zie ook D. LAGASSE, *L’erreur manifeste d’appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 374.

²⁷ Zie ook J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, TPR 1977, 208.

²⁸ HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Commissie/Tetra Laval, §39.

dienen te motiveren, waarbij aangegeven wordt welke feiten en belangen werden meegewogen, welke waarde hier aan werd toebedeeld en hoe deze feiten en belangen de uiteindelijke beslissing kunnen schragen.²⁹

Illustratief is de vergelijking van de rechtspraak van het Marktenhof ten aanzien van beslissingen van de CREG met de vroegere rechtspraak van de Raad van State ter zake. Beide rechtscolleges refereren aan een kennelijke onredelijkheidstoets. Niettemin blijkt uit een onderzoek van het Rekenhof dat het Marktenhof zich strenger opstelt. Op het ogenblik van de overheveling van de bevoegdheid in 2005 had de Raad van State slechts één beroep ingewilligd en 31 beroepen verworpen of onontvankelijk verklaard. In 273 zaken deed de tegenpartij afstand van het geding. Op het moment van het onderzoek van het Rekenhof had het Marktenhof 76 beroepen ingewilligd, 13 verworpen en was in 196 zaken afstand van geding gedaan.³⁰

17. Een ander voorbeeld vinden we in het annulatiecontentieux van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wanneer het zich uitspreekt over de impact van een bestuursbeslissing op fundamentele rechten en vrijheden (zie *infra*).

18. Vaak is het tevergeefs zoeken naar een verantwoording waarom een rechter naar een meer of minder terughoudende toetsing neigt. Zo is het vaste rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen dat een bestuurlijke overheid over een zekere appreciatiebevoegdheid beschikt bij de beoordeling van het bestaan van een (weerlegbaar) vermoeden van vergunning van constructies, opgericht tussen de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet (dd. 22 april 1962) en de vaststelling van de gewestelijke bestemmingsplannen.³¹ Bij de aanvraag van een stedenbouwkundige vergunning in deze periode was enige afweging aan de hand van de bestemming onmogelijk, nu niemand wist in welke zone zou worden gebouwd. Onregelmatigheden waren niet zelden het gevolg van het ondoorzichtig juridisch imbroglio. Om eigenaars van constructies opgericht in deze periode rechtszekerheid te bieden, introduceerde de decreetgever een weerlegbaar vermoeden van vergunning. Het vergund karakter kan enkel worden tegengesproken middels een proces-verbaal of een niet-anoniem bezwaarschrift, telkens opgesteld binnen een termijn van vijf jaar na het op-

²⁹ L. DE DEYNE, *Markttoezicht in de energiesector: over onafhankelijkheid en verantwoordingsplicht van energieregulators*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 693.

³⁰ REKENHOF, “Verslag van het Rekenhof aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers: Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 47.

³¹ RvVb 29 januari 2019, nr. RvVb-A-1819-0550, Hermans; RvVb 21 november 2017, nr. RvVb/A/1718/0265, Partner nv.

trekken of plaatsen van de constructie.

Het is onduidelijk waarin deze appreciatiebevoegdheid zou schuilen. In tegenstelling tot een vergunningsaanvraag vindt er in dit kader immers geen toetsing plaats aan de goede ruimtelijke ordening.³² De overheid dient enkel over te gaan tot een waardering van het aanwezige bewijsmateriaal m.b.t. de oprichting van een constructie of het al dan niet bestaan van een PV of niet-anoniem bezwaarschrift. Deze waardering kan perfect ook door een rechter gebeuren.

19. Dit gebrek aan transparantie en de afwezigheid van theorievorming komt ook de consistentie in de rechtspraak niet ten goede. Rechtspraakonderzoek van het Marktenhof in bestuurlijke sanctieprocedures wijst uit dat soms gebruik wordt gemaakt van een kennelijke onredelijkheidstest, dan weer van een volle redelijkheidstoets, en dit in schijnbaar gelijkaardige zaken.³³

20. In wat volgt proberen we niettemin enkele factoren die kunnen nopen tot een meer intensieve, al dan niet volle, toetsing te identificeren. Het gaat dan meer bepaald om een recalcitrante overheid, de aanwezigheid van fundamentele rechten en vrijheden en de invloed van supranationale normen.

21. RECALCITRANTE OVERHEID. In een opeenvolging van schorsings- of vernietigingsarresten is een bestuursrechter soms geneigd om een initieel ruime appreciatiemarge van de overheid danig in te perken. Doorheen de (opeenvolging van) rechterlijke beslissing(en) worden de grenzen van een discretionaire bevoegdheid zo steeds scherper gesteld. Illustratief is een reeks arresten van de Raad van State waarbij tot vijfmaal werd overgegaan tot de schorsing van een C-attest op grond van een onvoldoende motivering. In zijn laatste arrest van 13 november 2012 verplichtte de Raad van State de school tot toekenning van een A-attest, op straffe van een dwangsom. Daarop kende de klassenraad de betrokken leerlinge finaal een A-attest toe. Zoals Vandaele terecht aangeeft kan het herhaaldelijke falen om een beslissing afdoende te motiveren een onredelijkheid manifest maken.³⁴

Opmerkelijk is dat het Hof van Beroep te Antwerpen enkele jaren later de fout van de klassenraad bij de toekenning van het C-attest afwees. Op zich is het niet abnormaal dat een rechter die ten gronde uitspraak doet, afwijkt van een prima facie-beoordeling die gemaakt werd in het kader van een schorsingsprocedure.

³² Lobelle heeft het terecht over een gebonden bestuursbevoegdheid. Zie F. LOBELLE, "Het vermoeden van vergunning, slechts één te bewandelen pad?", *TOO* 2018, (341) 343.

³³ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *TRNI* 2018, afl. 3, 155.

³⁴ A.-S. VANDAELE, "De aanhouder wint? Een A-attest onder dwang(som)", *CDPK* 2013, (275) 282.

Zoals het Hof van Beroep zelf aangeeft is een schorsingsbeslissing niet bindend en kan dit enkel gelden als een feitelijk vermoeden van een fout. Echter ook los van het andere type van procedure was er sprake van een verschillende waardering van de voorliggende casus. Het Hof beperkte zich immers niet tot het louter afhouden van de burgerrechtelijke schadeclaim, maar deelt ook nog een sneer uit: “dat het niet de taak is van de Raad van State om zijn eigen opvattingen over het al dan niet slagen van een leerling te substitueren aan die van de op dat vlak autonome [klassenraad]”. Het Hof van Beroep lijkt met andere woorden aan te geven dat de Raad van State te ver ging in zijn toetsing.

De verschillende waardering valt echter tot op zeker hoogte te begrijpen, nu de omstandigheden waarin deze rechtscolleges uitspraak deden sterk verschilden. In het kader van de kort geding-procedure bij de Raad van State was er sprake van tijdsdruk: na wat gerust een proceduremarathon genoemd kan worden – het ging reeds om de vijfde schorsingsprocedure (vier eerdere C-attesten werden geschorst en door de klassenraad ingetrokken) – riskeerde de student een studiejaar te verliezen.³⁵

22. Een vergelijkbare casus vinden we in het asiel- en migratierecht waar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) in het najaar van 2016 de Belgische overheid in het kader van een schorsingsprocedure verplichtte om de verzoeker een humanitair visum kort verblijf af te geven. Deze uitspraak veroorzaakte heel wat beroering. Uit politieke hoek kwam het verwijt van een ‘*gouvernement des juges*’³⁶. Het klopt dat de overheid bij het toekennen van een visum geacht wordt te beschikken over een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid. In principe kan een rechter zich dan ook niet in de plaats stellen van de Belgische overheid.³⁷

De omstandigheden in dit arrest waren evenwel specifiek. Het humanitair visum was aangevraagd door een gezin uit Aleppo op grond van art. 25 Visumcode. Zij wezen hierbij op de levensbedreigende situatie in Aleppo en het reële risico op een schending van art. 3 EVRM. De RvV had in dezelfde zaak reeds tweemaal tot de schorsing bij UDN besloten wegens schending van de formele motiveringsplicht en tweemaal werd door de overheid eenzelfde beslissing genomen. De RvV was van oordeel dat de overheid onvoldoende rekening hield

³⁵ Zie hierover ook P. GILLAERTS, J. LIEVENS en P.-J. VAN DE WEYER, “Verschillende beoordelings(g)raden: hoe een C-attest toch een A-attest wordt zonder schadevergoeding”, *TJK* 2018, 328.

³⁶ D. BAUWENS, “De Wever: ‘Als een rechter wetten wil maken, moet hij op een lijst gaan staan’”, *De Morgen* 9 december 2016.

³⁷ A. DECLERCQ, “Het humanitair visum: balanceren tussen soevereine migratiecontrole en respect voor mensenrechten”, *T.Vreemd.* 2017, afl. 2, (118) 120.

met de door de verzoekers aangebrachte elementen. Gelet op het imminente gevaar waarin de verzoekers zich bevonden, het feit dat de overheid reeds tweemaal het gezag van gewijsde van de arresten van de RvV had miskend en het belang van het waarborgen van een effectief rechtsmiddel, achtte de RvV het verantwoord om de overheid te verplichten binnen de 48 uur een visum voor drie maanden af te geven.³⁸

23. FUNDAMENTELE RECHTEN EN VRIJHEDEN. Ook de aanwezigheid van fundamentele rechten en vrijheden kan een verdergaande toetsing verantwoorden (zie hierna vraag 4).

24. SUPRANATIONALE REGELGEVING. Tot slot moet rekening worden gehouden met de invloed van supranationale regelgeving, in het bijzonder het recht op een eerlijk proces zoals beschermd in art. 6 EVRM en art. 47 EU-Handvest.³⁹ Reeds in 1975 bepaalde het EHRM dat de toegang tot een rechter geen *voorwaarde voor*, maar een *gevolg van* de toepassing van art. 6 EVRM was.⁴⁰ Niet elke rechterlijke toetsing zal echter noodzakelijkerwijze voldoen aan de vereisten van art. 6 EVRM. Het EHRM leidt uit deze bepaling immers af dat de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen een toezicht met volle rechtsmacht ("*pleine juridiction*", "*full jurisdiction*") moet zijn. Hieronder verstaat het Hof: "[L]e pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur".⁴¹

25. In praktijk bestaat er enige onduidelijkheid omtrent de concrete invloed van deze supranationale normen op het traditionele toetsingskader. Sommige rechtsleer gaat zo ver om te argumenteren dat een rechter in beginsel gehouden is tot een opportuniteitstoets.⁴² De rechtspraak stelt zich over het algemeen bevestigend terughoudender op en houdt vast aan het klassieke binaire schema. Volgens het Grondwettelijk Hof vereist noch art. 6 EVRM, noch art. 144 Gw., dat de opportuniteit van een bestuurshandeling aan de controle van de rechter kan worden onderworpen.⁴³

³⁸ RvV 20 oktober 2016, nr. 176.577. Zie ook RvV 15 maart 2016, nr. 164.152.

³⁹ Artikel 6 EVRM is van toepassing op geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen en strafvervolgingen. Art. 47 EU-Handvest vindt toepassing in geschillen over door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden

⁴⁰ EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, Golder/Verenigd Koninkrijk, §28 e.v.

⁴¹ EHRM 23 oktober 1995, nr. 15523/89, Schmautzer/Oostenrijk, §36. Het betreft inmiddels vaste rechtspraak.

⁴² A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen. De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 46 e.v.

⁴³ Arbitragehof 28 maart 2002, nr. 57/2002, §B.12.2.

26. Het Hof van Cassatie oordeelt op zijn beurt consequent dat art. 6 EVRM niet vereist dat in het kader van een discretionaire bevoegdheid een volledige rechterlijke toetsing wordt gehanteerd.⁴⁴ In het Jaarverslag van het Hof van Cassatie van 2004 wordt hierbij goedkeurend verwezen naar een arrest van de Raad van State van 1 december 1987 m.b.t. een tuchtprocedure waarin de rechtsgeldigheid van een marginale toetsing expliciet wordt bevestigd.

27. En ook de Raad van State acht een kennelijke onredelijkheidstoets in het kader van discretionaire bevoegdheden perfect verzoenbaar met art. 6 EVRM. In een arrest van 1 december 1987 sprak de Raad van State zich uit over de intrekking van enkele vervoersvergunningen: “dat het beroep bij de Raad van State voldoet aan die definitie, aangezien de Raad van State, hoewel hij als rechter in laatste instantie van de handelingen van de administratieve overheden niet vermag zijn beslissing in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid, toch bij de uitoefening van zijn controle kan nagaan, zoals vereist door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens [...] of de rechtens vereiste feitelijke grondslag van de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissingen aanwezig is en of de bestuurlijke sanctie evenredig is met de vastgestelde feiten; dat, ook al houdt zulks ten aanzien van de discretionaire bevoegdheid van de bestuursoverheid slechts een marginale en niet een volledige rechterlijke toetsing in, de rechtsbescherming welke de Raad van State verleent, beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, lid 1, aangezien het Europees Hof aanneemt dat, waar de overheid over een ruime beoordelingsmacht beschikt, een volledige rechterlijke toetsing uiteraard niet goed denkbaar is”.⁴⁵

28. Uit recentere rechtspraak blijkt dat sommige kamers van de Raad van State opteren voor een wijziging van terminologie en niet langer spreken over een marginale toetsing of een *kennelijke* onredelijkheid. Bestuursbeslissingen zijn dan redelijk of onredelijk. Hiermee wil het vermijden de indruk te wekken dat bestuurlijk optreden wel “een beetje” onredelijk mag zijn. Dit wil echter niet zeggen dat de aard van de rechterlijke toetsing is veranderd. Zo bevestigt de Raad van State dat bij aanwezigheid van een beoordelingsruimte “de rechter niet de plaats inneemt van de overheid die hij controleert; dat hij zich niet een eigen oordeel mag vormen over wat volgens zijn inschatting de ‘meest’ of ‘gepast’ redelijke beslissing is in een gegeven geval en waarna hij het bestuur tot de

⁴⁴ I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART en S. LIERMAN (eds.), *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2004*, 209.

⁴⁵ RvS 1 december 1987, nr. 28.938, pvba Lambregts Transportbedrijf, RW 1987-88, 880. Zie tevens RvS 29 juni 2006, nr. 160.761, Vos, §4.2.

orde zou roepen indien het niet exact diezelfde redelijkheid heeft ingezien en toegepast”.⁴⁶

29. Waar de volle rechtsmacht-eis uit art. 6 EVRM wel een invloed heeft gehad op de intensiteit van de rechterlijke toetsing is in administratieve sanctieprocedures. Het betreft inmiddels vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat niets van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de controle van de rechter mag ontsnappen.⁴⁷ In een arrest van 18 februari 2016 verduidelijkte het Grondwettelijk Hof dat het toezicht van de Raad van State op geldboetes van het Brusselse Milieucollege beantwoordde aan het criterium van volle rechtsmacht nu het zich niet beperkte tot een kennelijke onredelijkheidstoets: “Dienaangaande kan hij rekening houden met eventuele verzachtende omstandigheden om te oordelen dat de beslissing niet correct gemotiveerd is. Evenzo gaat hij na of de beslissing op relevante bewijselementen berust. Indien hij van mening is dat de uitgesproken administratieve sanctie nietig dient te worden verklaard, verwijst hij de zaak naar het Milieucollege, dat gebonden is door de motivering van het vernietigingsarrest. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de Raad van State bij de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht *niet enkel onderzoekt of er sprake is van kennelijke beoordelingsfouten*. Hij dient daarentegen daadwerkelijk een grondig toezicht te verrichten, in rechte en in feite, van de bestreden beslissing en van de evenredigheid ervan” (eigen cursivering).⁴⁸

30. Ook het Hof van Cassatie gaat uit van een volle redelijkheidstoets. In een arrest van 4 maart 2004 werd België nog door het EHRM veroordeeld omdat het Hof van Cassatie de evenredigheidstoets t.a.v. bestuurlijke boetes te beperkt zou hebben geïnterpreteerd.⁴⁹ Inmiddels is het duidelijk dat het Hof uitgaat van een volle redelijkheidstoets. In het reeds vermelde Jaarverslag van het Hof van Cassatie van 2004 werd zo verduidelijkt dat de bedoelde toetsing “meer verregaand [is] dan een marginale toetsing, waarbij de rechter alleen kennelijk onevenredige sancties buiten toepassing laat”.⁵⁰

Tegelijkertijd bracht het Hof van Cassatie een belangrijke beperking aan op de rechterlijke redelijkheidstoets. Een rechter kan, aldus het Hof, niet “op grond

⁴⁶ RvS 10 juli 2012, nr. 220.242-3, Universiteit Gent, §7.1.; Zie tevens RvS 28 oktober 2013, nr. 225.271, Dewil, §10; RvS 5 juli 2007, nr. 173.232, Dendooven.

⁴⁷ GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008; Arbitragehof 7 december 1999, nr. 128/99, §B.15; Arbitragehof 24 februari 1999, nr. 22/99, §B.13.

⁴⁸ GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016.

⁴⁹ EHRM 4 maart 2004, nr. 47650/99, Silvester’s Horeca Service/België.

⁵⁰ I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART en S. LIERMAN (ed.), *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2004*, 230, nr. 61. Zie ook concl. Adv.-gen. D. Thijs bij Cass. 16 februari 2007, AR F.05.0015.N.

van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, een boete [...] kwietschelden of verminderen”.⁵¹ Hiermee lijkt het Hof in de eerste plaats te willen bedoelen dat een rechter de bestuursbeslissing zorgvuldig dient te onderzoeken, de motieven voor een bepaalde beslissing dient mee te geven en de criteria die hij hierbij heeft aangewend dient te ontsluiten.⁵²

Het Hof van Cassatie geeft zelf de elementen aan die vorm geven aan de motiveeringsverplichting van de rechter: de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties, de wijze waarop in gelijkaardige gevallen werd geoordeeld en de mate waarin het bestuur zelf gebonden was.⁵³ Verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de verdachte werden hierbij uitgesloten.⁵⁴ Bepaalde lagere rechtspraak bevestigde deze zienswijze⁵⁵, andere ging hier tegen in.⁵⁶ In een arrest van 21 september 2018 bepaalt het Hof van Cassatie echter voor de eerste maal dat een rechter naast de reeds vernoemde objectieve factoren ook rekening mag houden met de weerslag van de sanctie voor de betrokkene.⁵⁷

⁵¹ Cass. 12 december 2014, AR.F.13.0133.N.

⁵² Zie ook B. COOPMAN, “Rechterlijke toetsing van fiscale boetes: cassatie teruggefloten door Straatsburg” (noot onder EHRM 4 maart 2004), TFR 2004, (641) 643.

⁵³ Cass. 24 januari 2002, AR.C.00.0234.N; Cass. 21 januari 2005, AR.C.02.0572.N

⁵⁴ Cass. 21 januari 2005, AR.C.02.0572.N. Het is niet volstrekt helder wat onder omstandigheden eigen aan de persoon diende te worden begrepen. Volgens het Hof van Cassatie kon een rechter alleszins geen rekening houden met het feit dat een vennootschap de fiscale fraude niet mee had bedacht (Cass. 21 januari 2005, AR.C.02.0572.N.). In een arrest van 8 april 2011 kon een rechter een geldboete niet verminderen omdat het de eerste overtreding was van de betrokkene, de schade voor het publieke belang beperkt was en de betrokkene niet gehandeld had met het oog op het behalen van een persoonlijk voordeel (Cass. 8 april 2011, AR.F.10.0033.N.). Ankaert en Put vragen zich terecht af of het zonder meer duidelijk is dat deze elementen eigen aan de persoon zijn en geen verband houden met de ernst van de inbreuk (E. ANKAERT en J. PUT, “Bestuurlijke punitieve sancties in België in het licht van Europeesrechtelijke vereisten” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Preadviezen. Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, (53) 88.).

⁵⁵ Gent 14 januari 2014, LRB 2014, 85; Gent 8 januari 2013, nr. 2011-AR-2996; Gent 29 mei 2009, nr. 2006/AR/2128; Arbh. Antwerpen 15 april 1996, nr. 95369.

⁵⁶ De rechtbank van Namen betwijfelt openlijk of de zienswijze van het Hof van Cassatie verenigbaar is met art. 6 EVRM. Zie Rb. Namen 16 maart 2005, *FJF* 2005, 279. Zie ook Antwerpen 27 oktober 2015, *Fiscoloog* 25 november 2015, 12; Rb. Luik, 31 januari 2012, *FJF* 2012, afl. 5, nr. 124

⁵⁷ Cass. 21 september 2018, F.17.0141.N, concl. Adc.-gen. J. VAN DER FRAENEN.

31. De Raad van State sluit zich wat de omschrijving van zijn toetsingsbevoegdheid in administratieve sanctieprocedures betreft aan bij de definitie die het Grondwettelijk Hof hanteert voor de notie volle rechtsmacht: “Het recht op een rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht houdt in dat deze rechterlijke instantie kan nagaan of de beslissing van de VRM in rechte en in feite verantwoord is en of de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die hij in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, zijn geëerbiedigd. *Dat recht houdt minstens in dat hetgeen tot de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur behoort, ook onder de controle van de rechter valt.* Bij zijn controle mag de rechter zich evenwel niet begeven op het terrein van de opportuniteit, vermits dat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges” (eigen cursivering).⁵⁸

32. Wanneer we de rechtspraak van het hoogste Belgische administratief rechtscollege tegen het licht houden, merken we echter nog vaak het gebruik van het traditionele toetsingskader. Op een discretionaire bevoegdheid kan dan, ook wanneer deze kadert in een bestuurlijke sanctieprocedure, slechts een kennelijke onredelijkheidstoets worden uitgeoefend. Enkel wat betreft de vraag of er sprake is van een inbreuk op een strafomschrijving laat de Raad van State geen marge aan het bestuur. Het betreft hier immers een kwestie van wetsinterpretatie waarbij het zich in de plaats van de bestuurlijke overheid kan stellen.⁵⁹ Anders is het dus voor de beslissing om al dan niet een sanctie op te leggen en de hoegrootheid van deze sanctie te bepalen. Volgens de Raad van State komt het zich binnen het raam van zijn wettigheidstoezicht, niet toe om zelf een beoordeling te maken van de strafwaardigheid en de strafmaat. Het is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de bestuurlijke overheid bij de uitoefening van zijn sanctionerende bevoegdheid al dan niet het evenredigheidsbeginsel schendt.⁶⁰

Een arrest van 24 november 2014 is in dit verband zeer instructief: “De Raad van State herinnert er in dat verband aan geen beroepsinstantie te zijn die, opnieuw oordelend in de plaats van het bestuur, de naar zijn oordeel meest passende sanctie oplegt. *Als wettigheidsrechter mag de Raad van State zelfs niet de door het bestuur opgelegde sanctie toetsen aan zijn eigen opvattingen ter zake.* Dat zou de

⁵⁸ RvS 27 juni 2017, nr. 238.642, NV Medialaan, §9.

⁵⁹ Zie bijv. RvS 15 december 2016, nr. 236.781, bvba Marc Robben Architectenbureau, §11 (waarin de Raad van State oordeelt dat wanneer een EPB-aangifte berust op een duidelijke materiële fout de feitelijke grondslag voor het opleggen van een administratieve geldboete ontbreekt); RvS 23 februari 2016, nr. 233.886, nv Tui Airlines, §48 e.v. (over wat te verstaan onder geluidshinder).

⁶⁰ RvS 8 mei 2014, nr. 227.331, BVBA Wedwinkel, §13.

Raad doen als hij de opgelegde sanctie zou afmeten aan wat hij zelf als de ene meest evenredige straf beschouwt en ze zou vernietigen indien ze daarvan afwijkt. Enkel mag de Raad van State in het kader van zijn wettigheidscontrole nagaan of het oordeel van de verwerende partij binnen de grenzen is gebleven van wat nog als redelijk kan worden aangezien. Er kan dan slechts sprake zijn van schending van het evenredigheidsbeginsel, *wanneer de beslissing, waarvan vastgesteld wordt dat ze op deugdelijke grondslagen berust, inhoudelijk dermate van het normale beslissingspatroon afwijkt dat het ondenkbaar is dat enig ander naar kennis en kunde redelijk bekwaam en naar feitelijk optreden redelijk handelend bestuur in dezelfde omstandigheden die beslissing zou nemen.*

Een eigen beoordeling van de verzoekende partij over de gepaste strafmaat toont nog niet de onwettigheid van de bestreden beslissing aan. Het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat het om de eerste inbreuk zou gaan en er geen sprake is van verzwarende omstandigheden toont niet de onwettigheid aan van de bestreden beslissing. Zelfs niet, nu het gegeven dat het om een eerste inbreuk zou gaan als voorbeeld van verzachtende omstandigheden wordt aangezien in het niet-bindend informatiedocument en onder verzwarende omstandigheden onder meer grove onachtzaamheid, duidelijk opzet en het ernstig hinderen van een medespeler in het betrokken veld worden vermeld. Uit artikel 228 van het mediadecreet volgt dat de verwerende partij de mogelijkheid heeft om een administratieve geldboete tot 125.000 euro op te leggen. Door een boete op te leggen van 25.000 euro heeft de verwerende partij dan ook allesbehalve de zwaarst mogelijke geldboete opgelegd, maar slechts een gedeelte van wat wettelijk is toegestaan. De verwerende partij heeft hierbij, zoals gezien, rekening gehouden met het tijdstip van de uitzending en de ernst van de inbreuk. De feiten stellende tegenover de sanctie, toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij op die manier haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan” (eigen cursivering).⁶¹

De Raad van State gaat dus niet na of de sanctie gepast is, wel of deze onwettig is. Bovendien wordt in de eerste plaats gekeken naar het feit dat de bestuurlijke overheid met alle relevante elementen heeft rekening gehouden. De Raad van State schrijft zich dus in het beoordelingskader van het bestuur in, eerder dan van een eigen beoordelingskader te vertrekken.⁶²

⁶¹ RvS 24 november 2014, nr. 229.281, NV SBS Belgium, §26. Zie tevens RvS 7 augustus 2017, nr. 238.936, Hadad, §21 e.v.

⁶² De Raad van State zelf, hierin gevolgd door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie, gaat er echter wel vanuit dat zijn toetsing beantwoordt aan art. 6 EVRM. Zie RvS 28 februari 2017, nr. 237.514, Verbeke, §12.; RvS 8 maart 2016, nr. 234.060, nv Thomas

33. Andere bestuurlijke rechtscolleges gaan vaak verder. We verwijzen hier bijvoorbeeld naar de rechtspraak van de Kamer van eerste aanleg en de Kamer van beroep, administratieve rechtscolleges binnen de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle (DGECE).⁶³ Deze rechtscolleges spreken zich o.m. uit over administratieve geldboetes die worden opgelegd door de Leidend ambtenaar in geval van onregelmatigheden bij de verstrekkingen die door zorgverleners aan de GVV-verzekering worden aangerekend. De Kamer van eerste aanleg beoordeelt niet of een administratieve geldboete al dan niet kennelijk onredelijk is, wel of deze correct, oordeelkundig of passend werd begroot.⁶⁴ Ook het Marktenhof hanteert ten aanzien van sanctiebeslissingen van regulatoren in de regel een volle redelijkheidstoets.⁶⁵

34. Ofschoon dus sommige factoren nopen tot een intensievere toetsing of zelfs een volle redelijkheidstoets, is het duidelijk dat een werkelijk opportunitetstoezicht is uitgesloten. Een rechter kan enkel vaststellen dat een bestuurlijke overheid in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid een fout of machtsoverschrijding heeft begaan, zonder zijn beoordeling van de opportuniteit in de plaats te stellen.⁶⁶

35. Naar aanleiding van de omzetting van de richtlijnen 2009/72/EG (betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit) en 2009/73/EG (betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas) in de Belgische rechtsorde was er eerst nog sprake van een be-

Cook Airlines, §32 e.v.; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, §B.42; GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011; Cass. 16 oktober 2009, AR C.09.0019.N.

⁶³ De Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle (DGECE) heeft, als een van de zes diensten van het RIZIV, de opdracht om de wettigheid na te gaan van de aangerekende geneeskundige verstrekkingen en de toekenning van de uitkeringen aan de verzekerden. In geval van inbreuken op de overtredingen op de socialezekerheidswetgeving beschikt de DGECE over de bevoegdheid onterecht uitgekeerde bedragen terug te vorderen en administratieve sancties op te leggen.

⁶⁴ Zie hierover P.-J. VAN DE WEYER en S. LIERMAN, "Rechten van verdediging in een administratieve sanctieprocedure bij de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle", *T.Gez.* 2017, afl. 4, (236) 246 e.v.

⁶⁵ Brussel 24 september 2015 (20^e kamer), nr. 2013/SF/3, 5 en 6, *DAOR* 2015, afl. 4, 48, §253; Brussel 29 november 2011, nr. 2010/SF/2, §25. 23. In sommige gevallen wordt evenwel een onderscheid gemaakt tussen de beslissing m.b.t. het al dan niet bestaan van de inbreuk – overheid heeft een appreciatiemarge (zie bijv. Marktenhof 28 juni 2017, nr. 2016/MR/2, §24) – en de beslissing om al dan niet een (bepaalde) sanctie op te leggen – overheid heeft geen appreciatiemarge (zie bijv. Brussel 2 februari 2009, nr. 2005/MR/3, §45).

⁶⁶ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, §B.7.3.; Cass. 12 december 2003, AR C.00.0578.F; Cass. 10 juni 1996, AR S.95.0114.F.

voegdheidsuitbreiding van het Marktenhof naar een toezicht op de opportuniteit van de beslissingen van de CREG. Dit vormde een compensatie voor het feit dat de CREG niet langer onderworpen kan worden aan een bestuurlijk toezicht. De Afdeling wetgeving van de Raad van State was echter bijzonder kritisch en beoordeelde zulke bevoegdheidsuitbreiding zowel onverenigbaar met het grondwettelijke principe van de scheiding der machten als met het Europese recht: “Het opdragen aan een rechtscollege van de toetsing van beslissingen aan ‘het algemeen belang’, aan ‘richtsnoeren’ en aan ‘doelstellingen van de regering’ is bezwaarlijk in overeenstemming te brengen met het beginsel dat rechtscolleges zich niet uitspreken over de opportuniteit van een bepaalde overheidsbeslissing en dat zij die beslissing enkel toetsen op haar verenigbaarheid met rechtsregels en algemene rechtsbeginselen. De voormelde toetsingsgronden zijn dan wel gebruikelijk binnen het kader van een administratief beroep tegen de betrokken beslissing bij een bepaald overheidsorgaan, dat op grond van andere beleidsinzichten een nieuwe beslissing kan nemen, maar zij zijn niet op hun plaats binnen een jurisdictioneel beroep bij een rechtscollege zoals het hof van beroep”.⁶⁷ De wetgever zag hier uiteindelijk van af.

Vraag 3 – Reflexwerking en vrijwillige adoptie

Zijn er voor de rechter rechten ook mogelijkheden voor reflexwerking van niet rechtsreeks werkende supranationale bepalingen?

36. *Supra* bespraken we reeds het belang in het bestuursrecht van de beginselen van behoorlijk bestuur. Verschillende van deze beginselen zijn open normen. Hierbij kan o.m. gedacht worden aan het zorgvuldigheidsbeginsel, het fair play-beginsel en het voorzorgsbeginsel. In theorie kunnen deze beginselen gebruikt worden als hefboom om niet-direct werkende supranationale normen of *soft law* toch mee te nemen in de rechterlijke beoordeling. Tot op heden lijken bestuursrechtters evenwel principieel gekant tegen deze reflexwerking. Zo oordeelde de Raad van State reeds ten aanzien van een aangevoerde schending van het voorzorgsbeginsel op grond van het verdrag van Helsinki en de verklaring van Rio dat “verzoeker niet aan[toont] dat het voormelde beginsel een directe werking heeft in de Belgische rechtsorde. In zoverre verwezen wordt naar de resolutie inzake het voorzorgsbeginsel, houdt dit beginsel geen afdwingbare regelen in, doch enkel een algemeen principe dat nader moet worden uitgewerkt in direct afdwingbare normen”.⁶⁸

⁶⁷ Adv.RvS bij het Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1725/1, 319-320.

⁶⁸ RvS 12 maart 2015, nr. 230.485, Petit.

Nochtans werd door diezelfde Raad van State in een schorsingsarrest van 6 maart 2000 ten aanzien van een vergunning voor de plaatsing van een GSM-mast het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel mede gebaseerd op (niet-bindende) onderzoeken van de Wereldgezondheidsorganisatie. Uit deze onderzoeken bleek, aldus de Raad van State, dat de elektromagnetische straling voor mobiele telefonie schadelijk kon zijn voor de menselijke gezondheid.⁶⁹

37. In de context van de kennelijke onredelijkheidstest kunnen niet-direct werkende supranationale normen, *soft law* e.d.m. worden meegewogen bij het objectiveren van de redelijkheidsnorm. Het Marktenhof steunde bij de invulling van het redelijkheidsbeginsel ten aanzien van beslissingen van de Belgische Mededingingsautoriteit zo op de beslissingspraktijk van buitenlandse mededingingsautoriteiten.⁷⁰

38. Tot slot kan, los van het bestaan van een eventuele reflexwerking, niet voorbij worden gegaan aan de interactie tussen de verschillende niveaus van de meergelaagde rechtsorde. Zo zien we dat art. 6 EVRM op het nationale niveau ook buiten het strikte toepassingsgebied van procedures over burgerlijke rechten en verplichtingen of strafvervolgingen toepassing kan vinden. In de rechtsleer wordt in dit geval ook wel gesproken van vrijwillige adoptie.⁷¹ Het betreft vaste rechtspraak van het EHRM dat het asiel- en migratiecontentieux niet onder art. 6 EVRM ressorteert.⁷² Niettemin hield het Hof van Cassatie wel degelijk rekening met deze bepaling in een procedure waarin een vreemdeling schending opwierp van zijn rechten van verdediging bij een beslissing tot vrijheidsberoving in het kader van een uitwijzingsbevel.⁷³

Vraag 4 – Grondrechten en de invloed op de rechterlijke toetsing

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

39. Zoals aangehaald moet een rechter zich volgens het traditionele toetsingskader bij discretionaire bevoegdheden beperken tot een kennelijke onredelijkheidstest. De uitoefening van een discretionaire bevoegdheid kan evenwel een invloed hebben op de subjectieve rechten van personen. Subjectieve rechten corresponderen met (honderd ten honderd) gebonden bevoegdheden van de overheid. Gebonden en discretionaire bevoegdheden kunnen zo door elkaar lopen. Met betrekking tot de bevoegdheden van de CREG bepaalde de wetge-

⁶⁹ RvS 6 maart 2000, nr. 85.836, Baeten.

⁷⁰ Marktenhof 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2016/MR/1, §65.

⁷¹ Zie bijv. de paper van Tom Barkhuysen, Roel Becker en Michiel van Emmerik in dit boek.

⁷² EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, Maaouia/Frankrijk, §36-37.

⁷³ Cass. 16 maart 2016, AR P.16.0281.F.

ver dat het niet gemakkelijk is om “de scheidingslijn te bepalen tussen de kwesties die afhankelijk zijn van de discretionaire maar gegronde uitoefening door de CREG van haar prerogatieven en (discretionaire) bevoegdheden en de kwesties over de schending van de subjectieve rechten van de personen die onderhevig zijn aan de controle van de CREG”.⁷⁴

40. Hierbij rijst de vraag naar de invloed op de rechterlijke toetsing. In de rechtsleer wordt geargumenteed dat de intensiteit van de toetsing zal verscherpen wanneer de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid fundamentele rechten en vrijheden raakt.⁷⁵ De vraag is of er volgens deze logica nog zoveel gevallen bestaan waarin wel degelijk een marginale controle moet worden aangehouden. Een objectief bestuursgeischil kan immers heel vaak geherformuleerd worden als een geschil dat handelt over, minstens een impact heeft op, een grondrecht: “*Or, le développement de cette logique des droits fondamentaux est tel qu’un nombre croissant de questions juridiques, jadis perçues comme tout à fait hétérogènes, peuvent désormais s’inscrire dans le schème commun d’une atteinte à ces droits*”.⁷⁶ De aanwezigheid van een subjectief (grond)recht lijkt dan ook op zich onvoldoende om een volle redelijkheidstoets te kunnen verantwoorden.

41. Bij de beoordeling van een herstelmaatregel in de context van stedenbouwkundige overtredingen beperken rechters zich tot een kennelijke onredelijkheidstoets. Het feit dat bij een herstel in de oorspronkelijke toestand er sprake is van een beperking van het eigendomsrecht, zoals beschermd in art. 1 EP, verandert hier niets aan.⁷⁷

42. In het asiel- en migratiecontentieux heeft een bestuursbeslissing vaak een weerslag op fundamentele rechten en vrijheden, in het bijzonder art. 2 EVRM (recht op leven), 3 EVRM (verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling) en/of 8 EVRM (recht op privé- en familieleven). In België werd het asiel- en migratiecontentieux toebedeeld aan een gespecialiseerd administratief rechtscollege: de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV).

⁷⁴ Wetsontwerp tot “organisatie” van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-05, 8.

⁷⁵ D. LAGASSE, *L’erreur manifeste d’appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 169 e.v.; G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk 7. De politionele bevoegdheden van de gemeenteraad, in *Recht in de gemeente, Gemeenteraad, Bevoegdheden*” in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2011, (395) 396.

⁷⁶ D. DÉOM, “Le pouvoir discrétionnaire: vieillard chancelant ou force vive du droit administratif” in X. (eds.), *Liber amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, (199) 205.

⁷⁷ Gent nr. 2017/NT/139, 6 oktober 2017.

Dit bestuurlijk rechtscollege beschikt in sommige gevallen over een substitutiebevoegdheid (beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen inzake het toekennen van asiel of subsidiaire bescherming), in andere gevallen enkel over een annulatiebevoegdheid (o.m. beslissingen inzake de toekenning van een visum lang of kort verblijf en verwijderings- of terugdrijvingsmaatregelen).⁷⁸

43. Wanneer de RvV zich in de plaats stelt van de bestuurlijke overheid is er logischerwijze sprake van een volle toetsing. Dit is anders in het annulatie-contentieux. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) vereist hier van de bestuurlijke overheid een volledig en rigoureuus onderzoek van het betrokken dossier : *“il revient à l'autorité administrative de se livrer, avant de prendre sa décision, à un examen aussi rigoureux que possible de la cause, en fonction des circonstances dont elle a ou devrait avoir connaissance”*.⁷⁹ Dit betekent echter niet noodzakelijk dat de RvV vervolgens overgaat tot een volle redelijkheidstoets.

44. Nu art. 8 EVRM zelf in de mogelijkheid voorziet dat het recht op een familieleven wordt beperkt, aanvaardt de Raad hier een zekere appreciatiemarge voor de overheid: “De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat hij na of verweerder alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of verweerder zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een ‘fair balance’ tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezins- dan wel privéleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde. Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren”.⁸⁰

De RvV acht zich zo bevoegd om een beslissing te schorsen of te vernietigen wanneer de overheid bepaalde relevante elementen niet in overweging nam. In een arrest van 15 april 2016 sprak de RvV zich uit over de weigering van een visum in de zin van art. 10 Vw. aan een Iraakse vrouw en haar vier minderjarige kinderen wiens echtgenoot in België een subsidiair beschermingsstatuut had verworven. Volgens de verzoekster ging deze weigering in tegen haar recht op een familieleven zoals beschermd door art. 8 EVRM. De overheid had geoordeeld dat er al zes jaar geen sprake meer was van een familieleven. Volgens de

⁷⁸ Zie art. 39/2, §1 Vreemdelingenwet.

⁷⁹ RvV 15 april 2016, nr. 165.958, §2.3.2.

⁸⁰ RvV 27 februari 2018, nr. 200.413, §2.3.2. Zie ook RvS 26 juni 2014, nr. 227.900.

Raad werd hiermee geen rekening gehouden met enkele specifieke essentiële elementen uit het dossier o.m. het feit dat de echtgenoot gevlucht was uit zijn land van herkomst en bescherming had gekregen in België.⁸¹

45. Ook wat betreft de vraag of er sprake is van een risico op een schending van art. 3 EVRM – en hoewel het hier gaat om een absoluut recht – hanteert de RvV een kennelijke onredelijkheidstoets: *“s’agissant de la violation alléguée de l’article 3 de la CEDH, le Conseil rappelle au préalable que dans le cadre de son contrôle de légalité, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle de la partie défenderesse mais uniquement de vérifier si celle-ci n’a pas tenu pour établis des faits qui ne ressortent pas du dossier administratif et si elle a donné desdits faits, dans la motivation tant matérielle que formelle de sa décision, une interprétation qui ne procède pas d’une erreur manifeste d’appréciation”*.⁸²

Zo wordt in eerste instantie rekening gehouden met procedurele elementen zoals de zorgvuldigheid van het gevoerde onderzoek. In een arrest van 27 februari 2018 oordeelde de RvV dat de verzoeker geen concrete, op zijn persoonlijke situatie betrokken feiten had aangebracht die een begin van bewijs zouden vormen dat zij bij terugkeer slachtoffer zou worden van een in art. 3 EVRM bedoelde handeling. De RvV nam hierbij in overweging “dat een mogelijke schending van artikel 3 EVRM reeds door de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en staatlozen en de Raad werd onderzocht en werd vastgesteld dat er bij terugkeer naar het land van herkomst geen schending van artikel 3 EVRM aannemelijk werd gemaakt”.⁸³

Niettegenstaande de referentie naar een kennelijke onredelijkheidstest is er in de regel sprake van een doorgedreven rechterlijke controle. In lijn met de rechtspraak van het EHRM ziet de RvV strikt toe op de onderzoeksplicht van de overheid. Wanneer er sprake is van een reëel risico op een schending van art. 3 EVRM is de overheid verplicht om iedere twijfel weg te nemen omtrent een mogelijke blootstelling aan een door art. 3 EVRM verboden behandeling ten gevolge van de thans opgelegde vertrekverplichting.⁸⁴

De Raad zal een bestuursbeslissing vernietigen wanneer de bestuurlijke overheid geen rekening hield met bepaalde relevante elementen. In een arrest van 19 mei 2007 sprak de RvV zich uit over de weigering door de Staatssecretaris voor asiel en migratie van een machtiging tot verblijf in de zin van art. 9ter Vw. De

⁸¹ RvV 15 april 2016, nr. 165.958.

⁸² RvV 16 december 2016, nr. 179.627, §3.3.

⁸³ RvV 27 februari 2018, nr. 200.413, §2.2.2. Zie ook RvV 4 maart 2016, nr. 163.510, 10/19.

⁸⁴ RvV 27 februari 2017, nr. 183.022.

verzoekster was een hiv-patiënte en had in het land van herkomst – Kenia – geen familie om op terug te vallen. De staatssecretaris had zich gebaseerd op een medisch advies, uitgebracht door een ambtenaar-geneesheer. Hierin werd geconcludeerd dat de verzoekster de benodigde medische zorgen kon krijgen in de hoofdstad, Nairobi. Daarbij werd ervan uitgegaan dat de betrokkene zelf zou kunnen instaan voor de kosten die gepaard gaan met de noodzakelijke hulp, nu er geen bewijs van (algemene) arbeidsongeschiktheid voorlag. Volgens de RvV bleek echter niet dat bij het beoordelen van de beschikbaarheid en de (financiële) toegankelijkheid van de benodigde medische zorgen, *in casu* de toegang tot de arbeidsmarkt, rekening werd gehouden met het profiel van verzoekster als alleenstaande HIV-besmette vrouw en het risico op stigmatisering, hoewel de overheid kennis had van deze elementen, zoals bleek uit het administratief dossier. De bestreden beslissing werd dan ook vernietigd.⁸⁵

46. We kijken tot slot ook naar de rechtspraak van de Raad van State in de context van door de gemeentelijke overheid opgelegde politiemaatregelen. De rechtsleer maakt hier traditioneel gewag van een intensere rechterlijke controle.⁸⁶ Deze politiemaatregelen zullen in de regel ingrijpen op een bepaalde vrijheid (vrijheid van vereniging, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van handel, enz.). In zijn proefschrift meende Lagasse reeds uit een arrest van de Raad van State van 3 januari 1968 te kunnen afleiden dat hier verder wordt gegaan dan een kennelijke onredelijkheidstoets.⁸⁷ In recente rechtspraak blijft de Raad van

⁸⁵ RvV 19 mei 2017, nr. 187.083.

⁸⁶ Zie bijv. G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk 7. De politionele bevoegdheden van de gemeenteraad, in Recht in de gemeente, Gemeenteraad, Bevoegdheden” in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2011, 395-96, nr. 533. Van Haegenborgh gaat niet zover om te zeggen dat er sprake is van een volle redelijkheidstoets. Hij maakt gewag van een uitgediepte objectieve redelijkheidstoets: “De toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel blijft inderdaad niet beperkt tot een marginale controle, maar krijgt een meer indringend karakter van zodra de betwiste maatregel een inbreuk maakt op de fundamentele rechten en vrijheden. Men zou kunnen stellen dat de zeer afstandelijke toetsing op kennelijke onevenredigheid meer en meer plaatsmaakt voor de minder afstandelijke toetsing op evenredigheid”.

⁸⁷ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 158. Er moet nochtans voor worden gewaakt om uit bepaalde formuleringen te snel conclusies te trekken. Het arrest had betrekking op een bij politiemaatregel uitgesproken onbewoonbaarverklaring. Het klopt dat in de Franstalige versie van het arrest werd afgeweken van vroegere bewoordingen en niet werd gesproken over *kennelijke* onredelijkheid. In de Nederlandstalige versie wordt echter wel aangesloten bij de klassieke formulering: “[D]at de gegevens [...] niet hebben doen blijken dat de behoorlijk vastgestelde feitelijke situatie van zodanige aard is dat het in redelijkheid niet denkbaar voorkomt dat een met normale zorgvuldigheid te werk gaande overheid er zou kunnen toe komen om de bestreden maatregel als de bij de situatie passende en als de onvermijdbare last voor de

State echter vasthouden aan de ruime appreciatiebevoegdheid voor de overheid en de daarmee gepaard gaande kennelijke onredelijkheidstoets.⁸⁸

47. Niettemin vinden we ook verschillende voorbeelden terug waarin de Raad van State gebruik maakt van een eigen beoordelingskader en hierbij duidelijke richtlijnen uitvaardigt. In een arrest van 24 mei 2011 neemt het zo in overweging dat een algemeen sluitingsuur “de enige bij de situatie passende maatregel” betrof.⁸⁹ Het betreft vaste rechtspraak dat een blijvende, niet in tijd beperkte inperking van een individuele vrijheid enkel zal kunnen worden verantwoord door voldoende concrete gegevens die aantonen dat hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt met een minder ernstige maatregel. In een arrest van 24 maart 2017 wordt geoordeeld: “*que de telles restrictions à la liberté du commerce et de l’industrie doivent demeurer dans les limites d’une juste proportionnalité au regard des désordres qu’il est nécessaire de prévenir; que les troubles constatés en l’espèce à l’occasion de l’activité nocturne des débits de boissons dans le quartier considéré n’en sont pas des conséquences intrinsèques ou inévitables, qui pourraient justifier des mesures de police de nature permanente; que, dès lors, en adoptant une disposition réglementaire destinée à demeurer applicable aussi longtemps que le conseil communal n’en décide pas autrement, la partie adverse a excédé ses pouvoirs*”.⁹⁰

48. Het is interessant dat het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door de lagere rechters, aan lokale besturen een ruimere appreciatiemarge laat ten aanzien van politiemaatregelen. In tegenstelling tot de Raad van State verzet het Hof van Cassatie zich niet noodzakelijk tegen algemene sluitingsmaatregelen: “dat de bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd aan de gemeentebesturen het recht geven om ter verwezenlijking van de in die artikelen aangegeven doelstellingen de politiemaatregelen te nemen die zij daartoe het meest geschikt achten en met name, zoals ten deze, de maatregelen te nemen ten einde elke

particulier te beschouwen” (eigen cursivering) (RvS 3 januari 1968, nr. 12.745, Arr.Cass. 1968, 8).

⁸⁸ Zie bijv. RvS 13 oktober 2016, nr. 236.109, sprl Karnak, 9/13: “*que la requérante n’établit pas qu’en adoptant une mesure de fermeture partielle et temporaire, le bourgmestre aurait commis une erreur manifeste d’appréciation*”; RvS 15 mei 2014, nr. 227.421, BVBA Buka 2000, §16; RvS 17 september 2013, nr. 224.690, Galler; RvS 23 september 2010, nr. 207.515, Maertens, §21; RvS 16 september 1999, nr. 82.276, §3.3.2.; RvS 8 oktober 1997, nr. 68.735, VZW Ligue des droits de l’Homme.

⁸⁹ RvS 24 mei 2011, nr. 213.449, BVBA Solanis. Zie in dezelfde zin RvS 24 februari 1995, nr. 51.769, Hygo-Care. Zie ook S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, J. GEENS, L. STORMS, K. GASTMANS en K. KEMPE, “Enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak en de regelgeving over algemene en bijzondere bestuurlijke politie” in S. LIERMAN (ed.), *Themis volume 84: Actualia gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2013, (69) 81.

⁹⁰ RvS 24 maart 2017, nr. 237.779, Amilcar. Zie ook RvS 25 mei 2000, nr. 87600, NV De Brug, 11/20.

verstoring van de openbare rust te voorkomen”.⁹¹

Vraag 5 – Omvang van de rechterlijke toetsing

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

49. Hiervoor spraken we reeds over de intensiteit van toetsing die door de Belgische (bestuurs)rechters wordt gehanteerd (hoe?). Een andere vraag betreft de omvang van de rechterlijke toetsing (wat?). In principe kan de Belgische rechter zich over alle bestuursbeslissingen uitspreken, zowel in feite als in rechte.

50. Het is echter niet volledig duidelijk of de Belgische rechtspraak de theorie van de regeringsdaden (“*actes de gouvernement*”) onderschrijft. Dit uit Frankrijk stemmende leerstuk behelst dat sommige besluiten en handelingen omwille van hun beleidsmatig en politiek karakter niet onderworpen kunnen worden aan rechterlijk toezicht, noch bij de bestuursrechter, noch bij de gewone rechter.⁹² Hoewel deze rechtsfiguur in de rechtsleer sterk betwist is⁹³, lijkt de Raad van State in sommige arresten het bestaan ervan toch te erkennen.⁹⁴

51. De mogelijkheid van een rechter om zich uit te spreken over een bestuurshandeling kan wel beperkt worden door handelingen in de bestuurlijke procedure. Interessant is de trechterwerking die uitgaat van een bestuurlijke be-

⁹¹ Cass. 18 mei 1988, *Arr.Cass.* 1988, nr. 579. In dezelfde zin Cass. 4 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 117; Cass. 4 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 207. Zie ook S. PERIN, “Les interdictions générales et permanentes prévues par les règlements communaux de police au regard de la jurisprudence des juridictions judiciaires et du Conseil d’Etat”, *APT* 2018, afl. 3, 340; C. ROMBOUX, “Fermeture d’établissement” in X. (ed.), *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 2013, F33/2, 3.

⁹² W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel, Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 409; S. EVERAERT, “Regeringsdaden naar Frans en Belgisch recht”, *TBP* 2002, 618; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Maklu, 2012, 1088-1089; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 298-299.

⁹³ Zo wordt o.m. gewezen op de spanning met het rechtsstaat-principe en art. 6 EVRM. Zie bijv. D. SPIELMANN, “Acte de gouvernement et droits fondamentaux” in X. (ed.), *Liber amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 751.

⁹⁴ Zie bijv. RvS 11 mei 2015, nr. 231.185, Stassen (beslissing om gouverneur met pensioengerechtigde leeftijd in functie te houden); RvS 9 april 1998, nr. 73.027 (beslissing waarbij diplomaat persona non grata werd verklaard); RvS 4 november 1985, nr. 25.797 (afkondiging van een decreet). Zie nochtans RvS 10 juni 2002, nr. 107.561, Vandendoren: “dat het sterk politiek geladen karakter van Zijn beslissing geen reden is om te stellen dat ze buiten het toetsingsbereik van de Raad van State valt”.

roepsprocedure. In het kader van een georganiseerd bestuurlijke beroep is de wijze waarop verweer wordt gevoerd in de bestuurlijke fase potentieel bepalend voor het verdere verloop van de rechterlijke procedure. Hoewel de Raad van State in een arrest van 13 oktober 2003 aangaf dat er geen rechtsregel kan worden ontwaard die een persoon er van zou weerhouden middelen aan te voeren die hij niet heeft laten gelden in het kader van een georganiseerd administratief beroep⁹⁵, lijkt het inmiddels vaste rechtspraak dat een grief die kon worden voorgelegd aan de bestuurlijke beroepsinstantie niet voor het eerst voor de Raad van State kan worden aangevoerd, behoudens indien de grief de openbare orde raakt.⁹⁶

52. De Vlaamse decreetgever ging nog een stap verder. Met het decreet houdende wijziging van diverse bepalingen inzake ruimtelijke ordening, milieu en omgeving van 8 december 2017 (de zogenaamde ‘Codextrein’) werd in het Omgevingsvergunningsdecreet een voorwaarde toegevoegd voor een ontvankelijk bestuurlijk (art. 53, lid 2) of rechterlijk beroep (art. 105, §2, lid 3) tegen een beslissing over een omgevingsvergunning. Een bestuurlijk beroep en rechterlijk beroep was behoudens uitzondering enkel mogelijk voor diegenen die tijdens het openbaar onderzoek een gemotiveerd standpunt, opmerking of bezwaar hadden ingediend. De Vlaamse decreetgever wilde hiermee in de eerste plaats tot een doelmatigere besluitvorming en meer rechtszekerheid komen, waarbij het van belang was dat gegevens, argumenten en bewijsstukken in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure naar voren worden gebracht. Daarnaast moest deze procedurele trechter de burger responsabiliseren (beginselen van behoorlijk burgerschap).⁹⁷ In zijn arrest van 14 maart 2019 was het Grondwettelijk Hof evenwel van oordeel dat de Vlaamse trechter afbreuk deed aan de essentie van het recht op toegang tot de rechter en het proportionaliteitsbeginsel schond.⁹⁸

⁹⁵ RvS 13 oktober 2003, nr. 124.148, Mortier, §2.2.2.

⁹⁶ RvS 19 januari 2009, nrs. 189.536 en 189.537, Weyn; RvS 9 november 2011, nr. 216.204, de Neubourg; RvS 31 maart 2016, nr. 234.295, De Munck, §8: “dat de inhoud van het – noodzakelijk – gemotiveerde bezwaar bij de beroepscommissie in hoge mate bepalend is voor de grenzen van een eventuele latere vordering bij de Raad van State”. Zie ook J. GORIS, *Georganiseerde bestuurlijke beroepen. Naar een algemene theorievorming*, Brugge, die Keure, 2012, 507 e.v.

⁹⁷ Memorie van Toelichting bij het Ontwerp van decreet houdende wijziging van diverse bepalingen inzake ruimtelijke ordening, milieu en omgeving, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, nr. 1149/1, 147 e.v.

⁹⁸ GwH 14 maart 2019, nr. 46/2019.

Vraag 6 – Resultaat van de rechterlijke toetsing

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)?

53. Het scala aan mogelijkheden van een Belgische (bestuurs)rechter om te remediëren aan een vastgestelde onwettigheid is traditioneel eerder klein. Meestal zal een (bestuurs)rechter zich moeten beperken tot het annuleren of buiten toepassing laten van de onwettige bestuurshandeling. Op grond van art. 14, §1 RvS-wet dient de Raad van State onwettige akten en reglementen te vernietigen. Op grond van art. 159 Gw. moeten onwettige besluiten en verordeningen buiten toepassing worden gelaten. Enkel wanneer er sprake is van een gebonden bevoegdheid, wordt aanvaard dat een rechter zich in de plaats kan stellen.⁹⁹ In bepaalde gevallen kunnen rechters echter meer. We maken hier een onderscheid tussen een hervormingsbevoegdheid (“*pouvoir de réformation*”) en een substitutiebevoegdheid (“*pouvoir de substitution*”).¹⁰⁰

54. In geval van een hervormingsbevoegdheid is er geen sprake van een devolutive werking, maar van een “redenering in twee tijden”. In een eerste stap wordt de bestreden beslissing onderworpen aan een wettigheidscontrole. Pas wanneer er sprake is van een onwettigheid en de bestuursbeslissing dient te worden vernietigd, kan de rechter zich in de plaats stellen.¹⁰¹ Op basis van de wet op de gemeentelijke administratieve sancties (hierna: GAS-wet) bezitten de politierechtbank en de jeugdrechtbank de bevoegdheid om, na een tegensprekelijk en openbaar debat, de beslissing van de sanctionerend ambtenaar, waarbij een administratieve geldboete werd opgelegd, te bevestigen of te herzien (art. 31, §1, lid 4 GAS-wet). Eenzelfde redenering in twee tijden wordt gehanteerd door het Marktenhof.¹⁰²

⁹⁹ Cass. 26 juni 2015, D.13.0025.N; Cass. 10 juni 2013, AR S.12.0148.F. Zie ook Arbh. Antwerpen 23 april 2009, *Soc.Kron.* 2010, afl. 8, 436; Arbrb. Brussel 3 november 2011, *JLMB* 2012, afl. 31, 1497.

¹⁰⁰ Put maakt een onderscheid tussen een volledige substitutie en een moduleringsbevoegdheid. Zie J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof?”, *TBP* 2002, (675) 681, vn. 34.

¹⁰¹ C. SCHURMANS en X. TATON, “Questions actuelles de procédure en droit de la concurrence. A la recherche d’un système cohérent entre l’autorité de concurrence et l’ordre judiciaire”, in A. PUTTEMANS (ed.), *Actualité du droit de la concurrence*, Brussel, Bruylant, 2007, (19) 65-66, nr. 50.

¹⁰² P.-J. VAN DE WEYER, “De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming”, *TRNI* 2018, afl. 3, (155) 172.

55. Wanneer er in het kader van een substitutiebevoegdheid sprake is van een devolutieve werking kent de wetgever een rechter de bevoegdheid toe om het geschil in zijn geheel aan een nieuw onderzoek te onderwerpen, analoog aan de werking van een hoger beroep in het civiel procesrecht. Een rechter spreekt zich hierbij niet uit over een bestuursbeslissing, maar rechtstreeks over het onderliggende geschil.¹⁰³ Ongeacht of het beroep wordt ingewilligd dan wel verworpen, komt de eigen beslissing in de plaats van die van het bestuur.¹⁰⁴ We vinden zulke devolutieve werking terug bij Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wanneer het zich uitspreekt over beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen inzake het toekennen van asiel of subsidiaire bescherming.¹⁰⁵

In de Belgische rechtscontext wordt de substitutiebevoegdheid van de rechter aangeduid als een bevoegdheid in volle rechtsmacht.¹⁰⁶ Dit mag niet worden verward met het begrip volle rechtsmacht (*full jurisdiction*) in de zin van art. 6 EVRM.

Kenmerkend aan de devolutieve werking is het feit dat middelen die betrekking hebben op procedurele onregelmatigheden (bijv. motiveringsplicht) in principe niet zullen worden aanvaard. Een rechter met substitutiebevoegdheid kan immers een geheel nieuwe beslissing nemen. Procedurele onregelmatigheden worden zo, voorzover zij geen schaduw werpen op de rechterlijke procedure, automatisch geneutraliseerd.¹⁰⁷

56. In het merendeel van de gevallen zal de (bestuurs)rechter zich echter moeten beperken tot het vernietigen of buiten toepassing laten van de bestreden beslissing. Niettemin heeft de tendens van finale geschillenbeslechting het laatste decennium ook in de bestuursrechtspraak zijn opgang gemaakt. Voorlo-

¹⁰³ RvS 28 november 2008, nr. 188.309, OCMW Bierbeek, §4.

¹⁰⁴ Zie bijv. de rechtspraak van de Raad van State m.b.t. de bevoegdheid van de Kamer van Eerste Aanleg en de Kamer van Beroep (d.i. een rechterlijke instantie) van de DGEC ten aanzien van beslissingen van de Leidend ambtenaar en het Comité: RvS 14 februari 2013, nr. 222.509, Verbeke, §15; RvS 29 oktober 2007, nr. 176.303, Van Deun, §3.3.4.1. Zie ook P.-J. VAN DE WEYER en S. LIERMAN, “Rechten van verdediging in een administratieve sanctieprocedure bij de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle”, *T.Gez.* 2017, afl. 4, 236.

¹⁰⁵ RvV 10 november 2016, nr. 177.384, §2.2.

¹⁰⁶ Zie ook art. 16, lid 2 RvS-wet waarin met de wetswijziging van 20 januari 2014 een definitie werd ingevoegd voor de internrechtelijke notie volle rechtsmacht.

¹⁰⁷ Zie bijv. RvS 2 maart 2001, nr. 93.713, 6/15; RvS 16 februari 2001, nr. 93.325, 14/21; RvS 19 mei 1995, nr. 53.397, Stevens, §6.3.1.

per was hier de Vlaamse Raad voor Vergunningsbetwistingen.¹⁰⁸ Met de wet van 20 januari 2014 kreeg echter ook de Raad van State verschillende nieuwe bevoegdheden, naast de traditionele annulatiebevoegdheid. Hoewel in de parlementaire overwegingen niet naar art. 6 EVRM of art. 13 EVRM wordt verwezen¹⁰⁹, wordt in de rechtsleer dit verband wel gelegd.¹¹⁰ Ook de Raad van State verwees reeds naar de link tussen de efficiëntie van de procedure en een daadwerkelijke rechtsbescherming.¹¹¹

57. Sinds de wetwijziging kan de Raad van State de rechtsgevolgen van een vernietigd (individueel) besluit in stand laten (art. 14^{ter} RvS-wet).¹¹² Daarnaast kan hij voortaan op grond van art. 35/1 RvS-wet op verzoek van één van de partijen in de motieven van het vernietigingsarrest de maatregelen verduidelijken die genomen moeten worden om de onwettigheid die geleid heeft tot de nietigverklaring te verhelpen.¹¹³ De Raad van State kan evenwel nog een stap verder gaan en in het dispositief de bestuurlijke overheid verplichten om bepaalde handelingen te stellen (positieve injunctie) of bepaalde handelingen niet te stellen (negatieve injunctie) (art. 36 RvS-wet). De injunctie moet wel steeds uit het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest voortvloeien.¹¹⁴ Om de naleving van een injunctie af te dwingen, kan de Raad van State een dwangsom opleggen.¹¹⁵ Een notoir voorbeeld vinden we in het reeds aangehaalde arrest van 13

¹⁰⁸ Zie het Decr.VI. Parl. 6 juli 2012 houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, wat de Raad voor Vergunningsbetwistingen betreft, BS 24 augustus 2012, 50.702.

¹⁰⁹ In de Memorie van toelichting wordt enkel gesproken over het verbeteren van de procedure bij de Raad van State. Zie Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 2277/1, 2-3.

¹¹⁰ J. GOOSSENS, “De opmars van finale geschillenbeslechting in rechtsvergelijkend perspectief” in X. (eds.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (417) 420; G. DEBERSAQUES en S. VERBEYST, “De omrekening van de Europeesrechtelijke ‘daadwerkelijke rechtsbescherming’ in het Belgisch vreemdelingenrecht”, *T.Vreemd.* 2014, (202) 209.

¹¹¹ RvS 30 juni 2016, nr. 235.295, VZW Milieufrent Omer Wattez, §11.

¹¹² Hiervoor was hetzelfde reeds mogelijk voor reglementaire rechtshandelingen.

¹¹³ Deze vingervijzigingen maken geen deel uit van het dispositief. Ook voor de aanname van deze expliciete bevoegdheid gaf de Raad van State soms reeds aanwijzingen. Zie S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 35.

¹¹⁴ Bijkomende herstelmaatregelen zijn niet mogelijk wanneer de vernietiging van de bestreden bestuurshandeling reeds een integraal rechtsherstel meebrengt. Zie S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 43.

¹¹⁵ De injunctiebevoegdheid en de dwangsomprocedure werden met de wetwijziging van 20 januari 2014 van elkaar losgekoppeld. Voorheen kon de Raad van State enkel van de injunctiebevoegdheid gebruik maken in het kader van een dwangsomprocedure. Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het*

november 2012 waarin de Raad van State een klassenraad onder dwangsom verplichtte de betrokken leerling een A-attest uit te reiken.¹¹⁶

Wanneer de nieuw te nemen beslissing het gevolg is van een gebonden bevoegdheid van de overheid, treedt het arrest in de plaats van die beslissing (art. 36, §1, lid 2 RvS-wet). Zowel de wetgever als de rechtsleer wijzen er op dat dit laatste geval zich niet vaak zal voordoen.¹¹⁷ De Raad van State kan zich immers niet uitspreken over subjectieve rechten.¹¹⁸ Wanneer dit rechtscollege bevoegd is, zal er steeds sprake zijn van een discretionaire bevoegdheid. Substitutie is enkel mogelijk wanneer in een bepaalde feitelijke context de appreciatiemarge tot nul is gereduceerd en er *de facto* slechts één beslissing genomen kan worden (feitelijke of *a posteriori* gebonden bevoegdheden).¹¹⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de nieuw te nemen beslissing niets anders dan een weigeringsbeslissing kan zijn omdat de gevraagde milieuvergunning in strijd is met de geldende bestemmingsvoorschriften.¹²⁰

58. Het was initieel tevens de bedoeling van de wetgever om de Raad van State een hervormingsbevoegdheid te verlenen op vlak van administratieve geldboetes. Volgens het voorontwerp van wet zou aan art. 16, lid 1 RvS-wet een 2° worden toegevoegd waardoor de Raad van State met volle rechtsmacht uitspraak zou doen ten aanzien van “de beroepen inzake de administratieve geldboeten, indien de beslechting ervan bij de wet niet aan een ander rechtscollege is toegewezen”.¹²¹ Hoewel hier in de parlementaire stukken niet wordt naar verwezen, ligt het voor de hand dat de inspiratie gevonden werd in art. 8:72a van de Nederlandse Awb.

Belgisch administratief recht, Mechelen, Maklu, 2012, 1350. De dwangsom kan niet reeds in het annulatiearrest worden opgelegd. Het moet vaststaan dat de overheid in gebreke blijft een op haar rustende verplichting uit te voeren.

¹¹⁶ RvS 13 november 2012, nr. 221.394, Peeters.

¹¹⁷ Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 2277/1, 27; S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 45.

¹¹⁸ Enkele uitzondering betreft het recht op schadevergoeding dat uit een vastgestelde onwettigheid voortvloeit (art. 11 *bis* RvS-wet).

¹¹⁹ De Raad van State spreekt zelf van een discretionaire bevoegdheid die “verdampt, versmald, opgebruikt is” (RvS 21 januari 2016, nr. 233.573, De Vos).

¹²⁰ RvS 9 juli 2015, nr. 231.918, Jacobs. Zie voor meer voorbeelden: K. LEUS, “Finale geschillenbeslechting in het vernietigingscontentieux: verduidelijkingen, injuncties en dwangsom – evoluties?”, *TBP* 2017, afl. 7-8, (437) 451 e.v. Alvorens gebruik wordt gemaakt van de substitutiebevoegdheid dient de bestuurlijke overheid wel een kans te hebben gehad om zich over de kwestie (RvS 26 februari 2016, nr. 233.955, nv Finki).

¹²¹ Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2277/1, 73.

De Afdeling wetgeving van de Raad van State had hierbij enkele opmerkingen.¹²² Zo valt het op dat het voorontwerp enkel naar bestuurlijke geldboetes verwijst en niet, meer algemeen, naar bestuurlijke sancties. Bestuurlijke sancties die geen geldboete zijn, zouden dus onder de annulatiebevoegdheid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijven vallen. De Regering gaf hierbij als verantwoording dat het met andere maatregelen – bijv. de sluiting van een inrichting – niet steeds duidelijk is of het gaat om een straf in de zin van art. 6 EVRM. Hetzelfde kan echter gezegd worden van pecuniaire maatregelen, waarbij een herstelvergoeding niet steeds makkelijk te onderscheiden is van een geldboete.¹²³

De wetgever besloot uiteindelijk om de toevoeging van een 2° aan art. 16 RvS-wet volledig te schrappen. In het uiteindelijke wetsontwerp vinden we hier niets meer van terug. Wel werd aan art. 16, lid 1 RvS-wet een 8° toegevoegd dat bepaalt dat de afdeling bestuursrechtspraak uitspraak doet in volle rechtsmacht over beroepen die in deze zin aan de Raad van State werden toegewezen.

Besluit

59. Met de overgang na de Tweede Wereldoorlog van nachtwakersstaat naar sociale verzorgingsstaat namen de bevoegdheden van de administratie, alsook de invloed van overheidsoptreden in private relaties, gevoelig toe. Parallel aan deze evolutie steeg de aandacht voor rechtsbescherming, zowel wat betreft de normen waaraan bestuurlijke overheden onderworpen zijn, als de controle op deze normen.

60. De verplichting van behoorlijk handelen kreeg o.m. weerklink in de beginselen van behoorlijk bestuur die sinds de jaren '70 opgang maakten in het Belgische bestuursrecht. Inmiddels moeten bestuurlijke overheden zo rekening houden met een scala aan procedurele en inhoudelijke ongeschreven normen. Traditioneel is het uitgangspunt dat deze normen in de hiërarchie boven reglementaire besluiten staan, maar steeds ondergeschikt zijn aan formele wetgeving. Voor inhoudelijke beginselen wordt deze regel al langer betwist. Onder invloed van art. 6 EVRM en art. 47 EU-Handvest moet echter ook de wettelijke waarde van procedurele beginselen worden genuanceerd. Sommige rechtscolleges gaan zover om de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks uit art. 6

¹²² Adv.RvS bij het Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedure-regeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2277/1, 101 e.v.

¹²³ De Afdeling wetgeving vermeldt in dit kader ook de onduidelijkheid wanneer een administratieve geldboete wordt opgelegd samen met een andere administratieve sanctie.

EVRM af te leiden.

61. Het traditionele kader voor de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen is gebaseerd op het onderscheid tussen gebonden bevoegdheden en discretionaire bevoegdheden. Gebonden bevoegdheden kunnen vol worden getoetst, discretionaire bevoegdheden enkel marginaal. Of er sprake is van een gebonden of discretionaire bevoegdheid is dan afhankelijk van de vraag of een bestuur in een bepaalde casus een appreciatiemarge bezit.

62. Dit traditionele toetsingskader geeft echter een te simplistisch beeld. In sommige gevallen gaat een rechter die zich moet uitspreken over discretionaire bestuursbeslissingen immers verder dan een kennelijke onredelijkheidstest. Hoewel vaak een verantwoording ontbreekt identificeerden we drie elementen die in dit verband een rol kunnen spelen: een recalcitrante overheid, de aanwezigheid van fundamentele rechten en vrijheden en de invloed van supranationale normen (art. 6 EVRM-art. 47 EU-Handvest).

63. In de regel beschikt een (bestuurs)rechter enkel over de mogelijkheid om een onwettige bestuursbeslissing te annuleren of buiten toepassing te laten. In een minderheid van de gevallen voorziet de wetgever echter in een hervormingsbevoegdheid of substitutiebevoegdheid.

Het laatste decennium kent de bestuursrechtspraak bovendien een trend naar finale geschillenbeslechting. In navolging van de Vlaamse Raad voor Vergunningsbetwistingen kreeg de Raad van State verschillende nieuwe bevoegdheden, naast de traditionele annulatiebevoegdheid.

België: toetsing van het bestuurshandelen door de gewone hoven en rechtbanken

Françoise Auvray

0.	Afbakening van het onderzoek en terminologische afspraken	98
1.	De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet (een verweermechanisme tegen onwettige bestuursbesluiten)	110
1.1.	De toetsingsbevoegdheid van de rechter op de bestuursbesluiten	110
1.2.	De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie	115
2.	De wettigheidstoets bij het identificeren en doen naleven van een subjectief recht ingevolge een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur (een kwestie van rechtsmacht en gegrondheid van de vordering)	117
2.1.	De toetsingsbevoegdheid bij het bepalen van een volledig gebonden bevoegdheid	119
2.2.	De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie	121
3.	Een toetsing van bestuurshandelingen via privaatrechtelijke mechanismen	122
3.1.	De toetsingsbevoegdheid op de bestuurshandeling bij buitencontractuele fout (artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek)	123
3.2.	De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie	133
4.	Besluitend: antwoorden op de 6 richtlijnen	134

0. Afbakening van het onderzoek en terminologische afspraken

Onderzoek naar de *rechterlijk toetsing door de Belgische burgerlijke¹ rechter op de bestuurshandelingen²* vereist een duidelijke afbakening van het onderwerp.

Wie toetst? Welke rechters?

Mijn onderzoek spitst zich toe op de gewone hoven en rechtbanken in hun kerntaak als rechters van het subjectief geschil.³ Hun controle op bestuurshandelingen, gebeurt er nooit los van een subjectief geschil. De toetsing is noodzakelijk accessoir.⁴ Er werd gekeken naar de rechters oordelend ten gronde en in kort geding.

Vallen buiten mijn onderzoek: 1) de administratieve rechtbanken (bijvoorbeeld de Raad van State en de gespecialiseerde administratieve rechtbanken zoals bijvoorbeeld de Raad voor vergunningenbetwistingen, de Raad voor vreemdelingenbetwistingen,...), maar ook 2) de hoven en rechtbanken van de rechtelijke orde in zoverre ze de bevoegdheid kregen om op te treden als verhaalrechters in administratieve aangelegenheden (bijvoorbeeld de gewone hoven en rechtbanken optredend als beroepsrechter tegen administratieve GAS-boetes, tegen beslissingen van de regulatoren zoals de CREG, tegen stedenbouwkundige herstelmaatregelen, ...).⁵ Een eerste reden voor het uitsluiten van deze tweede categorie ligt in de eigenheid van dergelijke verhaalsprocedures nu ze beantwoorden aan een meer publiekrechtelijke logica. De hoven en rechtbanken treden er op als (laatste) schakel in het objectief contentieux tegen bestuursbesluiten.⁶ Een tweede reden voor deze uitsluiting is de vaststelling dat de omvang en de intensiteit van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter als-

* KULeuven

¹ Ik verkies in deze bijdrage de termen 'gewone hoven en rechtbanken'. Zij dekken immers ook de strafrechtelijke hoven en rechtbanken, de arbeidsrechtbanken, enz., die strikt genomen niet 'burgerlijk' zijn van aard.

² Terminologie van de vraagstelling en de richtlijnen.

³ Een subjectief contentieux heeft tot doel een geschil te beslechten tussen personen die jegens elkander rechten en of plichten kunnen doen gelden. Voor een beknopt overzicht van de rol van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en het onderscheid tussen het objectief en subjectief recht, zie M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Brusel, Larcier, 2017, 89-104.

⁴ M. PÂQUES en L. DONNAY, "Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge", *CDPK* 2007, 78.

⁵ Zie hiervoor de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

⁶ Een objectief contentieux heeft tot doel de beslissing zelf van de administratie aan te vechten en deze zo mogelijk uit het rechtsverkeer te doen verdwijnen.

ook de mogelijkheid voor de rechter om de rechtshandeling (al dan niet) zelf te hervormen vaak⁷ bepaald zijn door de bijzondere wetgeving.

Wat wordt er getoetst? Welke bestuurshandelingen?

Mijn onderzoek hanteert een ruime invulling van het begrip *bestuurshandeling*. Er werd gekeken naar de toetsingsmogelijkheden van de gewone hoven en rechtbanken op zowel het handelen als het nalaten van de administratie. Dit dekt 1) de individuele administratieve beslissingen (benoemingen, stedenbouwkundige attesten, e.a.), 2) de reglementaire administratieve rechtshandelingen (ministeriële besluiten, e.a.), 3) het omstandig stilzwijgen (*silence circonstancié*) dat wordt gelijkgesteld met een weigeringsbeslissing en 4) het simpelweg handelen of niet handelen buiten de vorm van een geformaliseerde *beslissing* (hierna duid ik de drie eerste categorieën samen aan met de term *bestuursbesluiten* en het geheel met de term *bestuurshandelingen*).⁸ Verder zal blijken dat niet elke bestuurshandeling het voorwerp kan uitmaken van dezelfde toetsing door de rechter.

Welke toetsing?

Zoals geformuleerd in de vraagpunten strekt dit onderzoek ertoe de gevallen te bepalen waar de rechter in zijn toezicht op bestuurshandelingen mogelijks *verder* gaat dan een wettigheidscontrole. De vraagstelling spreekt ook van het *verruimen* en *intensiveren* van de toetsing wat kan leiden tot het *beperken* van de *discretionaire marge* van het bestuur.⁹ Zo omschreven vereist deze doelstelling enige terminologische precisering.

Om te weten of de toetsing verder gaat dan een wettigheidscontrole en zich begeeft op het vlak van de opportuniteit, dient verduidelijkt wat een wettigheidscontrole is en wat een opportuniteitscontrole is. In de literatuur en rechtspraak vinden we traditioneel nog een bijkomend onderscheid tussen de toetsing van de externe wettigheid en die van de interne wettigheid.

Traditioneel wordt meegegeven dat toetsen op de externe wettigheid betekent dat de rechter nagaat of een bestuursbesluit¹⁰ voldoet aan eventuele vormver-

⁷ Doch niet altijd. Zie de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

⁸ Ik maak in deze bijdrage de keuze van een eigen terminologie in de hoop het begrip tussen Nederland en België en tussen privaat- en publiek recht te vergemakkelijken. Verwarring blijft evenwel onvermijdbaar; zo is een *bestuurshandeling* volgens de wet van 29 juli 1991 eerder een akte die ik hier verder zal aanduiden met de term *bestuursbesluit*.

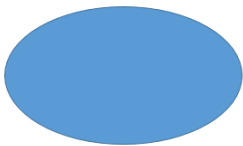
⁹ Terminologie van de vraagstelling en de richtlijnen.

¹⁰ Ik spreek hier bewust van een bestuursbesluit en geen bestuurshandeling. Het louter niet

eisten en of het besluit valt onder de bevoegdheid van het besluit nemende bestuur en/of orgaan. Of, meer algemeen, de externe wettigheid polst naar de regelmatigheid van de besluitvorming.¹¹ Zo zal de rechter kunnen nagaan bijvoorbeeld, of een administratieve beslissing motieven bevat conform de wet van 29 juli 1991, of de beslissing werd ondertekend, ... De controle op de interne wettigheid van een bestuursbesluit¹² wordt minder gemakkelijk omschreven. De essentie is dat de rechter de inhoud van de handeling nagaat op conformiteit met de wet. Is het besluit zelf in strijd met de wet of niet? De interne wettigheidstoets wordt ook omschreven als een controle op machtoverschrijding of machtafwending, of nog als een controle op de juiste toepassing van het wettelijk kader zelf alsook diens toepassing op de feiten. Deze bijdrage leent zich niet tot een gedetailleerde opsomming van alle deelaspecten van de toetsing op interne wettigheid, voor zover dat überhaupt mogelijk is. Wel lijkt het noodzakelijk om het intellectueel proces te overlopen dat elke wettigheidscontrole inhoudt, ongeacht of het gaat om een wettigheidscontrole op een besluit van het bestuur of ruimer op een handeling van het bestuur en ongeacht of het gaat om een interne dan wel externe wettigheidscontrole.

Een wettigheidstoets?

Een wettigheidstoets impliceert noodzakelijk dat door de rechter de toetsingsnorm nauwkeurig wordt geïdentificeerd. Aan welke wettelijke norm moet hij toetsen (geschreven, ongeschreven norm, nationale of internationale norm?, ...), wat houdt de norm in (welke juridische begrippen moet hij hierbij hanteren? Hoe wordt de wetgeving ingekleurd en nader bepaald door de rechtspraak? Met welke rechtspraak houdt hij rekening? ...). Hiermee bepaalt de rechter het referentiekader dat als volgt kan worden weergegeven:



handelen van het bestuur (en dus niet in de hypothese waar het stilzitten kan worden gelijkgesteld met een weigeringsbeslissing) kan niet getoetst worden op de conformiteit met formele vereisten. Wat de bevoegdheidsregels betreft zou juistheid gebieden om te nuanceren en de termen bestuurshandeling te gebruiken. Bevoegdheidsregels gelden immers ook voor niet geformaliseerde handelingen. Het onderscheid tussen interne en externe wettigheid komt evenwel in de doctrine vaak voor bij het objectief contentieux en de toetsingsbevoegdheid overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet, vandaar de keuze om ongenueanceerd het onderscheid hier ook te hernemen.

¹¹ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, Die Keure, 2011, 333, nr.350.

¹² Ook hier zou beter worden gesproken over de handeling (zie opmerking 10).

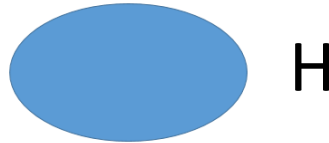
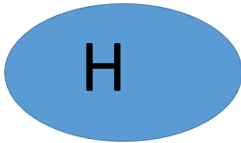
Ook identificeert de rechter nauwkeurig het handelen van het bestuur zelf (die handeling (H) kan al dan niet vervat zijn in een bestuursbesluit (B)). Wat heeft het bestuur precies beslist? Hoe heeft het bestuur gehandeld of net niet gehandeld? Een bestuursbesluit zal desnoods moeten worden geïnterpreteerd,... Schematisch geven we de bestuurshandeling als volgt weer:

H

De laatste stap van de wettigheidscontrole bestaat er tenslotte is om na te gaan of de handeling past binnen de grenzen van het wettelijk referentiekader. Schematisch kunnen we deze stap als volgt weergeven:

a. Wettig

b. Onwettig



Dit stappenplan geeft aan of een handeling wettig is (a - de handeling past binnen de grenzen van de wet) of onwettig (b - de handeling bevindt zich buiten de grenzen van de wet).

Geen opportuniteitstoets?

Op zich verklaart de logica van de wettigheidstoets niet het risico op inmenging *in opportuniteit*. Om te weten of er sprake is van een opportuniteitstoets is een bijkomend inzicht nodig. Er moet rekening worden gehouden met de ruimere wettelijke context waarin het bestuur handelt.

Zo zal het handelen van het bestuur soms worden omkaderd door normen die zodanig *richtinggevend*¹³ zijn dat zij aan het bestuur een welbepaalde manier van handelen opleggen eens de voorwaarden vervuld zijn. Mits aan de wettelijke voorwaarden voldaan, is er maar 1 wijze waarop het bestuur in conformiteit met

¹³ Ik verkies opnieuw een *neutrale* (niet door de doctrine gebruikte) term boven de verschillende alternatieven. De bedoeling is om het begrip tussen België en Nederland te vergemakkelijken, alsook om te vermijden dat te snel zou worden teruggegrepen naar de geïnternaliseerde concepten zoals de 'specifieke rechtsnorm' bij het aansprakelijkheidsrecht, de 'acte clair' in het internationaal en Europees recht, 'gebonden en discretionaire' bevoegdheden in het publiek recht enz. De bedoeling van deze inleidende uiteenzetting is om een breed kader te schetsen van het redeneringspatroon, los van de later besproken toetsingsmechanismen. Ik had ook de term "bepalend" kunnen hanteren.

de wet kan handelen.¹⁴ Het normenkader kent aan het bestuur geen **beleidsruimte** toe. We denken bijvoorbeeld aan de wet van 29 juli 1991¹⁵ die oplegt dat *bestuurshandelingen* (zoals door die wet gedefinieerd) motieven moeten bevatten. Deze formele verplichting (er moeten motieven zijn, ongeacht of deze nu afdoende zijn of niet) is duidelijk richtinggevend. Eens vaststaat dat een akte past onder de definitie van *bestuurshandeling*, kent het bestuur geen ruimte om ‘half wettig te handelen. Ofwel zijn er motieven en handelt het bestuur wettig, ofwel zijn er geen motieven en dan handelt het bestuur onwettig. Hetzelfde geldt voor bevoegdheidsregels bijvoorbeeld. Ofwel is het bestuur overeenkomstig de toewijzingsbepalingen bevoegd, ofwel niet. Deze voorbeelden hebben betrekking op wetgeving die de externe wettigheid van de besluiten betreft. Maar er zijn ook richtinggevende normen die betrekking kunnen hebben op de interne wettigheid van een akte of handeling. Zo is er bijvoorbeeld regelgeving die voorziet in vaste verloningsbedragen in functie van de anciënniteit van een ambtenaar.¹⁶ Met zoveel jaar anciënniteit op de teller moet het bestuur zoveel euro’s verloning toekennen. Doet het bestuur dat niet, dan is de beslissing onwettig.

Zoals door verscheidene auteurs reeds opgemerkt, zal het bestuur ondanks die richtinggevende aard van de norm soms beschikken over een zekere **beoordelingsruimte** bij het nagaan van de voorwaarden van de wet. Dit hangt samen met het gebruik van open normen en begrippen¹⁷ zoals ‘het belang van het kind’, ‘hoogdringendheid’, ‘overmacht’, ... Het bestuur is dan in essentie bevoegd *“in deze gevallen de verbinding te maken tussen een ruim omschreven wettelijke norm en het individuele voorliggende geval”*.¹⁸ Het bestuur kan binnen deze beoordelingsruimte oordelen maar is wel gehouden tot de juridische inkleuring van dergelijke begrippen, inkleuring die mede voortvloeit uit de rechtspraak. Het bestuur beschikt in die gevallen over beoordelingsruimte, maar niet echt

¹⁴ C. VANHAEGENBORGH, Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, bedenkingen in Europees perspectief”, in COOREMAN, I. (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 249, nr. 28.

¹⁵ Art. 2.: “De bestuurshandelingen van de besturen bedoeld in artikel 1 moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd.”

¹⁶ Zie voorbeelden in A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 1068, nr. 1200.

¹⁷ Zie iVm deze evolutie F. OST en M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Brussel, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597.

¹⁸ J. PUT, “Discretionaire bevoegdheden in het socialezekerheidsrecht” in D. SIMOENS, D. PIETERS, J. PUT, P. SCHOUKENS en Y. STEVENS (eds.), *Sociale zekerheden in vraagvorm. Liber Amicorum Jef Van Langendonck*, Mortsel, Intersentia, 2005, 343-360, nr. 5.

over beleidsruimte. Inderdaad, wanneer aan de voorwaarden is voldaan voor een bepaalde anciënniteit moet het bestuur het vast bedrag toekennen. Het bestuur beschikt niet over een beleidsruimte om meer of minder toe te kennen. Zijn handelen is in dat opzicht gebonden. Er is dus een onderscheid te maken tussen de vrije appreciatie die een bestuur kan maken bij het beoordelen van de feiten en voorwaarden voor de toepassing van wetgeving en beleidsruimte van het bestuur. Wat ik in deze bijdrage bedoel met richtinggevende wetgeving is wetgeving die de beleidsruimte ontnemt doch niet de beoordelingsruimte.¹⁹ Wetgeving die aan het bestuur zelfs geen beoordelingsruimte toekent zal leiden tot een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur (zie infra 2.).

Andere normen zijn minder richtinggevend. Zij kunnen bijvoorbeeld een te behalen resultaat vooropstellen: zoals niet-discrimineren²⁰, of het behartigen van het algemeen belang. Ze geven evenwel niet aan hoe dit moet worden verwezenlijkt. Het bestuur beschikt er naast beoordelingsruimte, ook over een zekere beleidsruimte. Er bestaan immers verschillende manieren om aan beleid te doen zonder te discrimineren of zonder het algemeen belang te schaden. Met andere woorden, er bestaan verschillende manieren om binnen het wettigheidskader te handelen (H1, H2, H3). De keuze voor H1 in de plaats van H2 of H3 is een eigen soevereine keuze in hoofde van het bestuur. De keuze voor H1 in plaats van H2 kadert binnen een beleidskeuze en is in hoofde van het bestuur een beoordeling naar opportuniteit. Schematisch kunnen we het verschil als volgt weergeven:

a. richtinggevend b. niet richtinggevend

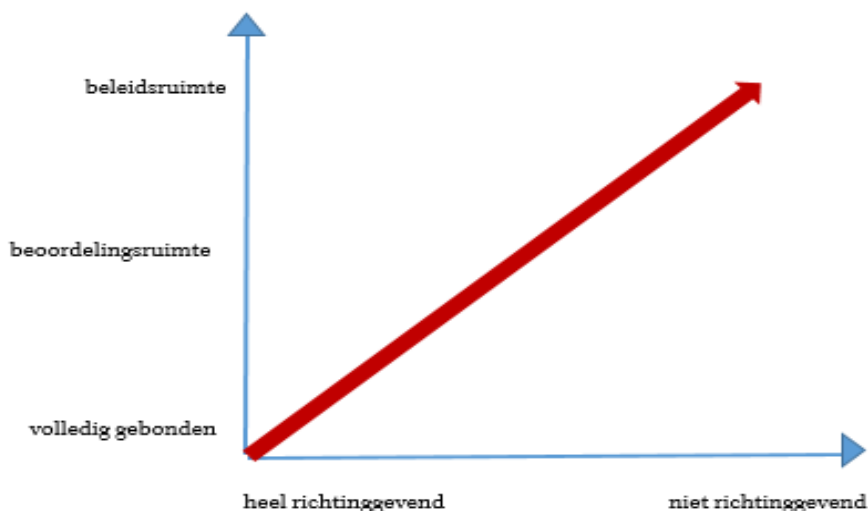


Een controle op die keuze binnen de vrije beleidsruimte kan leiden tot een beoordeling in opportuniteit. Een rechter die louter zou oordelen over de gepastheid van de keuze voor H1 in plaats van H2 of H3, zou mogelijks oordelen in opportuniteit. Hij zou zijn overtuiging in de plaats kunnen stellen van die van het bestuur.

¹⁹ De vrije beoordelingsruimte van het bestuur blijft, doch onder toezicht van de rechter.

²⁰ Men kan evenwel ook oordelen dat het onbepaald karakter van het verbod op discriminatie eerder voortvloeit uit de mogelijkheid voor het bestuur om de objectieve criteria voor een onderscheiden behandeling van vergelijkbare groepen te bepalen. Dit neemt evenwel niets weg aan het gemaakte argument.

Volledigheidshalve dient, zoals ook door Put benadrukt, erop gewezen dat de grenzen tussen volledig gebonden bevoegdheden, bevoegdheden met beoordelingsruimte en bevoegdheden met beleidsruimte niet gemakkelijk te trekken vallen. Het onderscheid tussen de categorieën moet eerder worden aanschouwd als een continuüm.²¹ Schematisch valt dit beter met een glijdende schaal weer te geven dan met drie afzonderlijke kolommen:



Het onderscheid tussen een toetsing naar wettigheid en een naar opportuniteit is essentieel wanneer sprake is van controle van de bestuurshandelingen door de gewone hoven en rechtbanken in het subjectief contentieux.²² Er is immers een **principeel verbod op toetsing in opportuniteit** en dit verbod houdt verband met de machtsverdeling tussen de rechterlijke macht en de uitvoerende macht en het gekend beginsel van scheiding der machten.²³ De rechter van de rechterlijke macht, bewaker van het recht, mag zich in beginsel niet wagen op

²¹ J. PUT, *op.cit.*, 343-360, nr. 5.

²² In het kader van sommige administratieve beroepen is een dergelijke controle wel toegelaten. Ook in bepaalde specifieke bevoegdheden van het objectief contentieux voor de gewone hoven en rechtbanken is een dergelijke controle toegestaan. Hiervoor verwijs ik naar de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

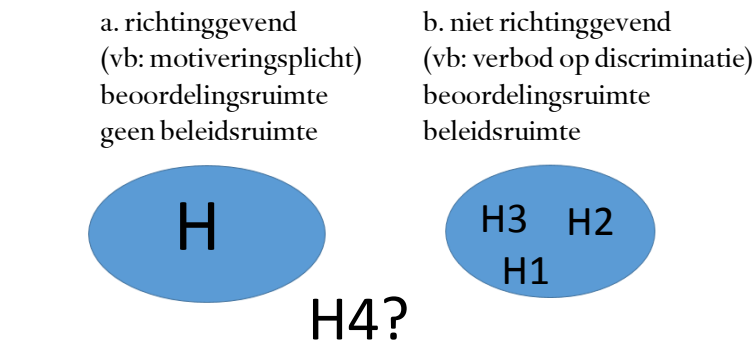
²³ Of beter gezegd, de *samenwerking* der machten. O.m. A. ALEN, "De scheiding der machten - Enkele inleidende kanttekeningen" in ALEN, A. en SOTTIAUX, S. (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke standpunten - Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, 3 e.v.; Ph. GERARD, "Politieke theologie en de scheiding der machten, Flandria in het licht van de ideeëngeschiedenis, 101-102, nrs. 39 en 41; J. THEUNIS, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht", in COOREMAN, I. (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 156, nr. 2.

het terrein van het administratieve optreden.²⁴ Wil dit zeggen dat van zodra het bestuur beschikt over beoordelingsruimte dan wel beleidsruimte de gewone hoven en rechtbanken binnen het subjectief contentieux zich moet onthouden van enige controle? Neen. In geen geval.

Zowel over de beoordelingsbevoegdheid als de beleidsbevoegdheid van het bestuur is een toetsing mogelijk. Het is dus niet omdat er enige ruimte is in hoofde van het bestuur dat elke rechterlijke controle uitgesloten is. De controle door de rechter is er evenwel slechts een van wettigheid (in de brede zin van het woord).²⁵

Er wordt soms gezegd dat de controle op de externe wettigheid geen risico inhoudt op een controle op de opportuniteit. Deze stelling is wellicht terecht. Ze valt wel eerder te verklaren door de vaak (doch niet altijd) richtinggevende aard van de bepalingen die de externe wettigheid aanbelangen, veeleer dan door het onderscheid dat wordt gemaakt ten opzichte van de interne wettigheid. Door die richtinggevende aard is geen ruimte voor beleidsruimte. Er is dan ook geen echt risico op inmenging in die niet aanwezige beleidsruimte. Risico op opportuniteitstoetsing ligt meer voor de hand op het niveau van de interne wettigheidscontrole omdat daar vaker sprake is van normen die niet of minder richtinggevend zijn.

Laten we voor een goed begrip de bovenvermelde schema's nog eens herne-



²⁴ Zeer verhelderend betreffende de rol van de rechters; recent F. KUTY, "La contribution des cours et tribunaux à l'élaboration du droit pénal", *RCJB* 2019, 29-97.

²⁵ Walter Van Gerven duidt dit aan met de term '*rechtmatigheidscontrole*' in plaats van '*wetmatigheidscontrole*' om te benadrukken dat de toetsing ruimer is dan de enkele wetteksten en de toetsing dus ook gebeurt op de algemene beginselen. W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, 966.

Betreffende de bestuurshandeling H4, zal de rechter kunnen vaststellen dat het onwettig is (er is bijvoorbeeld een gebrek aan motieven of er is een schending van het verbod op discriminatie). De handeling bevindt zich buiten de grenzen van het wettige. Zo'n toetsing is toegelaten. Een beoordeling louter naar de *voorkeur* voor H1 boven H3 zou daarentegen principieel niet toegelaten zijn.

Met welke gevolgen?

Eens de onwettigheid is vastgesteld, rijst een volgende vraag. Wat kan de rechter doen eens die onwettigheid is vastgesteld? Kan hij de onwettige situatie verhelpen? Moet hij de onwettige handeling negeren? Moet hij de mogelijke schadelijke gevolgen ervan vergoeden? Deze vragen polsen naar de sanctie²⁶ van een onwettigheid. Ik kom daar straks nog nader op terug (zie *infra* 1,2,3). Wel kan reeds worden aangegeven dat ook betreffende de vraag van de *sanctie*, de grens van het verbod op inmenging in de opportuniteit geldt. De gewone hoven en rechtbanken mogen ook bij het *sanctioneren* van de onwettigheid de grens van de opportuniteit niet overschrijden.

Tenslotte moeten we waarschuwen voor de theoretische benadering van het verbod op opportuniteitstoetsing. Het is immers denkbaar dat de rechter onder het mom van een wettigheidcontrole, eigenlijk *de facto* een opportuniteitsbeoordeling uitoefent. Of met andere woorden de wettigheidscontrole instrumentaliseert. In dat geval moeten we niet spreken over een 'geïstitutionaliseerde' toelating om in opportuniteit te toetsen maar van een soort misbruik of afwenden van de eigen toetsingsbevoegdheid van de rechterlijke macht.

Deze bedenkingen betreffende de grenzen van de wettigheid en de opportuniteit dienen als rode lijn doorheen de verdere bijdrage. Immers, indien de grens van de opportuniteit niet mag en ook nooit wordt overschreden, zal ons besluit luiden dat de gewone hoven en rechtbanken in het subjectief contentieux zich beperken tot een wettigheidstoets. Als de grenzen wel mogen of *de facto* worden overschreden, zal het besluit genuanceerder moeten (zie *infra* 4.).

Met welke intensiteit wordt er getoetst? –

Een laatste punt dat op scherp moet worden gesteld, alvorens over te gaan tot de typologie van mogelijke toetsingen, is de vraag naar de intensiteit van de toetsing (zij het bij een wettigheidscontrole, zij het bij een opportuniteitscon-

²⁶ Opnieuw is de keuze voor deze term bedoeld voor een goed begrip tussen België en Nederland, de term moet ruim worden begrepen, losstaand van de geïnternaliseerde ladingen die het kan krijgen, bijvoorbeeld in het verbintenissenrecht. Ik had ook de term "remedie" kunnen hanteren.

trole). Hiermee verwijst ik naar de tot verwarring leidende termen van *volle rechtsmacht*. In mijn onderzoek hanteer ik die term zo weinig mogelijk. Ik verkiez wanneer sprake van de bevoegdheid om te toetsen op de wettigheid door de gewone hoven en rechtbanken, de termen volledige rechterlijke controle.²⁷ Bovendien hanteer ik deze enkel om aan te geven dat de rechter zijn controle volledig kan uitoefenen zonder terughoudendheid. Zeer praktisch betekent dit dat de rechter in alle vrijheid de toets kan uitvoeren en de onwettigheid van het bestuurshandelen kan vaststellen, rekening houdende met niet alleen het recht maar ook de feiten. De vraag met welk recht en welke feiten hij precies rekening mag houden hangt af van de type toetsing (zie *infra* 1,2,3).

Tegenover deze invulling van de toetsingsintensiteit worden soms andere concepten afgezet.

- Te denken valt aan de zo gezegde marginale toetsingsbevoegdheid. Ook deze termen kunnen tot verwarring leiden omdat ze, afhankelijk van de context, verschillende ladingen dekken. Zo spreekt men bijvoorbeeld van marginale controle op rechtsmisbruik.²⁸ Hierbij kan de rechter slechts rechtsmisbruik sanctioneren wanneer hij vaststelt dat de grenzen van een redelijke uitoefening van een recht *kennelijk* werden miskend. Eenzelfde gebruik van de termen “terughoudendheid” en “kennelijk”, wordt gehanteerd bij de beoordeling bijvoorbeeld van de redelijkheid bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden. De literatuur spreekt ook daar van een terughoudendheid die de rechter aan de dag moet leggen. De termen zijn enigszins bedrieglijk, omdat het de indruk kan wekken dat de rechter minder doortastend zou moeten te werk gaan. Dit is m.i. evenwel niet het geval. Ook hier mag de rechter volledig toetsen aan de wet en de feiten, alleen zal hij de bestaande beleidsruimte of vrijheid in het uitoefenen van een recht of discretionaire bevoegdheid moeten in overweging nemen (meer hierover *infra* 1 en 3).

Ook wordt gesproken van de marginale controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie op de wettelijke begrippen. Hierbij is het aan het Hof van Cassatie toegelaten om na te gaan of de rechters ten gronde op basis van de door hen meegegeven motieven wel een bepaalde juridische redenering konden maken zonder een wettelijk begrip te schenden. Zo zal het Hof van Cassatie oordelen of de rechters ten gronde op basis van de door hen gegeven motie-

²⁷ Termen ontleend aan W. VAN GERVEN, op. cit., RW 1982-83, 968.

²⁸ Voor een overzicht van de theorie van rechtsmisbruik: S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions" in DUPONT, M. (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, 269-320.

ven konden besluiten tot het bestaan van, bijvoorbeeld, een buitencontractuele fout.²⁹ Hier is de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie in rechte, maar niet ten gronde. De cassatierechter kan geen rekening houden met andere feitelijke gegevens dan deze vastgesteld door de feitenrechter in zijn beslissing.³⁰ Op basis van die feiten mag hij vervolgens besluiten tot een schending van het wettelijk begrip indien de gevolgtrekking onmogelijk is.³¹ Anders dan de beroepsrechter die beschikt over de devolutieve werking, kan het Hof van Cassatie zelf de feitelijke gegevens niet opnieuw beoordelen.

- Volledige rechterlijke controle – zoals door mij gebruikt – mag evenmin worden gelijkgesteld met de al dan niet toegekende mogelijkheid tot *hervorming* van de bestuurshandeling. In sommige gevallen zijn de gewone hoven en rechtbanken hiertoe gemachtigd, in het bijzonder als ze oordelen binnen een objectief contentieux. Ik denk aan de beroepen tegen GAS-boetes waar het de rechter is toegelaten de boete te herzien (i.e. zelf het bedrag van de boete te bepalen)³², waardoor zijn rechterlijke beslissing als het ware in de plaats van de eerdere administratieve boete komt. Een dergelijke hervormingsbevoegdheid bestaat m.i. niet in hoofde van de gewone hoven en rechtbanken die in het kader van een subjectief contentieux het bestuurshandelen gaan toetsen. Overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet is de rechter bijvoorbeeld slechts bevoegd om onwettige administratieve akten buiten toepassing te laten, niet om deze te herzien of te vernietigen, of zelf een plaatsvervangende beslissing te nemen. De beslissing van de rechter zal zich dan niet in de plaats stellen van de onwettige handeling. Volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 EVRM impliceert overigens niet noodzakelijk hervormingsbevoegdheid.³³

²⁹ Inzake de buitencontractuele fout bijvoorbeeld: Cass. 24 mei 2018, C.17.0504.N.

³⁰ Zie beknopt C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2011, 91-92, nr. 94.

³¹ C. PARMENTIER, *op.cit.*, 2011, 99 en 104, nrs. 102 en 107, en de daar geciteerde rechtspraak.

³² Zie hierover de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

³³ Zie hierover bijvoorbeeld, P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde “volle rechtsmacht” van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties”, *Liber Amicorum Marc Boes*. Die Keure; Brugge, 2011, 404-405, en de daar gehanteerde voorbeelden van GAS boetes en administratieve boetes wegens inbreuk op de sociale wetgeving (voetnoten 37 en 38), zie ook J. THEUNIS, *op. cit.*, 2010, 225, nr. 66: “Niet de hervormingsbevoegdheid maar de mogelijkheid om alle feiten en alle juridische kwesties te beoordelen maakt immers de essentie uit van het begrip volle rechtsmacht in de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens”.

- Tenslotte mag volledige rechterlijke controle zoals in dit onderzoek gebruikt, niet worden verward met *de beoordeling prima facie*³⁴ van de kortgedingrechter. De kortgedingrechter mag immers rekening houden met de feiten van de zaak en de toets volledig doorvoeren, doch doet hij dit op het eerste zicht en ‘voorlopig’³⁵, op basis van de aan hem voorgelegde feiten en in hoogdringendheid. De *prima facie* beoordeling houdt eerder verband met de spoedeisendheid waarbinnen de beoordeling past en met de regels van het gezag van het gewijsde, dan met de intensiteit van de rechterlijke controle.

Naar een typologie

Al deze voorafgaandelijke opmerkingen indachtig leek het mij mogelijk om te komen tot een typologie van de wijzen van toetsing van bestuurshandelingen door de Belgische gewone hoven en rechtbanken binnen het subjectief contentieux. Ik onderscheid drie toetsingsvormen.

- De toetsing aan hiërarchisch hogere normen gesteund op artikel 159 van de Grondwet. Deze controle is beperkt tot de individuele administratieve akten, de reglementaire administratieve akten en de omstandige doch stilzwijgende weigeringsbeslissingen (hierna samen: *bestuursbesluiten*) (zie *infra* 1.).
- Een toetsing wanneer de rechter moet achterhalen of de eisende partij (de bestuurde) zich kan beroepen op een subjectief recht dat hij put uit een gebonden bevoegdheid van de administratie (zie *infra* 2.).
- Een toetsing van bestuurshandelingen via privaatrechtelijke mechanismen zoals de “overheidsaansprakelijkheid”, “rechtsmisbruik”, “burenhinder”, “eenzijdige wilsuiking”, enz. Naar haalbaarheid van dit onderzoek zal de aandacht voornamelijk uitgaan naar de overheidsaansprakelijkheid. (zie *infra* 3.)

Deze typologie heeft geenszins de pretentie exhaustief te zijn. Evenmin is de typologie sluitend. Zo zullen concrete geschillen op verschillende wijzen kunnen worden beslecht. Een vordering tot staking van het onrechtmatig handelen van de administratie kan, afhankelijk van de omstandigheden, ofwel worden benaderd als het rechtstreekse afdwingen van een subjectief recht (type twee) ofwel als een aansprakelijkheidsvordering dat herstel in natura van een fout van de administratie beoogt (type drie).³⁶ Een typologie hanteren heeft evenwel het voordeel de gelijkenissen (het zijn alle drie toetsingen die wettelijk zijn van

³⁴ Opnieuw wordt ook daar soms gesproken van *marginale* beoordeling : zie Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N.

³⁵ Cass. 24 september 2010 C.08.0429.N (term aldaar gebruikt door het Hof van Cassatie).

³⁶ Vgl. Cass. 24 januari 2014, C.10.0450.F, waar onder meer uitspraak werd gedaan over de vraag of het voorwerp van de vordering strekte tot het voorkomen van schade uit de onrechtmatige aantasting van het aangevoerde subjectieve recht op opvoeding van hun kinderen, dan wel tot het bekomen van een verblijfsrecht.

aard), de verschillen (de wijze waarop de wettigheidstoets concreet wordt doorgevoerd varieert) of de tendensen (al dan geen verhoogd risico op opportunititeitstoetsing) in kaart te brengen (zie *infra* 4.).

Deze methodologische bakens en preciseringen indachtig overloop ik hieronder de drie typologieën. Per typologie geef ik een korte schets van de vooropgestelde toetsingsbevoegdheid van de rechter, zowel op het niveau van de beoordeling van de handeling of het besluit zelf, als op het niveau van de sanctie³⁷. De stellingen worden geïllustreerd aan de hand van geselecteerde rechtspraak.³⁸ Dit overzicht zal toelaten om beknopt te antwoorden op de in de vraagpunten voorgelegde richtlijnen (zie *infra* 4.).

1. De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet (een verweermecanisme tegen onwettige bestuursbesluiten)

Overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet zijn de gewone hoven en rechtbanken bevoegd en zelfs verplicht om bestuursbesluiten³⁹ die strijdig zijn met de hiërarchisch hogere rechtsnormen buiten toepassing te laten. Letterlijk klinkt artikel 159 van de Grondwet als volgt: “De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen”. Hieruit volgt dat de rechter kan overgaan tot een wettigheidscontrole op het besluit zelf (1.1.) en dat de sanctie bestaat uit het buiten toepassing laten van het onwettige besluit (1.2.).

1.1. De toetsingsbevoegdheid van de rechter op de bestuursbesluiten

De context waarbinnen een dergelijke controle op de wettigheid kan plaatsvinden is zeer ruim. Niet alleen in een geschil tussen de bestuurde en de overheid (waarbij evenmin van belang is wie de onwettigheid opwerpt, de particulier of de administratie), maar ook tussen de bestuurde en een derde (i.e. niet de geadresseerde van het besluit) of zelfs tussen derden aan het besluit. Zoals eerder gezegd is het beroep op artikel 159 van de Grondwet een *accessorium* van een vordering van het subjectief contentieux (bijvoorbeeld in het kader van een aansprakelijkheidsvordering) en laat het de bevoegdheid van de rechtbanken on-

³⁷ Deze werkwijze moet toelaten om een antwoord te bieden op de volgende 5 vragen: **Wie** toetst? **Wat** wordt getoetst? **Waaraan** wordt getoetst? **Hoe** wordt getoetst? Met welke **gevolgen**? Het is aan de hand van deze vijf vragen dat ik op 4 oktober 2019 mijn onderzoek op transversale wijze toelichtte tijdens het panelgesprek in Den Haag.

³⁸ Volledigheid is illusoir en daarom werd voorkeur gegeven aan illustratieve rechtspraak van de periode tussen januari 2000 en augustus 2019.

³⁹ Zie de verantwoording van de woordkeuze *supra* 0.

aangeroerd. De wettigheidscontrole van artikel 159 van de Grondwet heeft betrekking op zowel de interne als de externe wettigheid.⁴⁰ Aldus kan de eerder uiteengezette redenering worden gehanteerd (zie *supra* 0.).

De eerste stap vereist het bepalen van het referentiekader ().

Aan welke normen wordt er getoetst? Het antwoord op deze vraag is zeer ruim, namelijk, de hiërarchisch gelijke en hogere normen.⁴¹ Dit dekt dus, de wetten, decreten, ordonnances, maar ook de Grondwet en zelfs de internationale normen met rechtstreekse werking. Over de vereiste van rechtstreekse werking bestaat betwisting naar Belgisch recht. Een zekere stroming, door mij gedeeld, meent dat zou volstaan dat een internationale norm deel uitmaakt van de nationale normenhiërarchie om in het kader van een wettigheidstoets als referentienorm te kunnen dienen.⁴² De controle op conformiteit aan de hogere normen, zelfs binnen een subjectief contentieux, blijft immers objectief van aard.⁴³ Het Hof van Cassatie blijkt evenwel rechtstreekse werking te vereisen.⁴⁴ De volgende stappen van de redenering van de rechter impliceren dan vervolgens dat 1) het besluit wordt geïdentificeerd en 2) dat wordt nagegaan of het besluit binnen de grenzen van het aldus bepaald wettig kader past.

Het Hof van Cassatie herinnert eraan dat deze toetsing volledig gebeurt, zonder terughoudendheid: “*Les juridictions contentieuses ont, en vertu de cette disposition, le pouvoir et le devoir de vérifier la légalité interne et externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception et ce contrôle de légalité n’est pas limité aux irrégularités manifestes dont cet acte pourrait être affecté*”.⁴⁵ Hieruit

⁴⁰ O.m. Cass. 12 december 2016, S.14.0104.F.

⁴¹ Meer hierover F.X. BARCENA, in X.. *L'article 159 de la Constitution: le contrôle de légalité incident.*, Brussel, die Keure, 2010, nr. 31, 131.

⁴² Zie uitdrukkelijk in die zin J. THEUNIS, *op.cit.* 2011, 330, nr.347 en de daar vermelde referenties, vgl. F. AUVRAY, “La violation d'un traité est-elle une faute ? – Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'État”, *JT* 2019, nr. 2, 21-28.

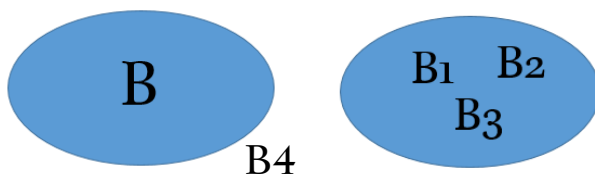
⁴³ Hierdoor is het niet absoluut nodig dat de particulier een subjectief recht put uit het internationaal verdrag zelf.

⁴⁴ Zie Cass. 18 december 2001, P.99.1548.N.; besproken door J. THEUNIS, *op.cit.* 2011, 329-330, nr. 346.

⁴⁵ “*Luidens artikel 159 van de Grondwet passen de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre ze met de wetten overeenstemmen; de met de eigenlijke rechtspraak belaste rechtscolleges, hebben, krachtens die bepaling, de bevoegdheid en de plicht om de interne en externe wettigheid te onderzoeken van elke bestuurs-handeling waarop een aanspraak, een verweer of een exceptie gegrond is, zonder dat die wettigheidstoetsing beperkt blijft tot de eventuele kennelijke onregelmatigheden van die handeling*”: Cass. 4 november 2011, C.09.0130.F, zie ook Cass. 4 december 2006, S.06.0066.F.

volgt dat de besluiten van het bestuur worden getoetst met een volledige rechterlijke controle, rekening houdend met het recht en de feiten. Een rechter die enkel bij een *kennelijke onwettigheid* een besluit buiten toepassing laat zal door het Hof van Cassatie worden teruggesloten.⁴⁶ Aan welk recht en met welke feiten de rechter hierbij dient rekening te houden lijkt af te hangen van de aard van de wettigheidstoets. Voor de toetsing van de externe wettigheid plaatst de rechter zich op het ogenblik dat het bestuursbesluit werd genomen. Voor de toetsing van de interne wettigheid plaatst de rechter zich op het ogenblik dat hij uitspraak doet.⁴⁷

Een beoordeling in opportuniteit is dan wel weer niet toegelaten. Opnieuw, en dit hoeft niet in details herhaald, zal er slechts een risico op inmenging in de opportuniteit zijn, in die gevallen waar binnen de grenzen van de geschonden wet verschillende beleidsmogelijkheden bestonden en de rechter zich in die keuze zou mengen (*zie supra* 0.).⁴⁸



B, B1, B2, B3 zijn alle vier wettige besluiten. B4 is onwettig. In het kader van de toetsing van artikel 159 van de Grondwet is de rechter slechts bevoegd om betreffende B4 te oordelen dat hij buiten de wettelijke grenzen ligt. Hiertoe is het in beginsel niet nodig voor de rechter om te oordelen over de niet gemaakte keuze voor B2 of B3 bijvoorbeeld. In theorie is er dus geen risico op opportuniteitstoetsing.

In de praktijk kan een wettigheidstoets evenwel overkomen als een toets naar opportuniteit. Ten eerste wanneer de wettigheidscontrole wordt uitgeoefend op de beoordelingsruimte van het bestuur. Ik neem als voorbeeld de vaak opgeworpen onwettigheid van een administratief reglementair besluit omwille van het niet consulteren van de Raad van State (afdeling wetgeving). Immers, enkel in geval van hoogdringendheid is een dergelijk voorafgaand advies niet

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Cass. 4 november 2011, C.09.0130.F.

⁴⁷ J. THEUNIS, *op.cit.*, 2011, 351-353, nrs. 372-373; zie evenwel F.X. BARCENA *op.cit.* 2010, 134, nr. 37.

⁴⁸ Zie ter illustratie het cassatiearrest van 3 juni 2010, C.08.0582.N: “*Het algemeen rechtsbeginsel (van scheiding der machten) belet de rechter aldus de opportuniteit van een retributie, verschuldigd krachtens een niet onwettig bevonden retributiereglement, te beoordelen en in te grijpen in de tariefstructuur van dit reglement.*”. Zie ook Cass. 4 december 2006, S.060066.F.

vereist. Er wordt dus van de rechter gevraagd na te gaan of er in een gegeven situatie inderdaad sprake was van hoogdringendheid, zo niet, is de akte waarvoor geen advies werd gevraagd onwettig. Is deze controle op het bestaan van hoogdringendheid een wettigheidscontrole of een opportuniteitscontrole? M.i. is dit duidelijk een wettigheidscontrole, aan de hand van het wettelijk begrip 'hoogdringendheid'. Uiteraard is de administratie diegene die bevoegd is om te oordelen over het bestaan van hoogdringendheid. Doch deze bevoegdheid kent niet aan het bestuur het recht toe om arbitrair te gaan oordelen. De bevoegdheid wordt omkaderd door wat wettelijk (en via de verfijning door middel van rechtspraak)⁴⁹ wordt aangezien als hoogdringend. Of nog anders gezegd, hoewel het aan het bestuur toekomt om de feiten als eerste te beoordelen en de hoogdringendheid in te schatten, beschikt zij daarom nog niet over een bevoegdheid tot willekeur. De rechter van de gewone hoven en rechtbanken is bevoegd om via 159 GW *a posteriori* erop toe te zien dat de grenzen werden gerespecteerd.⁵⁰ Hierbij zou de rechter evenwel enkel rekening mogen houden met de feiten die in het besluit worden meegegeven.⁵¹

In een arrest van 19 september 2012, (P.12.0394.F) oordeelt het Hof van Cassatie dat het feit dat de termijn voor omzetting van een richtlijn reeds een jaar was verstreken, niet verantwoordt dat geen advies (binnen de drie dagen) van de Raad van state werd gevraagd. Ook is de verantwoording dat de rechtszekerheid een snelle bekendmaking (publicatie) gebiedt van een KB dat nieuwe vergoedingen voorziet bij verbreking van sportcontracten, geen voldoende reden om geen voorafgaand advies te vragen.⁵²

Het gevoel van opportunitetstoetsing wordt nog groter wanneer de wettigheidscontrole wordt uitgeoefend op de beleidsruimte van het bestuur. Zoals eerder gezegd is het niet omdat er beleidsruimte is dat elke rechterlijke controle uitgesloten is. Die controle blijft er wel een naar wettigheid. Zo ook bijvoorbeeld de toets op "redelijkheid".⁵³ Het redelijkheidsbeginsel is – althans in België – vervat in rechtsnormen, minstens in de beginselen van behoorlijk bestuur.

⁴⁹ I. MATHY "Etendue des pouvoirs du juge à l'égard des décisions prises par une autorité administrative en matière de sécurité sociale. Observations sous l'arrêt de la Cour d'arbitrage 2078/2004 du 21 décembre 2004", *JLMB* 2005, nr. 8, 329.

⁵⁰ Zie ook C. VANHAEGHENBORGH, *op.cit.*, 253, nr. 32 en diens verwijzing naar J. PUT.

⁵¹ Cass. 21 januari 2008, S.07.0025.F.; zie evenwel Cass. 15 februari 2007, C.06.0071.F. waar de indruk kan worden gewekt dat wel rekening mocht worden gehouden met een late publicatie van het KB waarvoor geen advies werd genomen.

⁵² Cass. 21 januari 2008, S.07.0025.F, vgl. met Cass. 9 september 2002, S.00.0125.F.

⁵³ Voorbeeld gehanteerd door C. VANHAEGHENBORGH, *op.cit.*, 250, nr. 29 en MAST, A., e.a., *op.cit.*, 2017, 1096, nr. 1217.

Een controle op die beginselen is een wettigheidstoets, die ook in het kader van artikel 159 van de Grondwet door de rechter van de gewone hoven en rechtbanken mag worden doorgevoerd.⁵⁴ Toegegeven, in die bijzondere materie wordt de grens met een toetsing in opportuniteit wel bijzonder dun.⁵⁵ Auteurs stellen dan ook vaak dat de controle op redelijkheid een is die dient te gebeuren met gepaste terughoudendheid in hoofde van de rechter. Die terminologie van terughoudendheid vind ik zoals hierboven reeds gezegd, misleidend. Het kan leiden tot de overtuiging dat de rechter deze controle minder verreikend en serieus zou doorvoeren als de andere wettigheidscontroles. Dit is m.i. evenwel niet het geval. De toetsing gebeurt wel volledig. Er wordt rekening gehouden met het recht en de feiten. Hierbij zal de rechter wel respect hebben voor de bestaande en ook door hem erkende beleidsruimte van de overheid. Rekening houden met de beleidsruimte is m.i. en zoals eerder al aangegeven dus niet het gevolg van een verminderde of terughoudende toetsing van de rechter maar ingegrepen in de *in concreto* controle op redelijkheid zelf. Bovendien moet er ook worden gewezen dat deze controlemogelijkheid door de hoven en rechtbanken ook onder toezicht staat van het Hof van Cassatie.

De rechter toetst bijvoorbeeld ook aan het verbod op discriminatie (schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet) door o.m. na te gaan of een verschillende behandeling wordt verantwoord door een objectief en redelijk criterium.⁵⁶ Hij is bevoegd om de proportionaliteit te toetsen. Het Hof van Cassatie zal wel de rechter terugfluiten die op onwettige wijze deze toets doorvoert.

In een arrest van 19 januari 2016 (P.15.1091.N) oordeelt het Hof als volgt: *“Het gelijkheidsbeginsel kan maar zijn miskend indien op basis van de feitelijke concrete gegevens blijkt dat in rechte en in feite gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, zonder dat er een objectieve verantwoording bestaat voor deze ongelijke behandeling. Uit de enkele omstandigheid dat twee naast elkaar liggende percelen ingevolge twee verschillende gewestplannen een andere bestemming hebben gekregen, kan het arrest geen miskening van het gelijkheidsbeginsel afleiden. Het arrest dat op die enkele grond beslist tot de onwettigheid van het ene gewestplan in*

⁵⁴ Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N.; zie ook F.X. BARCENA *op.cit.*, 2010, 131, nr. 32.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld, P. POPELIER, “De wankel grens tussen wettigheid en opportuniteit”, noot onder Pol. Gent 14 juni 1999, RW 1999-2000, 827-828: *“Een rechter begrijpt, vanuit zijn functie, enkel een juridisch discours, d.i. een discours dat in juridische termen wordt verwoord. Juridische termen die de grens tussen wettigheids- en opportuniteitsbeoordeling aan het wankelen brengen, zijn in dit geval te vinden in de beginselen van behoorlijk bestuur. Die beginselen begrenzen immers de discretionaire beoordelingsruimte van het bestuur.”*

⁵⁶ Recent, Cass. 12 december 2016, S.14.0104.F.

zoverre het betrekking heeft op het perceel van de verweerder en om die reden de herstellvordering als ongegrond afwijst, is niet naar recht verantwoord”.

Tot slot wens ik een laatste keer te benadrukken dat hoewel de gevolgen van bestuursbesluiten politiek kunnen zijn, een toetsing door de rechter mogelijk is zolang die toetsing een is naar wettigheid. Bovendien is het niet omdat een beoordeling delicaat is dat de rechter zich hiervan noodzakelijk moet onthouden.⁵⁷ Of om het met de termen van prof. Theunis te zeggen: “*Dat de rechter zich niet zelf op het terrein van de opportuniteit mag begeven, betekent dus niet dat hij de overheid niet zou mogen beoordelen wanneer die zich op dat terrein bevindt. Het bestuur kan immers ook in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid onwettigheden begaan*”.⁵⁸ Het risico op toetsing in opportuniteit blijft uiteraard bestaan. Rechters kunnen de wettigheidscontrole instrumentaliseren.

1.2. De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie

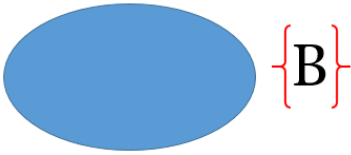
Wat de sanctie van de onwettigheid betreft, dient gewezen op het feit dat artikel 159 van de Grondwet de rechter wel gebiedt om aan de zijlijn te blijven. Hij beschikt overeenkomstig die bepaling niet over een hervormingsbevoegdheid (de rechter kan geen nieuw wettig besluit nemen in de plaats van het bestuur), evenmin beschikt de rechter over een vernietigingsbevoegdheid (de rechter kan het onwettige besluit niet vernietigen) en tenslotte beschikt de rechter ook niet over een injunctiebevoegdheid (de rechter kan de overheid op grond van artikel 159 van de Grondwet **alleen** niet bevelen een wettig besluit te nemen). Hij moet⁵⁹ de onwettige beslissing slechts zonder gevolg laten. Bovendien geldt de sanctie *niet erga omnes*, maar slechts *inter partes* in het kader van het geschil dat voorligt.⁶⁰ Schematisch kunnen we dit als volgt weergeven:

⁵⁷ Deze ideeën worden gedeeld door prof. P. Nihoul ik verwijs naar zijn mondelinge uiteenzetting op de lancering van de Belgisch-Luxemburgse HUB van het European Law Institute (ELI) op 27 mei 2019 in het St. Anna Kasteel in Brussel.

⁵⁸ J. THEUNIS, *op. cit.*, 2011, nr. 417.

⁵⁹ Hij is bij vaststelling van strijdigheid met de wet aldus wel echt verplicht om de bepaling buiten toepassing te laten. Zo werd een arrest gecasseerd dat beslist dat een artikel van een KB de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, maar vervolgens oordeelt dat de discriminatie waarop het arrest wijst voortvloeit uit een "extrinsieke leemte" die alleen door de Koning kan worden verholpen en om die reden toch de toepassing van het onwettig artikel van het KB onverlet laat, Cass. 10 oktober 2011, S.10.0112.F.

⁶⁰ C. VAN HAEGHENBORGH, *op.cit.*, 232, nr. 4.; MAST, A., e.a., *op.cit.*, 2017, 1085, nr. 1212.



In tegenstelling tot andere rechtsgronden die een wettigheidstoets toelaten (zie *infra* 2,3.) is er hier in theorie en op het vlak van de sanctie geen risico op inmenging in opportuniteitsoverwegingen. Het Hof van Cassatie waakt hierover.

Neem bijvoorbeeld het cassatiearrest van 17 maart 2003 (S.02.0022.N) betreffende de onwettigheid van een Koninklijk Besluit wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Er werd vastgesteld dat de werknemers/zeevissers er worden vrijgesteld van bepaalde bijdragen terwijl de vergelijkbare categorie van werknemers/visserteerders deze vrijstelling niet genieten. Het Hof van Cassatie herinnert eraan dat “*de niet-toepassing van een koninklijk besluit op grond van artikel 159 van de Grondwet slechts meebrengt dat het voor de betrokkenen geen rechten noch verplichtingen oplevert ; Dat wanneer de Koning het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schendt door vrijstellingen toe te kennen van de verplichting de loonmatigingsbijdrage te betalen, dit niet tot gevolg heeft dat de rechter, bij toepassing van de exceptie van onwettigheid van artikel 159 van de Grondwet, zelf bevoegd wordt het voordeel van de vrijstelling te verlenen aan een categorie van personen aan wie de Koning geen vrijstelling heeft toegekend*”.⁶¹

Dat het Hof van Cassatie geregeld moet tussenkomen toont aan dat het niet gemakkelijk is om te bepalen hoe concreet met de onwettigheid van een bestuursbesluit moet worden omgegaan. Wat houdt dat precies in ‘het buiten toepassing laten’ van een dergelijk besluit? De rechtspraak zegt dat dit betekent dat het onwettig besluit geen rechten of verplichtingen mag sorteren.⁶² Maar hoe verwezenlijkt men dat *in concreto*? Wat wel zeker is, is dat artikel 159 geen bevoegdheidsovergang kent van het bestuur naar de rechter.⁶³ Ook staat vast dat wanneer slechts een deel van het besluit onwettig is, niet het hele besluit terzijde moet worden geschoven maar slechts het onwettige deel. Het Hof van Cassatie onderschrijft de opdeelbaarheid van het besluit. In een arrest van 12 december

⁶¹ Vgl. Cass. 15 december 2003, S.03.0065.N.

⁶² Zie voor deze standaardbewoording bijvoorbeeld: Cass. 27 juni 2016, S.15.0014.N; Cass. 8 juni 2011, P.11.0181.F.

⁶³ J. THEUNIS, “De ‘exceptie van onwettigheid’ (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?,” RW 2007-08, 1280, nr. 38. En de verwijzing naar F. JUDO.

2016 (S.14.0104.F) bijvoorbeeld werd het arrest *a quo* niet gecasseerd dat enkel de discriminerende voorwaarde opgenomen in een KB buiten toepassing liet.⁶⁴

2. De wettigheidstoets bij het identificeren en doen naleven van een subjectief recht ingevolge een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur (een kwestie van rechtsmacht en grondheid van de vordering)

Dat de gewone hoven en rechtbanken bevoegd zijn om een subjectief recht te doen vaststellen of te doen naleven is onbetwist. Deze bevoegdheid behoort bovendien in geval van hoogdringendheid toe aan de voorzitter die dan zetelt in kortgeding. Wel nog onderhevig aan heel wat controversen is de inhoud die moet worden gegeven aan de term *subjectief recht*. Wat is een subjectief recht dat aldus voor de hoven en rechtbanken kan worden afgedwongen? In het privaatrecht stel ik vast dat een steeds ruimere invulling van de termen wordt aanvaard (recht op informatie, recht op privacy, recht op schadeloosstelling...).⁶⁵ Of deze evolutie moet worden onderschrijven is een vraag die ik in deze bijdrage niet kan uitwerken.⁶⁶

En toch is het begrip subjectief recht enigszins van belang voor dit onderzoek. Het belang kadert binnen de geschillen tussen de bestuurde en de administratie waarbij de bestuurde stelt te beschikken over een subjectief recht dat hij put uit een gebonden bevoegdheid van het bestuur.⁶⁷ Ik neem een voorbeeld. Stel dat een bestuurde misnoegd is met de weigering van het bestuur tot het verlenen van een verblijfsvergunning. Wat kan hij ondernemen in ons Belgisch dualistisch systeem? Een beroep bij de Raad voor vreemdelingenbetwistingen en zo nodig een vordering tot cassatie van diens beslissing voor de Raad van State. Met andere woorden de weg van het objectief contentieux. Of, indien hij be-

⁶⁴ Zie ook de verwijzingen naar andere cassatierechtspraak in de besluiten van de advocaat-generaal Génicot bij dit arrest; ook over deze problematiek J. THEUNIS, op.cit., RW 2007-08, 1278, nr. 34.

⁶⁵ Zie hierover o.m. de geschriften van T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 894 p.; F. OST, "Excès de droits, abus de procédures?", *JT* 2000, 3-4.

⁶⁶ De aarzelingen omtrent de ruime of strikte invulling van het begrip zijn m.i. wel een cruciaal knelpunt dat zou moeten worden uitgeklaard om enkele publiekrechtelijke en privaatrechtelijke materies beter op elkaar af te stemmen. Zo denk ik bijvoorbeeld aan de definitie van de buitencontractuele fout van de overheid (1382 BW zie *infra* 3.), maar ook aan de vereiste van schade, het verschil tussen stakingsvorderingen en aansprakelijkheidsvorderingen en de vereiste van al dan niet rechtsreeks werkende internationale bepalingen. Zie *supra* 1 en *infra* 3.

⁶⁷ Het toepassingsgebied is dus veel beperkter dan in type 1.

weert een subjectief recht te hebben op een verblijf, een vordering voor de gewone hoven en rechtbanken? Met andere woorden de piste van het subjectief contentieux. De dubbele piste leidt mogelijk tot bevoegdheidsconflicten tussen de Raad van state (of een ander rechtscollege voor objectief contentieux) en de gewone hoven en rechtbanken (artikel 144 van de Grondwet). Het is dan ook deels, doch niet uitsluitend⁶⁸, in het kader van de vraag naar de rechtsmacht van de respectievelijke hoven en rechtbanken dat zich voor het Hof van Cassatie (als rechter die zich over deze bevoegdheidsconflicten moet uitspreken⁶⁹) een rechtspraak heeft ontwikkeld die hier van belang is.

In deze context, wordt klassiek gesteld dat indien het handelen van de administratie *volledig gebonden* is (de administratie geniet geen enkele *discretionaire beoordelingsbevoegdheid*⁷⁰ omdat haar handelen volledig wettelijk omkaderd is), de beslissing van de administratie ook louter declaratoir (bevestigend) van aard is. Anders dan bij constitutieve (vestigende) handelingen zal niet de administratieve beslissing zelf het recht doen ontstaan,⁷¹ het recht was al vooraf bestaand, op basis van het objectief recht. Op zoek naar het bestaan van een subjectief recht, zal de rechter aldus moeten bepalen of het bestuur volledig gebonden was in zijn optreden (2.1), waarna de vraag rijst wat de rechter mag doen als hij vaststelt dat dit subjectief recht is miskend. Dit is de vraag van de *sanctie* (2.2.).

Voor de volledigheid moet ik evenwel meegeven dat volgens vaste cassatierechtspraak intussen geldt dat ook wanneer de bestuurde geniet van een subjectief recht dat **niet** voortvloeit uit een gebonden bevoegdheid maar uit een discretionaire bevoegdheid, de gewone hoven en rechtbanken in het subjectief contentieux bevoegd zijn voor het controleren van de *rechtmatigheid* van de beslissing van de administratie.⁷² Deze toetsing is er dan een naar wettigheid in de zin van het eerste type (159 van de Grondwet) of het derde type van mijn typologie (bijvoorbeeld een controle via overheidsaansprakelijkheid of rechtsmis-

⁶⁸ Ik ga hier niet in op de vraag van de pertinentie van het onderscheid tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid en het al dan niet bestaan van een subjectief recht als bevoegdheidscriterium. Hiervoor verwijs ik naar de reeds vermelde kritische bijdragen van Delange, Mathy en Put en de rechtspraak van het Hof: bijvoorbeeld Cass. 8 maart 2013, C.12.0408.N.

⁶⁹ Artikel 158 Grondwet.

⁷⁰ Ik gebruik hier de klassieke termen van de materie. Over de verhouding tussen deze termen en de door mij gehanteerde terminologie; zie infra 2.1.

⁷¹ Verhelderend is o.m. de conclusie van Werquin onder Cass. 20 december 2007, C.06.0574.F; A. MAST, e.a., *op.cit.*, 2017, 1067, nr. 1199.

⁷² Zie o.m. Cass. 26 maart 2009, C.07.0583.F; Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N; Cass. 24 november 2006, C.05.0436.N; Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N.

bruik; zie bespreking *infra* 3.).⁷³

Er zijn dus onderscheiden vragen, namelijk, eerst de vraag van de bevoegdheid en vervolgens de vraag van de gegrondheid. Of zoals door Pâques geformuleerd: “*Le juge ordinaire (...) ne peut admettre sa compétence que si la demande porte sur la sanction d'un droit subjectif. C'est une question de recevabilité au sens large. Si la revendication est bien celle d'un droit, le juge pourra examiner le fondement de ce droit et tirera les conséquences. Une fois l'obstacle de la compétence franchi, la nature de la compétence de l'administration, liée ou discrétionnaire conditionne le pouvoir du juge*”.⁷⁴

2.1. De toetsingsbevoegdheid bij het bepalen van een volledig gebonden bevoegdheid

De manier waarop het handelen van het bestuur gaat worden getoetst is dus anders dan bij de wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Hier toetst de rechter niet rechtstreeks een beslissing aan 1 of meerdere hiërarchisch hogere rechtsnormen, maar gaat hij de normatieve context van het handelen van het bestuur bepalen. De redenering van de rechter valt best te vergelijken met de stap die moet worden genomen op te achterhalen of er een risico bestaat op inmenging in opportuniteit (zie *supra* 0.). Wat de rechter immers doet is het vaststellen van de wettelijke context waarbinnen het bestuur moet handelen. Waarbij hij stelt of er sprake is van gebonden of discretionaire bevoegdheid van het bestuur. Enkel in de eerste hypothese zou het de rechter zijn toegelaten het bestaan van een subjectief recht vast te stellen.

Het hanteren van de traditionele dichotomie tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid is moeilijk. Zelfs in de meest recente arresten⁷⁵ hanteert het Hof de termen, gebonden en discretionaire bevoegdheid, waarbij het met de term beoordelingsvrijheid, dan eens wijst naar wat ik hier de beleidsruimte noem, dan weer naar wat ik begrijp onder beoordelingsruimte. Zoals door Put en Mathy reeds benadrukt, is de traditionele dichotomie onvoldoende genuanceerd om de bestaande nuances juist weer te geven. Uit de cassatierechtspraak blijkt

⁷³ Zie Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N, uit de feiten en procedurevoorgaanden blijkt dat de eisende partij haar subjectief recht putte uit een subjectief recht op niet-discriminatoire behandeling en op herstel van de schade door het foutief optreden van verweerster (1382 BW). (zie tweede onderdeel). Zie ook diezelfde dag, C.05.0436.N.

⁷⁴ M. PÂQUES, *op. cit.*, 123, nr. 66.

⁷⁵ Hiermee zeg ik niet dat de tripartite opsplitsing van Put en Mathy niet gekend is van het Hof. Zie bijvoorbeeld de uitdrukkelijke verwijzing naar die auteurs in de besluiten van Werquin onder Cass. 20 december 2007, C.06.0574.F (voetnoot 9 in het bijzonder).

in ieder geval dat niet alleen wanneer er beleidsruimte⁷⁶ bestaat, maar ook wanneer er beoordelingsruimte bestaat, geen sprake kan zijn van een vooraf bestaand subjectief recht. Het Hof vereist een volledig gebonden bevoegdheid (zie *supra* 0.).

Zo was er volgens het Hof geen sprake van een subjectief recht wanneer de minister bij de beoordeling van een verblijfsrecht beschikt over de mogelijkheid om die te weigeren indien hij oordeelt dat “*die vreemdeling de openbare rust, de openbare orde of de veiligheid van het land kan schaden*”. In dat geval is er geen volledig gebonden bevoegdheid en geniet verweerster dan ook geen enkel subjectief verblijfsrecht.⁷⁷ In een vergelijkbare materie, namelijk een visumrecht om in België te mogen studeren, neemt het Hof van Cassatie de termen “*een ten dele discretionaire*” bevoegdheid in de mond. Hiermee verwijst het Hof naar de bevoegdheid voor het bestuur om te achterhalen of de visumaanvrager “*werkelijk en concreet de bedoeling heeft in België te studeren*” en om de “*openbare orde*” te beoordelen.⁷⁸

De onduidelijkheid in de rechtspraak omtrent de vraag waar de grens tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid moet worden getrokken, neemt niet weg dat het vaststellen van het wettelijk kader waarbinnen het bestuur kan of moet handelen, een controle is dat wettelijke is van aard. De gewone hoven en rechtbanken zijn hier voor bevoegd. In theorie ligt het verglijden naar een beoordeling in opportuniteit niet meer voor de hand als bij type 1. Hiermee sluit ik evenwel niet uit dat ook hier – zeker gelet op de sanctie die veel verder reikt dan bij type 1 (zie *infra* 2.2) - de rechter *de facto* de verleiding kan voelen om tot een gebonden bevoegdheid (en dus het bestaan van een subjectief recht) te willen besluiten. Of omgekeerd, deze net niet te willen erkennen. Het doel zou dan met andere woorden het middel heiligen. Zeker nu niet altijd duidelijk is of een bevoegdheid discretionair dan wel gebonden is.

Een voorbeeld van een dergelijk twijfelgeval kan gevonden worden in de feiten en procedure voorgaanden bij het cassatiearrest van 9 december 2016,

⁷⁶ Zo blijkt bijvoorbeeld uit een cassatiearrest van 24 september 2010 (C.08.0429.N) dat “*uit het recht op gelijke behandeling alleen, terwijl geen andere wettelijke bepaling dit oplegt, niet noodzakelijk [kan] worden afgeleid dat de publieke kabelmaatschappijen bij de overdracht van hun activiteiten de plicht hadden de in het verzoekschrift bedoelde marktbevraging te organiseren, en dat door dit niet te doen zij een subjectief recht van de eiseres hebben geschonden*”.

⁷⁷ Cass. 16 januari 2006, C.05.0057.F. (Er is geen subjectief recht op een verblijfsrecht, maar dit neemt niet weg dat verder nog een onwettigheid zou kunnen worden aangevoerd (159GW) of een aansprakelijkheidsvordering).

⁷⁸ Cass. 24 januari 2014, C.10.0537.F.

C.16.0057.N, waar het hof oordeelde op andersluidende conclusie van het openbaar ministerie. De zaak had betrekking op het verkrijgen van landbouwinvesteringssteun. Volgens de advocaat-generaal bleek uit de opgesomde wetgeving niet dat aan de administratie elke beoordelingsvrijheid was ontnomen. Het Hof van Cassatie, net omgekeerd, oordeelde dat *“uit het geheel van de voormelde wetsbepalingen, de bijlage bij het besluit van de Vlaamse regering (...) en de bijlagen bij het ministerieel besluit (...) blijkt dat aan de administratieve overheid die kennis neemt van een aanvraag tot landbouwinvesteringssteun elke beoordelingsvrijheid wordt ontnomen, zodat de bevoegdheid van die overheid volledig gebonden is.”*

Bij de zoektocht naar het bestaan van een subjectief recht, is de rechter m.i. niet beperkt op het vlak van de feitelijke gegevens die hij in overweging mag nemen, nu het bestaan van een subjectief recht *sensu stricto*, losstaat van een declaratoire beslissing van het bestuur, maar voortvloeit uit het objectief recht.

2.2. De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie

Anders dan bij de loutere wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet, gaat het hier om het vaststellen van een subjectief recht in hoofde van de bestuurde. De rechter is dan ook bevoegd om dit recht van de eiser veilig te stellen. Dit kan door een schending van het subjectief recht te voorkomen⁷⁹ of door de schending ervan te doen stoppen.⁸⁰

Omdat het subjectief recht in deze hypothese kadert in een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur is er in theorie geen risico op inmenging op het vlak van de opportuniteit. Er is een subjectief recht dat op basis van het objectief recht vooraf bestaat.⁸¹ De beslissing van het bestuur is of zou slechts declaratoir zijn. De rechter doet dan ook niets anders dan vaststellen wat het bestuur ook diende vast te stellen. De rechter blijft in theorie buiten de beleidsruimte van het bestuur nu die beleidsruimte niet in hoofde van het bestuur bestond. In de literatuur leest men dat de rechter zich desnoods aan de administratie substitueert.⁸² Opnieuw vind ik de terminologie enigszins verwarrend. Er is immers geen sprake van een echte bevoegdheidsovergang. Wat de rechter doet is louter het objectief recht (waaruit een subjectief recht wordt afgeleid) afdwingen.

⁷⁹ Vaak in het kader van een vordering in kort geding.

⁸⁰ Vaak in het kader van stakingsvorderingen.

⁸¹ M DELANGE, op.cit. *JIT* 1998, 179 nr. 2.

⁸² Zie M. DELANGE, op. cit., *JIT* 1998, 179, nr. 2 en de daar opgenomen referenties.

3. Een toetsing van bestuurshandelingen via privaatrechtelijke mechanismen

Anders dan in de eerste 2 types van de typologie, gaat het hier noch om een toetsing van een besluit op potentieel alle hiërarchisch hogere normen die toepassing vinden op de gegeven bestuurshandelingen, noch om een toetsing van het normenkader waarbinnen het bestuur handelde. De controle op het bestuur gebeurt hier via privaatrechtelijke begrippen en mechanismen, die hoewel oorspronkelijk tot stand gekomen met het oog op een harmonieuze samenleving tussen particulieren, nu ook toepassing vinden⁸³ op de overheid. Het toetsingskader is niet meer algemeen de conformiteit met *dé rechtsnormen* maar wel de appreciatie van een overeenstemming met een privaatrechtelijk begrip zoals ‘fout’, of ‘rechtsmisbruik’ of ‘eenzijdige wilsuiking’⁸⁴,...

In zekere zin volgt de rechter wel eenzelfde stappenplan als wat hierboven uiteengezet (zie *supra* 0.). De toetsing is ook wettelijk van aard. Alleen gebeurt het vanuit een preciezere “invalshoek”. Laten we de stappen opnieuw overlopen. De rechter zal noodzakelijk moeten begrijpen en vaststellen wat het wettelijk begrip (dat als toetssteen wordt gehanteerd) inhoudt: wat is een buitencontractuele fout? Wat is rechtsmisbruik? Wat is een eenzijdige wilsuiking?

Vervolgens apprecieert de rechter de bestuurshandeling (**H**) (die kan bestaan uit een bestuurs*besluit* zoals door ons omschreven, doch niet noodzakelijk) en gaat na of die past binnen het wettelijk begrip.

Schematisch is de weergave gelijkwaardig:

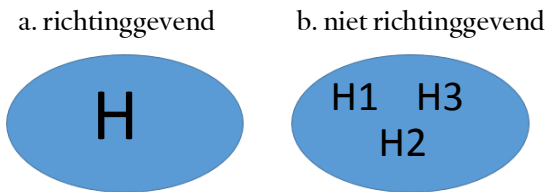


⁸³ Bv: de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregime van artikel 1382 van het burgerlijk Wetboek is inmiddels een feit. Deze bijdrage laat onverlet de vraag of het toepasselijk verklaren van deze of andere privaatrechtelijke mechanismen juridisch correct of wenselijk is.

⁸⁴ In een arrest van 22 februari 2018 boog het Brusselse hof van beroep zich over de aanpak door de Belgische Staat van de Softenoncrisis. De aansprakelijkheidsvordering werd bij gebrek aan een oorzakelijk verband tussen de weerhouden fout en de schade verworpen. Wel veroordeelde het Hof de staat tot het indienen van een voorontwerp van wet tot oprichting van een slachtofferfonds, als nakoming van zijn verbintenis uit eenzijdige wilsuiking. Zie hierover, C. BORUCKI, F. AUVRAY, P. GILLAERTS, I. SAMOY, “Softenon: (eenzijdige) regeringsbelofte maakt schuld”. *De Juristenkrant*, 2018, (366), 1-2.

Ook het schema toont aan dat de toetsing nog steeds neerkomt op een wettigheidscontrole, doch met een andere insteek, een ander oogmerk.

Vervolgens rijst de vraag of ook hier dan een risico bestaat voor de rechter om zich in de opportuniteit te mengen? Is het, met andere woorden denkbaar dat bij de toetsing van het handelen van het bestuur aan het vooropgesteld wettelijk begrip de rechter zich zelf zou uitspreken over keuzes die behoren tot de vrije beleidsruimte van het bestuur?⁸⁵ Om dit te kunnen achterhalen, zal de rechter in de marge van de toetsing van het vooropgestelde begrip, ook de voorafgaande oefening van het bepalen van het normenkader moeten doorvoeren (zoals bij de eerste twee types).



Antwoorden op de vraag of er bij deze controle op een wettelijk begrip risico bestaat op toetsing in opportuniteit, dient genuanceerd en per wettelijk begrip als toetssteen te worden onderzocht. In dit onderzoek neem ik overheidsaansprakelijkheid als test-case, aangezien dit het best ingeburgerde privaatrechtelijk mechanisme is.

3.1. De toetsingsbevoegdheid op de bestuurshandeling bij buitencontractuele fout (artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek)

Laten we eerst starten met de tweeledige definitie van de buitencontractuele fout naar Belgisch recht: *“Als fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek wordt aangemerkt elke schending van een wettelijke norm waarin een welbepaalde gedraging geboden of verboden wordt. Daarnaast maakt ook elke inbreuk op de zorgvuldigheidsnorm een fout uit. De zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden*

⁸⁵ Ter illustratie kan ik het arrest van 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0488.N vermelden waar het Hof van Cassatie betreffende de problematiek van de nachtvluchten oordeelde wat volgt: *“de kortgeding rechter bij de voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden een criterium dat aan die overheidsbeslissing ten grondslag ligt, niet mag uitsluiten zonder te beslissen dat, prima facie, dit criterium niet rechtmatig is aangewend; dat hij evenmin naar eigen opvatting, andere criteria in de plaats mag stellen die tot een andere beslissing leiden”*. In voorkomend geval was dit wel gebeurd. De kortgedingrechter, zonder te oordelen dat het criterium van concentratiegraad onrechtmatig was, had het afgewezen en in de plaats het criterium van maximale spreiding vooropgesteld. Dit was inderdaad geen wettigheidsstoetsing op rechtmatigheid maar een beoordeling in opportuniteit.

wanneer men zich anders gedraagt dan een normaal en zorgvuldig persoon die in dezelfde omstandigheden verkeert”.⁸⁶ Eenzelfde foutbegrip wordt toegepast op de aansprakelijkheid van de overheid.⁸⁷

De fout als de schending van een welbepaalde gedragsnorm –

De eerste manier om een fout te bewijzen is door te tonen dat de overheid een wettelijke norm heeft geschonden die haar een welbepaalde gebod of verbod oplegde.⁸⁸ De precieze invulling die aan deze omschrijving moet worden gegeven is niet volledig helder. Vaak wordt vergeleken met het onderscheid dat in de contractuele aansprakelijkheid wordt gemaakt tussen de middelen- en resultaatsverbintenissen.⁸⁹ Enkel de schending van een rechtsnorm die een resultaatsverbintenis formuleert zou mits er geen rechtvaardigingsgrond⁹⁰ voorligt, *ipso facto* leiden tot een buitencontractuele fout.⁹¹

Een dergelijke vergelijking met de contractuele aansprakelijkheid is maar toegelaten als we ook rekening houden met de daar bestaande nuances. Zo kan men niet concluderen tot een resultaatsverbintenis van zodra een te bereiken resultaat in de norm wordt vooropgesteld zonder dat ook duidelijk wordt meegegeven hoe dat resultaat moet worden bereikt. Neem bijvoorbeeld artikel 135, § 2, alinéa 2, 1°, van de wet van 24 juni 1988: “*De gemeenten hebben ook tot taak het voorzien, ten behoeve van de inwoners, in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in*

⁸⁶ Cass. 24 mei 2018, C.17.0504.N

⁸⁷ O.m. Cass. 10 april 2014, C.11.0796.N; Cass. 25 maart 2010, C.09.0403.N; Cass. 19 maart 2010, C.05.0197.F.

⁸⁸ O.m. Cass. 16 mei 2011, C.10.0664.N.

⁸⁹ Zie Cass., 13 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1077, nr. 19; De doctrine onderschrijft deze opdeling, doch met de nodige kritiek. Zie bijvoorbeeld T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald? », *C.D.P.K.*, 2017, 663 e.v., nr. 20 e.s.; D. MOUGENOT, « La responsabilité extracontractuelle de l'état du fait des juges, vue de l'intérieur », *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, 3312 - 313, nr. 3; S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde.*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 298 - 301, nrs. 383 - 386; T. LÉONARD., « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, vol. 2013, 961 - 962.

⁹⁰ De meest voorkomende rechtvaardigingsgrond inzake bestuursaansprakelijkheid is de onoverkomelijke rechtsdwaling. Voor een voorbeeld, Cass. 8 februari 2008, C.07.0131.F.

⁹¹ Het kan verhelderend zijn op te merken dat het naleven van het recht op zich geen resultaatsverbintenis is. Aangezien niet elke schending van de wet een fout uitmaakt. Relevant is of een gegeven wet een gedraging oplegt dat voldoende specifiek is.

openbare gebouwen.” Hoewel het artikel voorziet in een zeker te bereiken resultaat, is de rechtspraak erover uit dat dit slechts een vertaling is van de zorgvuldigheidsplicht.⁹² Het Hof van Cassatie lijkt overigens ook aan te geven dat rekening moet worden gehouden met de inherente onzekerheid (in het Frans beter verwoord met ‘*aléa*’) in het behalen van het resultaat.⁹³ Hoe groter die onzekerheid, hoe minder gemakkelijk sprake kan zijn van een resultaatsverbintenis. Sommige auteurs maken tenslotte de vergelijking met de appreciatiemarge die een norm toekent aan de bestemming ervan.⁹⁴ Een norm die een te grote appreciatiebevoegdheid toekent zal onvoldoende specifiek zijn om bij schending ervan ook meteen te kunnen spreken van een buitencontractuele fout.⁹⁵ In het bijzonder bij de aansprakelijkheid van het bestuur lijkt deze laatste vergelijking aantrekkelijk, omdat enige verwantschap valt op te merken met de door mij reeds gebruikte termen ‘richtinggevende norm’. Wanneer beleidsruimte door de norm wordt overgelaten zou men dan niet kunnen volstaan met het bewijs van een onwettigheid en zou een controle op de zorgvuldigheid zich opdringen. Deze laatste benadering, geniet mijn voorkeur. Zoals in de eerste twee toetsingsmogelijkheden bestaat er dan bij de schending van een richtinggevende norm (hier dus de ‘specifieke gedragsnorm’) dan ook maar een zeer beperkt risico op inmenging in opportuniteit. Er kan dan ook geen bezwaar zijn tegen een toetsing ten volle, zonder terughoudendheid.

Wat moet worden benadrukt is dus dat, anders dan bij de wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet, niet elke onwettigheid automatisch gesanctioneerd wordt. Waar in het kader van de toets op grond van artikel 159 van de Grondwet een schending van het discriminatieverbod zal leiden tot het buiten toepassing laten van een bestuursbesluit, zal de schending van dit verbod niet automatisch een fout opleveren. Slechts indien het bestuur hierbij de algemene

⁹² Cass., 28 januari 2005, C.02.0272.N, Cass., 3 februari 2005, C.03.0574.F.

⁹³ Vgl. Cass., 14 november 2012, P.11.1611.F en B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est par raison », *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, S. Stijns en P. Wéry (éd.), Brugge, Die Keure 2010, 1 - 52, nr. 15.

⁹⁴ Zie o.m., L. CORNELIS, *op.cit.*, 1989, 61.

⁹⁵ Zie op dit punt de uiteenzetting in de bijdrage. I. SAMOY et F. AUVRAY, *Uitgedaagd door de meergelaagdheid van het recht ... Het Hof van Cassatie, het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof over het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht. Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*; Liber amicorum Van Oevelen, Intersentia, 2017, 497 - 513 en de daar geciteerde rechtspraak. In dat artikel onderlijnen wij het samenvallen van het praktisch resultaat van een geconcretiseerde toets van de zorgvuldigheid wanneer de overheid (in dat geval de rechter) beschikt over een brede beoordelingsbevoegdheid, enerzijds, en de toetsing naar een *kennelijke* fout, anderzijds.

zorgvuldigheidsnorm zou schenden zal de rechter besluiten tot een buitencontractuele fout (zie *infra*).

Uitweiding betreffende de vereiste van rechtstreekse werking:

in recentere cassatierechtspraak stelt het Hof van Cassatie dat enkel de schending van een internationale norm met rechtstreekse werking⁹⁶ een fout kan opleveren in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. De reden voor deze inperking werd door mij kritisch besproken in een eerder artikel. Ik verwijs graag naar de bijdrage van de JT 2019.⁹⁷ In essentie meen ik dat de vereiste van rechtstreekse werking te verantwoorden is wanneer de particulier een schending van een internationaal verdrag zou worden verweten. Immers, een verdrag zonder die werking kan ondenkbaar aan een particulier verplichtingen opleggen. Daarentegen valt moeilijker te begrijpen waarom een Overheid (Staat) die zich internationaal heeft verbonden, door middel van een verdrag dat bekrachtigd werd door de bevoegde nationale parlementen en aldus deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde, niet gehouden zou zijn tot de verbintenissen die ze daar trof. Hiermee zeg ik niet dat de schending van elke verdragsrechtelijke norm dat deel uitmaakt van de Belgische normenstelsel tot een buitencontractuele fout zal leiden. Slechts, overeenkomstig de vaste cassatierechtspraak inzake buitencontractuele aansprakelijkheid, wanneer in deze internationale norm een welbepaalde gedraging of verbod in hoofde van de Staat werd opgelegd. Bovendien mogen we niet vergeten dat ook aan de andere voorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid moet worden voldaan: zijnde een vastgesteld oorzakelijk verband en een bewezen schade. Ook binnen deze voorwaarden bestaan de nodige filters om een toevloed aan overheidsaansprakelijkheid in te dijken.

De fout door schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm

De tweede mogelijkheid om een fout aan te tonen, dwingt de rechters van de gewone hoven en rechtbanken ertoe te onderzoeken of een gedragsnorm ten gevolge van de zorgvuldigheidsplicht werd miskend. Deze controle voeren ze m.i. eveneens ten volle uit, zonder terughoudendheid.⁹⁸ Om te kunnen beslui-

⁹⁶ Cass. 9 februari 2017, C.13.0528F; noot F. AUVRAY, op.cit., JT, 2019. Zie voor een discussie betreffende de verdragsbepalingen van het EVRM, S. Somers, 298 e.v., nrs. 383 e.v.

⁹⁷ F. AUVRAY, op.cit., JT, 2019.

⁹⁸ Ik sluit mij in het bestaande debat, of de toetsing 'terughoudend' dan wel 'volledig' dient te gebeuren, dan ook aan bij de visie van Van Oevelen en niet die van Van Gerven. Zie hieromtrent uitgebreid: VAN OEVELEN, A., "De toetsing van het overheidshandelen aan de zorgvuldigheidsnorm van de artikelen 1382-1383 B. W: een volledige of een marginale toetsing?", Liber Amicorum Walter Van Gerven, Deurne, Kluwer, 2000, 361-372.

ten tot de schending van deze zorgvuldigheidsnorm zal de rechter de gedraging van het bestuur (dat kan bestaan uit een besluit doch niet noodzakelijk) toetsen aan het referentiekader van het normaal zorgvuldig bestuur dat in dezelfde omstandigheden wordt geplaatst.

Het is bij deze toetsingsmogelijkheid dat vaker de kritiek van een “*règlement des juges*” wordt gehoord.⁹⁹ Dit valt wellicht te verklaren doordat aan de rechter de macht wordt gegeven om in zekere zin de beleidsruimte van het bestuur te beoordelen. Het gevoel heerst dan dat de rechter een vrijgeleide krijgt om zich te wagen aan een toetsing in opportuniteit. Maar is deze vrees altijd terecht? Ik meen van niet. Mijn antwoord vereist evenwel wat bijkomende nuance.

Ten eerste moeten we twee hypothesen onderscheiden. Zo zal de rechter moeten teruggrijpen naar de beoordeling van de zorgvuldigheidsnorm **1)** wanneer er een rechtsnorm is geschonden, maar deze norm onvoldoende *specifiek* is, in de zin dat zij geen duidelijke gedraging of verbod oplegt of **2)** wanneer er geen wet werd geschonden. Er wordt immers algemeen aanvaard dat wettig handelen nog niet garandeert dat ook rechtmatig werd gehandeld.¹⁰⁰

- In de eerste hypothese valt op dat de schending van een (vage) rechtsnorm onvoldoende is om tot een fout (en dus aansprakelijkheid) te concluderen. Dit zal enkel zo zijn als wordt bewezen dat een normaal zorgvuldig bestuur niet zo zou hebben gehandeld.¹⁰¹ Laten we de hypothese concreter maken aan de hand van een voorbeeld. Eerder werd al gezegd dat de plicht veiligheid te waarborgen op de openbare weg niet voldoende specifiek is (zie *supra* 3.). Een bestuur dat de veiligheid niet garandeert zal dus slechts aansprakelijk zijn wanneer wordt bewezen dat een normaal zorgvuldig bestuur, in dezelfde omstandigheden geplaatst, dat wel zou hebben gedaan.

Een voorbeeld van deze redenering is te vinden in het cassatiearrest van 6 november 2009 (C.08.0537.F).¹⁰² Het Hof herhaalt er dat artikel 135 van de Gemeentewet geen resultaatsverbintenis inhoudt en bevestigt dat het arrest *a quo* mocht besluiten dat de gemeente niet tekortkwam aan haar onder-

⁹⁹ Deze kritiek werd vaak in de media gehoord omtrent de klimaatzaken, bijvoorbeeld.

¹⁰⁰ Zie voor een voorbeeld inzake overheidsaansprakelijkheid: Cass. 1 juni 2012, F.11.0082.F.

¹⁰¹ Voor het toekennen van de *sanctie* van schadevergoeding (conform 1382 BW) wordt een strengere standaard gehanteerd dan voor de *sanctie* van het buiten toepassing laten van artikel 159 van de Grondwet.

¹⁰² Vgl. Cass. 17 april 2008, C.06.0575.N.

houdsplicht nu het materieel onmogelijk was om alle hinderlijke bomen te snoeien en niet van buitenaf kon worden vastgesteld in welke staat van ontbinding de bomen zich bevonden.

De beoordeling gebeurt binnen de controle op het begrip *fout* en is dus niet volledig willekeurig. Het gevaar voor de rechter om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van dat van het bestuur valt evenwel niet volledig weg te denken, zoals deze ook bestaat bij een controle op het redelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld (zie *supra* 1.). Hierin kan dan ook, voorzichtig, een aanmoediging worden gezien om bij het inkleuren van de referentiestandaard van de zorgvuldige overheid rekening te houden met het wettelijk kader.¹⁰³ De rechters zijn, zoals we zagen in het eerste type, immers bevoegd om het handelen van het bestuur, dat de vorm aannam van een *bestuursbesluit*, te toetsen op wettigheid (ondanks de vaagheid van de toetsingsnorm, zoals de redelijkheid bijvoorbeeld). Het vaststellen van, bijvoorbeeld, een discriminatie binnen een aansprakelijkheidsclaim zou niet noodzakelijk meer kwaad bloed moeten opzetten als bij een toetsing van artikel 159 van de Grondwet. Met deze (niet onbelangrijke) nuance evenwel dat de toetsing via artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ruimer is, nu de fout kan bestaan uit het handelen maar ook het niet handelen van de overheid.

Uitweiding betreffende de reflexwerking van niet rechtsreeks werkende internationale normen: Een vraagstuk die hierbij aanleunt is de vraag of bij het bepalen van de algemene zorgvuldigheidsplicht de rechter rekening kan houden met niet rechtstreeks werkende internationale normen. Het Hof van Cassatie heeft zich naar mijn weten nog niet ingelaten over deze vraag. In het kader van het arrest dat de vereiste van rechtstreekse werking duidelijk stelde¹⁰⁴, werd de vraag met zoveel woorden voorgelegd in het tweede middel, doch om cassatie-technische redenen moest het Hof de vraag niet beantwoorden. In theorie meen ik dat de mogelijkheid tot reflexwerking niet ondenkbaar is voor zover de norm wel reeds deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde (zie opmerkingen *supra* 1 en 3.).

Anders is het evenwel wanneer de rechter teruggrijpt naar de zorgvuldigheidsnorm wanneer aan het bestuur geen onwettigheid (strijdigheid met een wette-

¹⁰³ Ook de hervormers van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht lijken die weg in te slaan. Zo werd als gezichtspunt voor het inkleuren van de zorgvuldigheidsplicht (letterlijk de beginselen van behoorlijk bestuur opgenomen in artikel 5.148,§2 van het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek; recent gepubliceerd door die Keure, 2019.

¹⁰⁴ Cass. 9 februari 2017, C.13.0528F.

lijke norm) kan worden verweten. Het bestuur handelt dan, in beginsel, binnen de grenzen van de wet, en toch kan de rechter oordelen dat zijn gedraging niet strookt met de gedraging van een normaal zorgvuldig bestuur in dezelfde omstandigheden geplaatst. In deze hypothese is de kritiek van een inmenging in de beleidsruimte van het bestuur zeker niet zomaar weg te wuiven.

Laten we teruggaan naar het verbod op discriminatie. Stel dat een bestuur binnen de grenzen van het verbod op discriminatie, vrij, verschillende beslissingen kan nemen. De overheid kan zo bijvoorbeeld dit of andere voordelen toekennen aan vrouwen en niet aan mannen zolang er een objectief criterium is voor een dergelijk onderscheid. De buitengrens is het verbod op discriminatie. De verschillende beslissingen binnen die grens kunnen de vorm aannemen van maatregelen in het voordeel van vrouwen (en niet van mannen) naar aanleiding van een zwangerschap (B1: extra uitkering, B2: bijkomende verlofdagen, B3: recht op flexibele uren,...). Het zou kunnen dat de rechter, hoewel het vaststelt dat B1 (evenmin als B2 en B3) niet discriminerend is gelet op het objectief criterium dat een onderscheid tussen vrouwen en mannen die een kind krijgen verantwoordt, toch zou oordelen dat een normaal zorgvuldig bestuur niet voor B1 zou hebben gekozen (de extra uitkering). In dat geval zal hij kunnen besluiten tot een fout die, mits in oorzakelijk verband met de geleden schade, zou kunnen leiden tot schadevergoeding voor een per hypothese gelaedeerde man.

B1 is dan onrechtmatig want een normaal zorgvuldige overheid zou niet zo hebben gehandeld. De grens met een toetsing in opportuniteit is hier flinterdun. Is er echter sprake van een schending van de beginselen van scheiding der machten? Niet noodzakelijk. Ja, de rechter van de aansprakelijkheid waagt zich tot een beoordeling van de in principe vrije beleidsruimte van het bestuur. Doch, zijn toetsing is de conformiteit met een wettelijk begrip, *in casu* dat van de buitencontractuele fout (artikel 1382 BW), dat bovendien onder de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie staat. Delicater zal het alleszins zijn indien de rechter, om te concluderen tot een fout ook zelf zou oordelen welke andere hypothese een normaal zorgvuldige overheid wel zou hebben genomen. Met andere woorden, indien de rechter zou zeggen, B1 (een extra uitkering) is foutief want een normaal zorgvuldig bestuur zou B2 (flexibele werkuren) hebben verkozen. Deze nuancering toont aan hoe delicaat het evenwicht is tussen wettigheid en opportuniteit.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat voor de beoordeling van de fout de rechter zich plaatst op het ogenblik van de als fout bestempelde handeling. Dit tijdstip

bepaalt dan de feitelijke context en het recht die de rechter mag hanteren in zijn beoordeling van de fout.

Wat met het causaal verband?

Aansluitend op de vraag van de fout van de overheid is ook er die van de beoordeling van het oorzakelijk verband. Naar Belgisch recht geldt de equivalentietheorie met als enige causaal selectiemiddel de *conditio sine qua non* test. De fout staat in oorzakelijk verband met de schade als en slechts als de schade zich, zonder de fout, niet zou hebben voorgedaan zoals die zich *in concreto* voordeed. Dit CSQN-verband moet achterhaald worden aan de hand van een stappenplan: eerst moet de verweten fout worden bepaald, waarna de rechter de specifieke fout moet wegdenken of vervangen door het niet-foutieve alternatief, of met de termen van het Hof: “De rechter moet aldus bepalen wat de verweerder [*in casu* het bestuur], had moeten doen om rechtmatig te handelen. Hij moet abstractie maken van het foutieve element in de historiek van het schadegeval, zonder de andere omstandigheden ervan te wijzigen, en nagaan of de schade zich ook in dat geval zou hebben voorgedaan”.¹⁰⁵ Hij tracht dus te achterhalen hoe de gebeurtenissen zich zouden hebben voorgedaan in de niet-foutieve hypothese.¹⁰⁶ De rechtsleer verwijst naar die toets als de toets van het “rechtmatig alternatief”.¹⁰⁷ Voor de meerderheid van de auteurs maakt de toets van het rechtmatig alternatief inherent deel uit van de *conditio sine qua non*-test.¹⁰⁸

Kan deze test zomaar worden toegepast op de bestuursaansprakelijkheid? Of schuilt er een gevaar op schending van het beginsel van de scheiding der machten? Laten we ter illustratie twee cassatiearresten bespreken betreffende een

¹⁰⁵ Cass. 12 juni 2017, C.16.0428.N.; zie ook Cass. 14 november 2012, P.11.1611.F; Cass. 23 april 2009, C.07.0568.F.

¹⁰⁶ Cass. 14 november 2012, P.11.1611.F; Cass. 23 april 2009, C.07.0568.F.

¹⁰⁷ H. BOCKEN, “De *conditio sine qua non* en het rechtmatig alternatief” in R. BOYDENS en R. DE BAERDEMAEKER (eds.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, die Keure, 2013, (109) 115-116, nr. 8.

¹⁰⁸ Zo o.m. naast H. BOCKEN ook P.A. FORIERS, “Aspects du dommage et du lien de causalité (parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation)” in J.F. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2014, (7) 14-15, nr. 10. Andere auteurs twijfelen aan de vereenzelviging van de theorie van het rechtmatig alternatief en de *conditio sine qua non*: B. DUBUISSON, “Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale”, *JT* 2010, 748, nr. 9; ook R. JAFFERALI nuanceert deze stelling in een recent artikel (“L’alternative légitime dans l’appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité?” in F. GLANSDORFF (ed.), *Droit de la responsabilité, Questions choisies*, Brussel, Larcier, 2015, (97) 162).

fout van het bestuur bestaande uit het niet naleven van zijn motiverings- en hoorplicht.

De feiten die aan het arrest van 12 juni 2017 (C.16.0428.N) voorafgaan zijn de volgende: Een militair op buitenlandse missie wordt bij ordemaatregel voortijdig terug naar België gestuurd. De militair stelt een aansprakelijkheidsvordering in gesteund op een onregelmatigheid wegens gebrek aan motieven en miskenning van zijn hoorrecht. Het arrest *a quo* weerhoudt deze fout en bij het beoordelen van het causaal verband besluit dat bij ontstentenis van de onregelmatige beslissing de militair niet kon worden teruggestuurd en in Kosovo zou zijn gebleven tot het einde van zijn opdracht. Het Hof van Cassatie fluit de rechter *a quo* terug omdat tot een oorzakelijk verband werd geconcludeerd zonder het juiste rechtmatige alternatief te hanteren, zijnde “zonder na te gaan of de verweerder teruggezonden zou zijn uit Kosovo indien hij werd gehoord en de beslissing was gemotiveerd zoals voorgeschreven”. Het Hof wijst dus op het juiste rechtmatige alternatief.¹⁰⁹

In het arrest van 9 november 2012 (C.11.0563.N) beslist het Hof: “De appelrechters oordelen dat, na onderzoek van alle aangebrachte gegevens in het kader van het overheidsaansprakelijkheidsgechil, de eiseres niet aantoont dat indien was geoordeeld en gemotiveerd zoals het hoorde bij het onderzoek van haar vergunningsaanvragen, zij een gunstige beslissing zou hebben verkregen voor de beide vergunningen, zodat niet is aangetoond dat de niet-verwezenlijking van de door de eiseres geplande uitbreiding te wijten is aan de fout van de vergunningverlenende overheid” ... “Aldus oordelen de appelrechters, zonder daarbij aan het bestuur zijn beleidsvrijheid te ontnemen, dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de fout van de verweester en de door eiseres aangevoerde schade”. Ook hier heeft het Hof van Cassatie geen bezwaar voor het hanteren van dezelfde rechtmatige alternatief: nl. wat indien de beslissing juist was gemotiveerd?

Wat evenwel niet wordt beantwoord door deze arresten is of de rechter deze toets van het rechtmatig alternatief ook (altijd) volledig maar doorvoeren, of dat hij omwille van het bestaan van beoordelings- dan wel beleidsruimte in hoofde van het bestuur moet besluiten tot causale onzekerheid. M.a.w. mag de rechter bij het construeren van de hypothese zich effectief in de plaats stellen van het bestuur, ook wanneer die beschikt over beoordelings- of beleidsruimte? Is er geen risico op inmenging? In de besluiten die het arrest van 2012 voorafgaan identificeerde advocaat generaal Dubrulle reeds het probleem: “Het derde onderdeel voert

¹⁰⁹ Vgl. met Cass. 31 mei 2013, C.12.0399.N.

een miskenning aan van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten, doordat het arrest, bij het beoordelen van het oorzakelijk verband, beslist dat eiseres geen vergunningen zou hebben bekomen indien de overheid haar beslissing wettig had gemotiveerd, nadat de appelrechters zichzelf de discretionaire bevoegdheid van de vergunningverlenende overheid hadden toegeëigend” ... “Het [middel] voert in essentie aan dat wanneer het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt, de rechter niet met zekerheid kan beslissen waaruit het “rechtmatig alternatief” zou bestaan”. Dubrulle verdedigt de stelling dat bij appreciatieruimte¹¹⁰ van het bestuur, de rechter niet automatisch mag besluiten dat het achterhalen van het causaal verband onmogelijk is. Indien, op grond van concrete omstandigheden, duidelijk blijkt dat de overheid bij wettig handelen op een bepaalde manier zou hebben gehandeld, mag hij alsnog het rechtmatig alternatief vaststellen en besluiten tot het al dan niet bewezen zijn van het oorzakelijk verband. De visie van de advocaat-generaal valt niet zomaar toe te schrijven aan het Hof. Maar de vraagstelling is zeer interessant.

Opnieuw meen ik dat het antwoord zal afhangen van de grootte van beoordelingsruimte of echte beleidsruimte waarover het bestuur beschikt. Hoe minder richtinggevend de wettelijke context waarbinnen het bestuur handelt, hoe sneller de rechter zal moeten vaststellen dat hij het causaal verband niet met zekerheid kan achterhalen zonder zich te begeben op de soevereine bevoegdheid van het bestuur. Het is een ding van de werkelijke uitoefening van een beoordelings- of beleidsruimte te controleren, iets anders is het om een hypothetisch handelen van het bestuur *met zekerheid* te gaan reconstrueren.

Heil kan dan wel, zoals ook Dubrulle het aangaf, worden gevonden in een zuivere toepassing van de theorie van het verlies van een kans¹¹¹, zeker nu recente cassatierechtspraak aanvaardt dat de rechter deze ambtshalve mag (en soms moet) opwerpen zonder risico op miskenning van het voorwerp van de vordering.¹¹² Volledigheidshalve wijs ik erop dat de bovenstaande invulling van het rechtmatige alternatief ook reeds kritisch werd besproken door Jafferli.¹¹³ Zijn kritiek steunde evenwel eerder op de vermeende schending van het normdoel.

¹¹⁰ Onduidelijk is of dit zowel de beoordelingsruimte als de beleidsruimte dekt.

¹¹¹ Zie de te verschijnen bijdrage ERPL 2020/1 van TH. NUNINGA, D. VERHEIJ, C. KAHN, F. AUVRAY, C. BORUCKI, “Chances as legally protected assets”.; voor een recent overzicht tevens S. GOLDMAN en R. JAFFERALI, “La perte d’une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles”, *TBBR* 2019, 191 e.v.

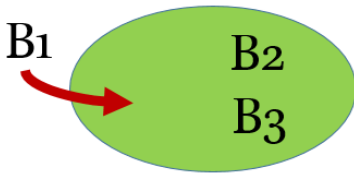
¹¹² Cass. 14 december 2017, C.16.0296.N, F. AUVRAY en K. RONSIJN, “Het verlies van een kans en het beschikkingsbeginsel”, *RW*; 2018; 587 – 591; en Cass. 5 september 2019.

¹¹³ R. JAFFERALI op.cit., 2015, 162.

3.2 De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie

De *sanctie* bij vaststelling van fout, schade en oorzakelijk verband, is schadevergoeding. Een pecuniaire schadevergoeding houdt in beginsel geen risico in op opportuniteitsinmenging. De vraag rijst wel bij een vordering tot herstel *in natura* van de schade. De figuur van herstel *in natura* zelf is zeer betwist. De vraag rijst of niet beter wordt gesproken van het staken van het (nog steeds) schadelijk feit (*cessation de l'illicite*).¹¹⁴ Ongeacht deze discussie stelt het Hof van Cassatie vast dat herstel *in natura* bij overheidsaansprakelijkheid geen schending mag inhouden van de beginselen van scheiding der machten.

Een veroordeling tot het stoppen van het schadeverwekkende feit komt erop neer het onrechtmatig gedrag terug te brengen binnen de grenzen van het rechtmatige. Een injunctie hiertoe is denkbaar, zolang het opnieuw niet neerkomt op een inmenging binnen de vrije keuze van het bestuur. Schematisch zal in deze hypothese de rechter kunnen stellen dat de onrechtmatige handeling moet stoppen, zonder dat verder mag worden gezegd dat het bestuur moet handelen als B2 of B3:



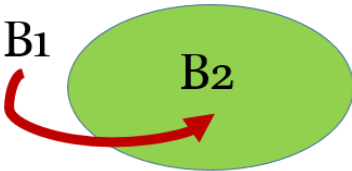
Deze beschouwingen zijn zeer theoretisch.

Een praktisch voorbeeld vinden we terug in een cassatiearrest van 4 september 2014 (C.12.0535.F). Het betrof een aansprakelijkheidsvordering tegen de stad Luik. Buren van een perceel dat eigendom was van de stad leden waterschade omwille van het feit dat het ingesloten perceel werd verbouwd. Als *herstel in natura* van de schade veroordeelde het arrest *a quo* de stad om de bestemming van het perceel te veranderen van ‘groenteteelt-moestuinentuinbouw’ naar ‘weide, maaibeide, braakland of groengebied’. Hierbij ging het arrest *a quo* te ver volgens het Hof van Cassatie: “Hoewel de hoven en rechtbanken zich niet mengen in de uitoefening van de machten die de wet voor een administratieve overheid voorbehoudt wanneer ze, om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, het herstel *in natura* van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadelijke on-

¹¹⁴ O.m. recent S. DE REY, *Herstel in natura in het contractenrecht: rechtsvergelijkende studie met buitencontractuele invalshoek*, Proefschrift verdedigd op 6 december 2019; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008.

wettigheid, verbiedt het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten hen, buiten dat geval, handelingen van openbaar bestuur te stellen en handelingen van de administratieve overheden te wijzigen of te vernietigen". Het arrest a quo miskende volgens het Hof het beginsel van de scheiding der machten door - na erop te hebben gewezen dat de enige manier waarop in de toekomst nieuwe schade kan worden voorkomen erin bestaat het litigieuze perceel aan de teelt te onttrekken - de rechters de veroordeling hiertoe niet beperkten maar eveneens aan de stad bevalen aan dat perceel "*de bestemming van weide, maaiweide, braakland of groengebied te geven*".

Wanneer de rechter evenwel zou vaststellen dat de beleidsruimte van het bestuur oorspronkelijk slechts bestond uit twee opties en één van beide opties onrechtmatig wordt verklaard, zou hij misschien, zonder inmenging in de opportuniteit, wel kunnen zeggen dat herstel *in natura* zal gebeuren door het nemen van B2.¹¹⁵ De beleidsruimte werd in dat geval immers door de vaststelling van de onrechtmatigheid ontnomen.



4. Besluitend: antwoorden op de 6 richtlijnen

- 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?**

Voor de hoven en rechtbanken oordelend over een subjectief geschil, zal de controle op het bestuurshandelen zich in beginsel beperken tot een wettigheidscontrole. Ofwel via de wettigheidscontrole van artikel 159 van de Grondwet (conformiteit aan de hiërarchisch hogere rechtsnormen) ofwel via andere wettelijke begrippen zoals de buitencontractuele fout, de algemene zorgvuldigheid, de redelijkheid, het bepalen van een subjectief recht. In beginsel is er geen

¹¹⁵ Zie het voorbeeld gegeven door M. Delange, op.cit. *JIT*, nr. 8 en voetnoot 104 inzake het toekennen van onrechtmatig geweigerde uitkeringen; Vgl. met C. VANHAEGHEN-BORGH op.cit., 302, nr. 98; zie ook J. THEUNIS, op.cit., 2011, 404-405, nr. 415.

nood aan terughoudendheid van de rechter bij een wettigheidstoezicht. Zeker niet op het niveau van de controle op de beoordelingsruimte van het bestuur. Wanneer de wettelijke toetsing evenwel betrekking kan hebben op de beleidsruimte van het bestuur, zoals bij beoordeling van de redelijkheid of van de rechtmatigheid van het bestuursoptreden is de oefening delicaat. M.i. is evenwel ook dan niet absoluut nood aan terughoudendheid bij de beoordeling door de rechter. Hij mag m.i. wel degelijk volledig toetsen aan het recht en de feiten van de zaak. Het rekening houden met de bestaande beleidsruimte gebeurt dan via de *in concreto* beoordeling van de feiten. Hierbij is de vraag welke feiten de rechter dan in overweging mag nemen wel cruciaal. Deze vraag hangt samen met de vraag op welk ogenblik hij zich moet plaatsen om de wettigheid te controleren.

Met bovenstaande stelling sluit ik geenszins uit dat een wettigheidstoezicht kan worden misbruikt door de rechter om activistisch en in echte opportuniteit een politiek agenda door te drukken. Evenwel lijkt mij dat in een democratie een minimum aan vertrouwen moet heersen van het bestuur in de rechterlijke instellingen en omgekeerd. Ook mag niet worden vergeten dat de beslissingen van de gewone hoven en rechtbanken onder toezicht staan van het Hof van Cassatie, enerzijds, en dat tenslotte de overheidsaansprakelijkheid ook werd erkend in hoofde van de Staat voor het onrechtmatig handelen van haar magistraten, anderzijds. Een vrijgeleide voor willekeur is er dus niet.

- 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?**

Zoals aangegeven zie ik geen reden voor terughoudendheid in de toetsing van de gewone hoven en rechtbanken op het bestuurshandelen naar aanleiding van een subjectieve contentieux. Opnieuw dient wel benadrukt dat de toetsing op de handelingen van het bestuur, anders dan bij het objectief contentieux, kadert in de beslechting van een subjectief geschil. De tegenstelbaarheid van een onwettigheid zal dus niet gelden *erga omnes*. Overigens zagen we dat ook op het niveau van de sanctie die moet worden gekoppeld aan de vastgestelde onwettigheid, strikt wordt nagekeken op het respect van de beginselen van scheiding der machten.

Zowel voor een wettigheidstoetsing via 159 van de Grondwet als voor het vaststellen van een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek vereist het Hof van Cassatie dat het internationaal verdrag of de internationale norm rechtstreekse werking heeft in de Belgische rechtsorde. Deze stellingen blijven vandaag niet onbesproken.

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

Het lijkt in theorie niet onmogelijk om ook in België enige reflexwerking toe te kennen aan niet rechtstreeks werkende internationale normen. Ik denk in het bijzonder aan het gebruik van dergelijke normen om invulling te geven aan de algemeen zorgvuldigheidsplicht van een bestuur of overheid. Naar mijn weten werd deze reflexwerking nog niet onderschreven door het Hof van Cassatie.

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

--

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

Zoals gezegd, oordelen de hoven en rechtbanken over een subjectief recht waarbij ze zich in beginsel houden aan een wettigheidstoezicht. De rechter toetst, volgens mij, volledig aan het recht en de feiten van de zaak. De invalshoek van de wettigheidscontrole kan wel verschillen, in het kader van de toets via 159 van de Grondwet heeft het betrekking tot de conformiteit met mogelijks ‘alle’ hiërarchisch hogere normen. Bij de toetsing van de onrechtmatigheid op grond van 1382 van het BW heeft het een ander doel, niet noodzakelijk de legaliteit nagaan maar eerder nagaan of sprake kan zijn van een fout dat kan leiden tot schadevergoeding. De toets van 159 van de Grondwet heeft enkel betrekking op bestuursbesluiten, de toets op rechtmatigheid heeft een bredere toepassing, nl. op alle bestuurshandelingen, of het nu een bestuursbesluit, dan wel een onthouding is van het bestuur. Uiteraard zal het risico op toetsing in opportuniteit toenemen naar mate de te beoordelen handeling van het bestuur een uiting is van beleidsruimte en naar mate de wet waaraan getoetst wordt open is van aard (i.e. open wettelijke begrippen hanteert). De moeilijkheidsgraad van het evenwicht tussen

toetsing naar wettigheid en toetsing naar opportuniteit mag evenwel niet leiden tot onthouding van enige toetsing door de rechter.

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)?

Hiermee rijst de vraag naar de sanctie van een vastgestelde onwettigheid. Ook daar geldt het principiële verbod voor de rechter van de gewone hoven en rechtbanken op inmenging in opportuniteit. De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten. De grenzen van dit theoretisch verbod vallen in de praktijk moeilijk te trekken en de nodige nuance is vereist. Zeker bij herstel van de schade naar aanleiding van een onrechtmatigheid van de overheid is de oefening delicaat. Het Hof van Cassatie kijkt evenwel toe op het respect van de beginselen van scheiding der machten.

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.

Beknorte 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 opportuniteitsbeoordeling 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 supranationale 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 staaftde 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.

Platform publiek- en privaatrecht in dialoog

Lijst van deelnemers expertmeeting d.d. 4 oktober 2019

Nederland

- Mr. J.L.W. (Hans) Aerts, senior raadsheer bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)
- Prof. mr. T. (Tom) Barkhuysen, advocaat-partner bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden
- R.G. (Roel) Becker LLB/BA, masterstudent Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden
- Mr. M.Tj. Bouwes (Menno), lid Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen
- Mr. drs. I. (Isabella) Brand, raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
- Mr. A.M.L. (Anneleen) Broekhuijsen-Molenaar, senior raadsheer in het gerechtshof Amsterdam
- Mr. C.W. (Niels) Dempster, promovendus aan de Universiteit Leiden op het onderwerp toetsing
- Mr. B.J. Drijber, advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
- Mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik, universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger Rechtbank Midden-Nederland (afdeling bestuursrecht)
- Prof. mr. B.J. (Bart Jan) van Etteken, voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam
- Mr. P. Glazener, raadsheer in het gerechtshof Den Haag
- Mr. J.J. (Joost) van der Helm, senior raadsheer in het gerechtshof Den Haag
- Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman, universitair hoofddocent bestuursrecht bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam en tevens raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep
- Mr. M.E. Honée, raadsheer en teamvoorzitter in het gerechtshof Den Haag
- Mr. G.M. (Gerry) ter Huurne, DWJZ, hoofd sector privaatrecht
- Prof. mr. G.T.J.M. (Gerdy) Jurgens, Staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en honorair hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht
- Mr. dr. C.N.J. (Tijn) Kortmann, advocaat bij Stibbe en verbonden aan de Universiteit Utrecht
- Prof. mr. Ch. (Chantal) Mak, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder fundamentele rechten en privaatrecht, Universiteit van Amsterdam

- Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam
- Prof. mr. J.E.M. (Jaap) Polak, Staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar algemeen bestuursrecht aan de Universiteit Leiden
- Mr. H.G. (Herman) Rottier, senior raadsheer in de Centrale Raad van beroep
- Mr. dr. D.G.J. (Dirk) Sanderink, research fellow aan de Radboud Universiteit en advocaat bij Damsté advocaten-notarissen
- Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema, advocaat en hoogleraar civiel recht EUR
- Prof. mr. B.J. (Ben) Schueler, hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht en Staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
- Mr. Th. (Theo) Simons, voorzitter College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)
- Mr. G. (Gerbrant) Snijders, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden, Staatsraad in buitengewone dienst
- Mr. dr. F.J. (Frits) de Vries, senior raadsheer in het gerechtshof Arnhem
- Mr. L. (Laurens) Westendorp, advocaat bij Stibbe en promovendus aan de Universiteit Leiden op het onderwerp toetsing
- Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor bestuursrecht
- Mr. dr. L.F. (Lidy) Wiggers-Rust, raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)

België

- Mevr. Dra. F. (Françoise) Auvray, assistent Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven
- Dhr. Drs. C. (Christopher) Borucki, assistent Instituut voor verbintenissenrecht, KU Leuven
- Prof. B. (Bertel) De Groote, hoofddocent Universiteit Gent, plaatsvervangend voorzitter Raad voor Studievoortgangsbetwistingen
- Prof. G. (Geert) Jocqué, raadsheer in het Hof van Cassatie, hoofddocent KU Leuven
- Dhr. Drs. J.-B. (Jan-Baptist) Lemaire, assistent Centrum voor rechtsmethodiek KU Leuven

DEELNEMERSLIJST

- Prof. K. (Kaat) Leus, staatsraad in de afdeling Bestuursrechtspraak van de Belgische Raad van State en deeltijds hoofddocent bestuursrecht aan de VUBrussel
- Prof. S. (Steven) Lierman, hoogleraar administratief recht en gezondheidsrecht KU Leuven en hoofddocent Universiteit Antwerpen
- Prof. I. (Ingrid) Opdebeek, gewoon hoogleraar bestuursrecht Universiteit Antwerpen
- Prof. dr. I. (Ilse) Samoy, hoogleraar privaatrecht KU Leuven en advocaat
- Dhr. R. (Roger) Stevens, eerste voorzitter van de Belgische Raad van State, tevens verantwoordelijk voor de afdeling bestuursrechtspraak
- Dhr. dr. P.J. (Pieter-Jan) van de Weyer, advocaat bij de balie van Antwerpen en wetenschappelijke medewerker KU Leuven
- Dhr. R. (Renaud) van Melsen, advocaat aan de balie te Brussel, Simont Braun
- Dhr. W. (Willem) Verrijdt, referendaris bij het Grondwettelijk Hof, praktijklector aan de KU Leuven
- Prof. B. (Britt) Weyts, hoogleraar verbintenissenrecht Universiteit Antwerpen
- Prof. K. (Kurt) Willems, professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven

Verslaglegging

- Mr. M. van Zanten, promovendus exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, Universiteit Utrecht
- Steven Verbeyst, FWO-aspirant, doctoraatsstudent verbonden aan het Leuven Centre for Public Law

